

ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en ninguna manera ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1-0018839

875.03
P769 dp
1993
2da ed
C. 4

SERGIO POLITOFF

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Diplomado en Ciencias Penales en las Universidades de Roma y Leipzig
Profesor de la Universidad Erasmus de Rotterdam*

FRANCISCO GRISOLIA

*Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por la Universidad de Madrid*

JUAN BUSTOS

*Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Chile
Doctor en Derecho por las Universidades de Madrid y Bonn
Profesor Universidad Autónoma de Barcelona*

DERECHO PENAL CHILENO

PARTE ESPECIAL

DELITOS CONTRA EL INDIVIDUO EN SUS CONDICIONES FISICAS

© SERGIO POLITOFF
FRANCISCO GRISOLIA
JUAN BUSTOS

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

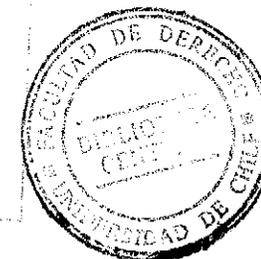
Inscripción Nº 86.309

Se terminó de imprimir esta segunda edición
de 2.000 ejemplares en el mes de agosto de 1993

IMPRESORES: Alfabetá

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1029-1



EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

SECCIÓN SEGUNDA

DELITOS CONTRA LA SALUD INDIVIDUAL

- § 6º a) Principios comunes
- § 6º b) Mutilaciones
- § 7º Lesiones propiamente tales

52. BIEN JURÍDICO TUTELADO

La primera indagación debe dirigirse a determinar si el párrafo 3 del Título VIII del Libro II del C. P., que se ocupa de las lesiones corporales, tiene un objeto jurídico singular o plural. Algunos autores piensan que tales bienes jurídicos serían la integridad corporal, es decir, la cantidad, estructura y disposición de las partes del cuerpo anatómicamente consideradas; y la salud, esto es, el funcionamiento normal de los órganos del cuerpo humano, además de la salud mental entendida como equilibrio de las funciones psíquicas.¹ Esta distinción, en lo que a la integridad corporal como bien jurídico se refiere, carece de fundamento convincente y corresponde a lo que NEUMANN llama con gracia "punto de vista topográfico".² La verdad es que la integridad corporal no constituye un valor independiente de la salud, sino una dimensión o aspecto del concepto completo de salud.

SAÚDE } Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, salud es un estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones, entendiéndose por función el ejercicio de un órgano o aparato de los seres vivos, máquinas o instrumentos. Para el Diccionario de la Enciclopedia Británica, salud es una condición general de armonía y vigor del cuerpo y la mente, entendiéndose por armonía el tener todos los órganos y facultades completos, en acción y relación normales, libres de injurias o traumas, de fallas o defectos constitucionales, de mutilaciones o decadencias. GALENO señalaba que salud es una condición en la cual no se sufre dolor y no están contrariadas las actividades vitales. La Organización Mundial de la Salud definió a ésta como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad o invalidez. Con énfasis en la noción de adaptación, BROCKINGTON expresa que es un estado de bienestar físico, mental y espiritual, que se acompaña de un sentimiento de reservas de poder y que se basa en el funcionamiento normal de los tejidos, en

¹ Cf. ETCHEBERRY, D.P., III, p. 128; LABATUT, D.P., P.E., pp. 304 ss.; RAIMUNDO DEL RÍO, *Manual de Derecho Penal*, p. 374. También en SOLER (D.P.A., III, p. 134) y en la restante literatura argentina, pero con base en la definición dogmática (daño en el cuerpo o en la salud); en Núñez, D.P.A., III, p. 187.

² HANS NEUMANN, *Nochmals zum Begriff der schweren bzw. erheblichen Gesundheitschädigung*, en *Neue Justiz*, Nº 20, p. 622.

una comprensión práctica de los principios de una existencia sana y de una adaptación armoniosa a los ambientes físico y psicológico.³

De estas definiciones puede inferirse el carácter pluridimensional del concepto de salud. Es evidente que los límites de estas dimensiones (anatomomorfológica, fisiológica, psíquica, ecológica y socioeconómica) "producen áreas de superposición que pueden constituir otras dimensiones significativas, v. gr. psicoespaciales".⁴

No tendría, pues, asidero la pretensión de que el legislador se haya embarcado en una alambicada y sutil distinción entre integridad corporal y salud, por vaga que sea la imagen que este término evoca. Por otra parte, de haber él establecido la distinción, la habría hecho explícita y habría, probablemente, realizado un juego sofisticado con los dos bienes y sus relaciones en las diversas figuras tutelares. Nada de esto ocurre, y cuando consideramos las diversas figuras del párrafo 3, nos encontramos con que ninguna de ellas sanciona el deterioro de una sola dimensión per se y con que, en general, no ha establecido una escala jerárquica abstracta entre diversas dimensiones, de modo que permita la construcción evaluativa para apreciar la multiplicidad de situaciones de hechos posibles, sino que ha tomado ciertos fenómenos particularmente cargados de significación en cuanto al detrimento o deterioro de la armonía general del organismo. Así, por ejemplo, la castración no sólo es un deterioro en la integridad corporal, sino que alcanza una máxima significación con respecto a las otras dimensiones de la salud: en la anatomomorfológica, en cuanto se produce la pérdida del miembro u órgano, amén de transformaciones en la forma del cuerpo y sus características secundarias; en la fisiológica, en cuanto al balance hormonal es alterado gravemente y se producen impedimentos funcionales; en la psicológica, tanto por el traumatismo como por las profundas transformaciones que se operan en la estructura de la personalidad (ligadas a los efectos biopsicológicos); y en la social, por el detrimento del status viril, que afecta las posibilidades de relación interpersonal del sujeto, colocándolo en situación desmedrada al no responder, ni siquiera en el tono de voz, a las expectativas que se albergan en relación al varón en nuestra sociedad. Lo mismo en la demencia, en donde, si bien el perjuicio anatomomorfológico puede ser mínimo, al daño psíquico se añaden el deterioro social y trastornos fisiológicos de diversa gravedad. Aun en el único caso en que podría verse una consideración de la integridad corporal con independencia de las dimensiones, en el art. 397, N° 1°, a través de la expresión "notablemente deforme", es claro que no es solamente el aspecto de integridad de los tejidos lo que se protege, sino también una concepción estética,⁵ en la cual está implicada una posición psicológica, social y cultural.

En suma, "lo que se advierte es la sanción de la ruptura de la armonía o normalidad a través de deterioros más o menos graves de algunas dimensiones", y de ahí que a la luz de pluralidad de bienes tutelados, deba oponerse la de "uno solo, la salud, intuitivamente concebida como una entidad completa y plurifacé-

³ FRASER BROCKINGTON, *La salud en el mundo*, 1964, p. 17.

⁴ ELIO DE LA VEGA, JUAN BUSTOS, SERGIO POLITOFF, *La vasectomía en el Derecho Penal chileno*, 1969, p. 8.

⁵ Así, sobre este concepto, cfr. ETCHEBERRY, D. P., III, pp. 129 ss.

⁶ DE LA VEGA, BUSTOS, POLITOFF, *La vasectomía...*, p. 9.

Este concepto unitario de salud, indisolublemente ligado a los criterios ofrecidos por las distintas ramas de la medicina y los descubrimientos y experiencias de otros ámbitos de las ciencias sociales,⁷ es indispensable para afrontar, de *lege ferenda*, una nueva regulación del delito de lesiones y aun para interpretar el alcance de los conceptos vigentes de lesiones graves, menos graves y leves.

Los delitos de que trata este párrafo están dirigidos en contra de la salud del individuo, en tanto que los que se describen en el párrafo 14 del Título VI del Libro II se refieren a la salud pública. Mientras las figuras del párrafo 3 del Título VIII son tipos de *lesión del bien jurídico salud*, las del párrafo 14 del Título VI son figuras de *peligro general*. En otras partes del Código suelen hallarse figuras en que está previsto un atentado en contra de la salud individual, pero se trata de tipos *pluriofensivos* (con pluralidad de bienes jurídicos afectados); es el caso del robo con lesiones, en que el tipo supone dos actos en relación de medio a fin, en que este último da la fisonomía del tipo complejo.⁸ Otras veces las lesiones están previstas como una forma de *calificación* del tipo simple (p. ej., aplicación de tormentos, secuestro, sustracción de menores, violencia sobre un ministro de un culto, etc.). Por razones metódicas, los problemas de concurso aparente entre tales tipos complejos o calificados y los de lesiones son tratados al ocuparnos de dichas figuras particulares, las cuales no siempre consienten una solución idéntica (vid. infra).

53. OBJETO MATERIAL Y SUJETO PASIVO

Objeto de la acción y sujeto pasivo del bien jurídico (incolumidad de la salud) es otra persona, según aparece de la simple lectura de los arts. 395 y siguientes ("castrare a otro"). De donde se sigue que antes del comienzo de la vida humana autónoma, las lesiones sufridas por el nasciturus son impunes (salvo en cuanto constituyan aborto frustrado, que sustrae en todo caso el tema del ámbito de las lesiones y requiere el *dolo de matar* al feto). Estos problemas tendrán interés práctico en las lesiones culposas, no solamente las que se causan al niño por nacer debido a torpeza del médico o de la matrona al auxiliar el trabajo de parto, sino también por el hecho de que el médico tratante prescriba negligentemente drogas nocivas para la salud del feto (caso del Kontergan). Estas son conductas impunes, ya que el precepto del art. 491, relativo al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona, que causare mal por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, tiene señalado expresamente como sujeto pasivo a las personas, de tal manera que igual negligencia culpable, por alguno de estos sujetos activos, que cause mal a la salud del feto, no queda comprendida en el precepto. La otra consecuencia de que el paciente del delito sea otra persona lleva a la impunidad de la autolesión: sin embargo, ésta puede ser punible cuando es la vía para afectar a otros bienes jurídicos. Tal acontece con la figura del art. 295 del C. de Justicia Militar, que castiga al que, "con el objeto de substraerse de sus obligaciones militares, se mutilare o se procurare una enferme-

⁷ NEUDMANN, trabajo cit., p. 621.

⁸ Cfr. JABE VIVANCO, *La figura delictiva de robo con homicidio*, en RCP, XV, pp. 33 ss. Sobre tipos complejos en general, cfr. GRISOLÍA, *El objeto jurídico*, cit., pp. 62 ss.

dad que le inhabilite para el servicio, aunque sea temporalmente". Este es un caso típico de delito de resultado cortado,⁹ en que la acción material para completar su injusto precisa de una mira por alcanzar que sensibilice el bien jurídico, sin que sea preciso que este fin se cumpla efectivamente. Otro tanto podría sostenerse sobre una eventual estafa de seguro (autolesión para cobrar el seguro), que aunque no está tipificada como tal, podría pensarse a través de las reglas generales en el sistema de las defraudaciones. No bastaría, sin embargo, la sola autolesión con el propósito de cobrar el seguro, sino que sería preciso que existiera alguna forma de simulación o ardid, siquiera en grado de tentativa. En ambos casos, como puede apreciarse, la autolesión no es castigada en cuanto atentado contra la salud, sino por afectar a otros bienes jurídicos.

54. PROBLEMA ESPECIAL DE LA INTERVENCIÓN MÉDICA (con fines terapéuticos)

A. Planteamiento

Aquellos autores que reconocen un bien jurídico plural en el delito de lesiones (no sólo la salud, sino también la *integridad corporal*, vid supra) aumentan, si cabe, las ya de suyo considerables dificultades que suscita el tema de la intervención médica, en especial la intervención quirúrgica. En efecto, algunos casos en que claramente lo que está ausente es el tipo de injusto (p. ej., extracción de un diente o extirpación de las amígdalas), son para estos autores¹⁰ conductas típicas justificadas.

Aunque es claro que los problemas fundamentales se suscitan en el caso de operaciones infructuosas y aun dañinas para el paciente, que se han realizado, no obstante, de acuerdo con las reglas del arte médica, no carece de significación la hipótesis más simple: intervención curativa fructuosa realizada por el médico con arreglo a su *lex artis*, para la cual sin embargo hubo de realizar una "herida técnica",¹¹ por ejemplo, una amputación.¹² No es simple pedantería discurrir sobre el fundamento de lo que parece obvio, esto es, que el médico en este segundo caso no puede sino ser absuelto. MAURACH observa con razón que no es lo mismo una absolución por un motivo o por otro. Desde luego, la atipicidad de la conducta del médico importa el reconocimiento de la especial valoración social de su función, que no es inhibida o tolerada, sino estimulada por la ley.¹³

B. Las distintas situaciones

Conviene distinguir las tres situaciones fundamentales: a) tratamiento (quirúrgico, medicamentoso, eléctrico, térmico, radiactivo, etc.) dirigido hacia la preservación de la salud y realizado de acuerdo con las reglas del arte médica (*lege artis*), con buen éxito; b) tratamiento igualmente adecuado a los fines de la salud y a las reglas del arte médica, pero cuyo resultado es fallido; y c) conducta dirigida al amparo de la salud, pero inadecuada objetivamente.

⁹ Cfr. POLTOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., pp. 102 ss.

¹⁰ Cfr. ETCHEBERRY, D.P., III, p. 112.

¹¹ Cfr. DE LA VEGA, BUSTOS, POLTOFF, op. cit., p. 11.

¹² Cfr. MAURACH, DSt. B. T., p. 77.

¹³ DSt. B. T., p. 77.

a) *Tratamiento dirigido al amparo de la salud, realizado de acuerdo con las reglas del arte médica (lege artis), con resultado exitoso*. Naturalmente que la expresión fructuoso o buen éxito tiene un carácter relativo y no puede ser identificada con el estado ideal de salud, sino con lo mejor alcanzable de acuerdo con las circunstancias en el plano de la salud. Así entendido, el resultado de la intervención (*beneficio* para la salud), unido al acatamiento por el médico de las normas de su arte y a la finalidad perseguida, *lo que se encuentra ausente es la tipicidad* y no es cuestión de que la conducta esté justificada con arreglo al art. 10, N° 10. Como se lee en MEZGER-BLEI,¹⁴ no existe tipicidad, ya que el tratamiento contradice el sentido mismo del tipo de lesiones. Así, la amputación de un miembro importante para salvar la vida no puede ser mirada como un *daño* a la salud, que es el bien jurídico tutelado (vid supra). WELZEL observa que en el restablecimiento de la salud por obra de la intervención médica no puede verse un daño a la salud y ni siquiera un manejo inadecuado del cuerpo humano.¹⁵

b) *Tratamiento dirigido al amparo de la salud y realizado de acuerdo con las reglas del arte médica, sin resultado exitoso*. Podría pensarse que en este caso, en que sí existe un daño a la salud (siquiera la "herida técnica"), cual es la hipótesis en que se opera a un ciego para devolverle la vista, sin alcanzarse el resultado, sólo procedería invocar la justificante del art. 10, N° 10. Creemos, sin embargo, que la conducta conforme a la *lex artis* se mantiene atípica también en esta situación, ya que el margen de probabilidad (no la certidumbre) del buen éxito,¹⁶ que no puede sino ser juzgado *ex ante*, excluye la idea de atentado contra la salud. Lo único que se juzga *ex post* es la concreta adecuación del tratamiento a las reglas del arte médica.

Hay casos, sin embargo, en que la falta de buen éxito de la operación no surge de no lograr el resultado propuesto (devolver la vista, por ejemplo), sino en razón de efectos concomitantes que origina la intervención médica (v. gr., una embolia). No se puede negar que hay una relación de causalidad entre el efecto producido y la intervención médica; tampoco se puede desconocer que aparentemente esa clase de situaciones no se resuelven dentro de los términos estrictos de la fórmula dada anteriormente. Toda operación comporta peligros y lo único que podría interesar jurídicamente en el plano de la causalidad potencial es lo que el médico dejó de hacer para impedir tales riesgos. Mientras se mantuvo en la órbita de lo adecuado a las reglas de su arte, la relación puramente material entre la operación y algún resultado dañoso para el paciente es irrelevante.¹⁷

Por cierto que una consideración del asunto a la luz de la teoría final de la acción podría impugnar la tipicidad también en la faz subjetiva: no hay *dolo* en el "herir técnico" (*lege artis*) para salvar la salud; tampoco hay culpa (negligencia), desde que el médico se ha ceñido a las reglas impuestas por su profesión.

c) *Tratamiento dirigido al amparo de la salud, que no es realizado de acuerdo con las reglas del arte médica*. Es claro que cuando se habla de las reglas del arte médica se alude a un código no escrito, en su mayor parte consuetudinario y

¹⁴ St. B. T., p. 46.

¹⁵ WELZEL, DSt., p. 15.

¹⁶ MEZGER-BLEI, St. B. T., p. 46.

¹⁷ MEZGER-BLEI, St. B. T., p. 47.

dictado por la experiencia. Esto mismo hace que revista una gran flexibilidad, no sólo frente a situaciones de emergencia, sino también cuando se piensa en los "nuevos horizontes" que necesariamente comienzan por romper con la ortodoxia oficial.¹⁸

Admitido que hubo infracciones a la *lex artis*, esto no significa todavía incriminación a título de lesiones. Desde luego se requiere un *daño en la salud* y que la inobservancia de las reglas profesionales pueda ser imputada a *negligencia culpable* (art. 491 C. P.). El descuido culpable, si no se causa daño, se castiga como falta (art. 494, Nº 10). La asimilación entre las ideas de desviación de las normas técnicas y negligencia culpable carece de fundamento y bien puede existir la primera sin la segunda (se piense en el médico no especialista llamado a practicar una operación impostergable, etc.).

C. El consentimiento del paciente

No se discute la relevancia del consentimiento del paciente en el ámbito de la intervención médica. Sin embargo, la ausencia de este consentimiento no debe conducir a la incriminación a título de lesiones corporales, ya que, en rigor, como se reconoce en el Proyecto de C. P. de Alemania Occidental de 1962, tal atentado afecta a la libertad de autodeterminación y no a la salud. De ahí el párrafo 162 del Proyecto, que castiga por un título *especial*, como tratamiento curativo *arbitrario*, el que se realiza sin el consentimiento del paciente.¹⁹

En nuestro sistema, no nos merece dudas que toda intervención realizada en conformidad a las prescripciones (técnicas) del arte médica, haya o no consentimiento, inhibe la incriminación a título de lesiones corporales. La previsión especial del art. 491 fija sus extremos en las ideas de *mal* a la persona y *negligencia culpable*, esto es, desempeño técnico inadecuado, sin que tenga influencia el que se haya prescindido de la voluntad del paciente. Otra cosa es la posibilidad de que este abuso constituya el delito-falta llamado de coacción o violencia privada, previsto por el Nº 16 del art. 494 del C. P.²⁰

D. Extensión a otras profesiones relativas a la salud

Naturalmente, los principios que hemos desarrollado en el párrafo anterior a propósito de la situación especial del tratamiento médico, se extienden a todos los demás profesionales, tales como dentistas, matronas, enfermeras, practicantes, que en razón de sus funciones realizan una actividad destinada al cuidado de la salud. Por cierto que debe entenderse que las actividades de los distintos profesionales deben realizarse dentro de los límites normales de sus respectivas esferas de competencia. De ahí que un médico u otro profesional de la salud que no se encuentre formalmente habilitado para su ejercicio (médico extranjero, aun no recibido, suspendido, etc.) no está comprendido en la situación especial de la

¹⁸ Cfr. *Begründung, ENTWURF*, 1962, p. 298.

¹⁹ Cfr. *Begründung, ENTWURF*, 1962, p. 297. La jurisprudencia alemana no había hallado otra salida que reconocer la tipicidad de las lesiones corporales. Sobre otros aspectos del debate, cfr. también WOLFGANG DE BOOR, *Ueber ärztlich-juristische Probleme*, Nº 74, 1962, pp. 573 ss.

²⁰ DE LA VEGA, BUSTOS, POLITOFF. *La vasectomía...* cit., p. 18, en el mismo sentido, ALTAVILLA, *Delitos contra la persona*, 1934, p. 54.

intervención profesional con fines terapéuticos que estamos analizando. No obstante, es preciso reconocer que ciertas normas reconocidas universalmente permiten, dentro de ciertos límites, el ejercicio médico de profesionales extranjeros (invitados) o de estudiantes: se trata de reglas (consuetudinarias o escritas) que producen una virtual asimilación con el profesional habilitado o que, por referirse a prácticas que se efectúan bajo la vigilancia y responsabilidad de los profesores, representan el reconocimiento de una actividad socialmente tolerada (*sozial adäquanz*).

Por otra parte, cabe plantearse el problema de aquellas conductas, arregladas subjetiva y objetivamente al fin terapéutico, realizadas de acuerdo a la forma en que habría actuado un médico escrupuloso, pero por quien no tiene la habilitación correspondiente o es solamente un lego. El Proyecto alemán de 1962 se propuso dar una solución práctica y libera de punibilidad a *título de lesiones* un tratamiento terapéutico que reúna las condiciones antes señaladas, sin pronunciarse sobre el problema teórico de si es exclusión del tipo o bien concurrencia de una justificante o de una exculpante y sin distinguir para este efecto entre médico y no médico.²¹

Nuestra ley no da, por cierto, una solución para estos casos. Por lo pronto, el tipo objetivo no creemos que pueda impugnarse, aun supuesto el más óptimo resultado para la salud del paciente, ya que la "herida técnica" no es herida en sentido propio *en la misma medida en que no importe un manejo inadecuado del cuerpo humano*. Una herida inferida por quien no está habilitado para ello no será técnica y socialmente admisible aunque haya sido beneficiosa para el paciente. La solución no podrá hallarse, según sean los casos, sino por la vía de un estado de necesidad suprallegal o resueltamente por la ausencia de dolo o culpa.

55. PROBLEMAS ESPECIALES RELATIVOS A LA ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD

En relación con la antijuridicidad y la culpabilidad en las lesiones, se presentan una serie de problemas especiales que se refieren, entre otros, a los casos de intervenciones médicas con fines no propiamente terapéuticos; a las lesiones causadas en los deportes; al llamado derecho de corrección; a las lesiones causadas por terceros con fines espirituales, religiosos o tradicionales, etc. Como la adecuada solución de todos estos casos se encuentra muy vinculada a la posibilidad de una función justificante del consentimiento en las lesiones, abordaremos este problema en primer término.

A. ¿Función justificante del consentimiento en las lesiones?

Señala QUINTANO RIPOLLÉS que "a lo largo de la pasada centuria, con importantes excepciones ciertamente, dominó en el campo de las ciencias jurídicas, sobre todo en las de predominio cultural francés, la tesis de que el consentimiento, piedra angular del Derecho Civil, no desempeñaba papel alguno, o en todo caso mínimo, en el Penal".²²

²¹ Cfr. *Begründung, ENTWURF*, 1962, pp. 292-298. Ello no significa la exclusión de otros tipos posibles, como, por ejemplo, el ejercicio ilegal de una profesión.

²² QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, P.E., III, p. 662.

Los esfuerzos por reconocer, siquiera en un grado limitado, eficacia justificante en el ámbito de las lesiones al consentimiento de la víctima, sufrieron en España un golpe aniquilador con la Ley de Bases de 1961, en cuya virtud se dispuso expresamente que las penas señaladas para las lesiones "se impondrán, en sus respectivos casos, *aun cuando mediare consentimiento del lesionado*".

En Italia, el asunto dista mucho de haber alcanzado claridad entre los especialistas. En el proyecto preliminar del Código ROCCO se contenía un precepto que disminuía la pena en el caso de lesiones consentidas, el que fue suprimido durante los trabajos preparatorios. En la "Relación" sobre el proyecto definitivo, para justificar la eliminación de las lesiones consentidas, se decía: "En nuestro ordenamiento jurídico (que comprende también el Derecho consuetudinario), son múltiples los casos en los cuales se reconoce al individuo la facultad de disponer de su propia integridad física: sea para someterse a operaciones quirúrgicas o estéticas, sea para participar en eventos deportivos o juegos en los cuales la violencia es un elemento esencial".²⁹

Mientras ALTAVILLA niega todo valor jurídico al consentimiento del ofendido y a la costumbre *contra legem* (derogatoria del precepto penal),³⁰ ANTOISEI admite la disponibilidad del propio cuerpo en forma limitada, esto es, "circunscrita a aquellos actos que no producen una mengua (*menomazione*) permanente de la integridad física y que no son de otro modo contrarios a la ley [...] al orden público o a las buenas costumbres".³¹ En base a tal criterio, juzga admisible este último autor el consentimiento para la transfusión de sangre y no para el trasplante de órganos, pese a que la Corte Suprema italiana, en un fallo muy discutido de injerto homoplástico, dictó sentencia absolutoria fundada en la eficacia del consentimiento.³²

MAGGIORE procura combinar las ideas de consentimiento del derecho habiente y valor derogatorio de la costumbre *contra legem*, aun en el campo del Derecho Penal.³³

En Alemania, la tendencia ha sido, al revés de lo acontecido en España o Italia, muy amplia en la aceptación del efecto justificante del consentimiento en el ámbito de las lesiones corporales. Como observa QUINTANO RIPOLLÉS, lo excepcional en el Derecho alemán es la antijuridicidad de las lesiones consentidas. Aunque formalmente introducido por la Novela de 26 de mayo de 1933, el precepto según el cual "el que causare una lesión corporal con el consentimiento del ofendido, será castigado si el hecho atentare contra las buenas costumbres", reafirma la tradicional doctrina alemana sobre la eficacia como justificante del consentimiento.³⁴

El § 132 del Proyecto de 1962 de la R. F. A. desestima el límite de las buenas costumbres, para sustituirlo por un juicio de desvalor ético-social: la desaprobación

²⁹ Cf. ALTAVILLA, op. cit., p. 53.

³⁰ Loc. cit.

³¹ ANTOISEI, *Manuale P. S.*, I, p. 209.

³² Cf. ANTOISEI, op. cit., I, p. 209; MAGGIORE, *Derecho Penal*, IV, p. 342; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité de Droit Criminel*, 1947, p. 247. En el caso que se indica de la Corte Suprema italiana se trató de un estudiante que, con su consentimiento y mediante pago de diez mil liras, permitió que se le extrajera un testículo, que fue injertado a otro sujeto, el cual, al igual que los cirujanos, fue absuelto. Se adujo, además de la eficacia del consentimiento, que las actividades genésicas no se pierden con la extracción de un solo testículo.

³³ MAGGIORE, *Derecho Penal* cit., IV, p. 341.

³⁴ *Tratado P. E.*, I, p. 667.

a pesar del consentimiento, debido especialmente a los fines y motivos del hecho o del lesionado, los medios empleados y la previsible envergadura de la lesión.³⁵ La extensión en la dogmática alemana de la justificación por el consentimiento del sujeto pasivo a la mayor parte de la casuística más controvertida en otros sistemas (lesiones deportivas, intervenciones con fines cosméticos y otros casos límites, no propiamente terapéuticos, de operaciones quirúrgicas, etc.),³⁶ tiene, pues, un fundamento en la ley y en una tradición ratificada en los proyectos de reforma legislativa. Se trata de una concepción ajena al pensamiento jurídico dominante en los países latinos.³⁷

Entre nosotros, la tendencia ha sido también rechazar la justificación de los atentados contra la salud fundada en el consentimiento del sujeto pasivo.³⁸ Las razones, según nos parece, no tienen que ver con principios morales abstractos, sino con los riesgos a que puede conducir en la práctica la generalización de métodos, que la ciencia moderna hace a cada momento más factibles, no al servicio de la necesidad o de la solidaridad, sino del abuso de los débiles, cuyo consentimiento pueda ser arrancado o comprado.

Otra cosa es que el consentimiento sea *cofundante* de la atipicidad (adecuación social) o de la justificación en determinados casos, cuya solución no podrá jamás residir *únicamente* en el consentimiento.³⁹

B. Intervención médica en interés de la salud ajena

Si se trata de intervenciones en bien de la salud de una persona distinta del que sufre la lesión (*Heilhilfe*), no podrá impugnarse la tipicidad de la conducta. A la casuística convencional (transfusiones de sangre) y hasta pintoresca (injerto "Vorronoff" de hombre a hombre), a que se redujian los comentarios jurídicos no hace mucho, ha añadido la moderna técnica médica renovados problemas, tanto en el plano de los trasplantes cuanto de la investigación y experimentación.

Sobre el tema de los trasplantes (p. ej., de riñones) se suscita un primer problema sobre el fundamento y otro sobre los límites de la eventual justificación. A este segundo respecto, puede prescindirse del consentimiento del dador? En los Estados Unidos se ha planteado el problema por lo menos en tres casos de gemelos univulares menores de edad, en que al consentimiento de los padres se añadieron opiniones psiquiátricas en el sentido de que la operación significaba también un beneficio para el gemelo sano por la grave perturbación emocional que le significaría la muerte del hermano enfermo.⁴⁰ El asunto de la validez jurídi-

³⁵ Cf. *Begründung, Entwurf*, 1962, p. 286, y, además, cfr. actual § 226 a, y WITZEL, *DStz.*, p. 96.

³⁶ Cf. MAURACH, *DStz.* B. T., pp. 82-83.

³⁷ Lo dicho sobre las doctrinas española e italiana es válido también para la francesa, que, mayoritariamente, niega valor al consentimiento en las lesiones y las cuestiones que suscitan; por ejemplo, las lesiones en el deporte o las intervenciones médicas hallan su licitud en la autorización legal (cfr. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 245).

³⁸ Cf. NOVOA, *DFCh.*, I, p. 413; DE LA VEGA, BUSTOS, POLJTOFF, *La vasectomía...*, cit., p. 18.

³⁹ "No cabe duda de que buena parte de la *lex artis* médica está integrada por elementos no solamente de salud [...] que deban ampararse, sino también de voluntad del enfermo que contribuye a legitimar la intervención médica" (GAISOLLA, *El Código Penal Tipo* cit., p. 144). Conviene tener presente que la Constitución de la República italiana (art. 32) consagra el principio de que "nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, sino por disposición de la ley", agregando que "la ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana".

⁴⁰ Vid. W. J. CURRAN, *Un problema del consenso nel trapianto del rene nei minori*, en *Scuola Positiva*, 1960, p. 277.

ca del consentimiento para un acto de esta naturaleza no está, por cierto, reglado en nuestra ley y parece excesivo estarse a las normas sobre la mayor edad civil. Si el eventual dador rehúsa someterse a la operación, en un caso en que se trata de disponer de un órgano suyo en beneficio de otro, tal negativa, supuesto un mínimo razonable de madurez y salud mental, debe primar sobre el consentimiento prestado por el representante legal. Para la situación inversa, esto es, ausencia de consentimiento de los padres y asentimiento del menor, el viejo *common law* hacía primar para todo caso de contrastes similares la voluntad de los padres, pero tiende a abrirse paso la idea de considerar suficiente "el consentimiento del menor lo bastante inteligente para comprender la naturaleza y las consecuencias del acto".³⁵ Para estos casos límites, toda decisión sensata sobre el problema del consentimiento será suficiente para la licitud del hecho si se añaden los demás extremos que, según nos parece, deben hallarse presentes para justificar la lesión: el interés preponderante que se trata de salvar, valorado de acuerdo con las normas socioculturales generalmente admitidas y el acatamiento de las normas éticas y técnicas que integran la *lex artis médica*.

Es inútil buscar para estos casos una solución explícita en la ley, pero si se admite que la antijuridicidad material (dañosidad social) constituye el núcleo del concepto mismo de delito, es claro que el sacrificio de intereses en beneficio de otros juzgados prevalecientes, hecho en forma coincidente con los requerimientos culturales, éticos y técnicos, consentido además por el derecho habiente, carece de ilicitud y tanto da para ello que se prefiera invocar la parte del art. 10, Nº 10, C. P., que alude al ejercicio legítimo de una profesión, o la que se refiere al ejercicio legítimo de un derecho.

La pretensión de ALTAVILLA³⁶ de restringir la justificación a los casos de detrimento transitorio (transfusión de sangre, trozos de epidermis) con ventaja ajena duradera, excluyendo la pérdida de un órgano u otra disminución de la economía física, aparece superada por la valoración no sólo moral sino científica de nuestro tiempo (que ha abandonado aquella veneración a la sabiduría de la naturaleza, tan en boga entre los antiguos juristas).

Vinculado con el anterior es el tema de las intervenciones con fines experimentales, cuya tipicidad MAURACH no discute, aunque considera justificadas dados los presupuestos del consentimiento. Es obvio que en esta materia, así como en toda clase de sujeción a la intervención médica en beneficio propio o ajeno, constituye presupuesto el debido esclarecimiento de los efectos de ella, de tal modo que el paciente quede en condiciones de juzgar el pro y el contra, así como los riesgos de la operación.³⁷

Hay, naturalmente, condiciones más estrictas que deben concurrir para la justificación de una intervención con fines experimentales, que aquellas anotadas a propósito de los trasplantes, ya que las primeras se muestran alejadas de los criterios generales de la situación de necesidad. JIMÉNEZ DE ASÚA rechaza de modo absoluto toda experimentación en *anima nobili*, que juzga una extralimitación del médico.³⁸ QUINTANO RIPOLLÉS, en cambio, piensa que las experimentaciones cien-

tíficas "no consentidas, nadie duda de que constituyan delitos perfectamente caracterizados, incluso las llevadas a cabo sobre pretendidos o reales delincuentes, sin que sea necesario insistir en torno a las trágicas experiencias de que fueron teatro los campos de concentración hitlerianos, calificados internacionalmente como crímenes contra la humanidad..." pero si media el consentimiento libre y espontáneo "y no afectando el hecho al sacrificio de la vida, no veo dificultad alguna para que pueda admitirse, en principio, la licitud penal de la operación". Añade que, así como se reconoce la licitud de una operación para mejorar la salud propia, debe reconocerse igual licitud si existe igual propósito "respecto a la ajena o al bien de la humanidad en general", aunque para reconocerla será indispensable que el valor de la experiencia sea cierto y proporcionado al daño o al riesgo.³⁹ El énfasis aparece puesto por este autor, sin embargo, antes que nada en el consentimiento.

También en estas hipótesis pensamos que el consentimiento no será nunca suficiente, ni siquiera fundamento de la causa de justificación, aunque sí un elemento indispensable para dar paso a la posibilidad de una justificación. Esta manera de enfocar la cuestión del consentimiento la reputamos válida para todo este orden de problemas que estamos examinando: la justificante en caso alguno podrá invocarse en contra de la voluntad expresa del afectado; es posible admitir, sin embargo, que el consentimiento pueda suplirse y aun presumirse, si bien esta última hipótesis nos parece más aceptable en el caso de intervenciones en beneficio propio o ajeno que en aquellos de simple experimentación.

Es necesario precisar cuidadosamente las condiciones de esta justificante, que son: a) insignificancia de la lesión; b) importancia y seriedad de la experimentación; c) conformidad en el plano sociocultural de las metas y procedimientos de esa experimentación; d) acatamiento a las normas de la *lex artis médica*, tanto desde el punto de vista de la técnica como de la ética.

En lo que respecta a la entidad de la lesión causada con fines de experimentación, es de notar que no es posible hacer un simple confrontamiento de intereses concretos como en el caso de la intervención médica en favor de la salud de otro (p. ej., un niño frente a una vida), porque se opera en un campo de acción de límites mucho más vagos e imprecisos. Así, si se pretendiera que el beneficiario es "la humanidad entera", la salud o aun la vida de una sola persona no podrían resistir el parangón con un valor de tal magnitud. Por ello, la primera limitación debe ser la escasa entidad de la lesión⁴⁰ con referencia al propio sujeto pasivo, y es este valor, así determinado, el que se balancea con aquel representado por los fines de experimentación, importantes y serios, que se conforman a las exigencias socioculturales generalmente aceptadas. Aunque se ha criticado, con razón, la fórmula limitativa de las buenas costumbres que usa el C. P. alemán con respecto del consentimiento, es innegable que no puede prescindirse de una conformidad de los procedimientos y de las metas con las normas socioculturales reconocidas: por ejemplo, nos parece que contradice el sentimiento ético general la experimentación en materia de perversiones sexuales, como el sadismo. No creemos, sin embargo, que la justificación quede excluida por el hecho de que el consentimiento esté determinado por mero lucro.⁴¹

³⁵ CURRIAN, *op. cit.*, p. 283.

³⁶ ALTAVILLA, *op. cit.*, p. 55.

³⁷ Sobre el punto, extensamente, SCHÖNKE-SCHÖDTER, *Kommentar*, p. 965.

³⁸ Consideraciones jurídicas sobre los trasplantes cardíacos en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, abril-junio 1968, p. 158.

³⁹ QUINTANO, *Tratado*, P. E., I, p. 685.

⁴⁰ Cf. MAURACH, *DSB*, B. T., p. 82, quien exige, además de la insignificancia, la ausencia de efectos molestos duraderos.

⁴¹ Cf. QUINTANO, *Tratado*, P. E., p. 683.

C. Intervención médica con fines de estética o cosmética

Por cierto que los problemas se suscitan en los casos de lo que en MEZGER-BLEI se denomina "tratamiento cosmético puro",⁴⁴ ya que una operación para corregir una deformidad constituye una variedad del tratamiento terapéutico. Así, Schönke-Schröder propone como ejemplo de tratamiento terapéutico en sentido estricto la separación de dedos adheridos o la corrección del llamado pie equino.⁴⁵

Los juristas alemanes acuden al consentimiento, aun el presunto,⁴⁶ y al principio del balanceamiento de bienes jurídicos, para decidir la justificación en los casos de intervención cosmética propiamente tal.

En Francia se ha sostenido que cesa de existir la justificación si el cirujano recurre a un procedimiento peligroso con un fin fútil. El asunto se suscitó a propósito de un fallo de la jurisprudencia en que un tratamiento terapéutico produjo una llaga persistente en el mentón de una persona que quiso hacer desaparecer una particularidad de su rostro que juzgaba inestética.⁴⁷ Antes hemos señalado que el solo consentimiento del sujeto pasivo nunca basta para justificar una lesión corporal y que la tendencia que le acuerda tal poder justificante, con raras excepciones, no ha trascendido más allá de la dogmática alemana.

Tampoco aparece como satisfactorio el solo hecho de invocar una finalidad estética⁴⁸ no únicamente por la relatividad de esta noción, sino sobre todo porque, como señala DONNEDIEU DE VABRES, no es posible legitimar una intervención peligrosa para la salud al servicio de cualquier pretensión fútil.⁴⁹ Por nuestra parte, creemos que la distinción entre intervención cosmética pura, es decir, con fines estéticos exclusivamente, e intervenciones cosmético-terapéuticas (corregir una deformidad), reposa en un concepto demasiado rígido de lo que es la salud y, por ende, el ámbito de lo terapéutico. Un concepto moderno y amplio de salud como el que hemos propuesto más arriba permite considerar intervención terapéutica toda aquella dirigida a producir el bienestar psíquico y la mejor adaptación ambiental del individuo, dentro de lo cual también cuenta por cierto su apariencia externa. Pero del mismo modo como la ciencia médica proscribió una intervención complicada y riesgosa para eliminar una molestia de escasa monta, igual criterio ha de regir si los eventuales beneficios a que se aspira en el plano estético (p. ej., la corrección de un detalle apenas perceptible), aunque consentidos éstos, no guardan relación con los graves riesgos para la salud en sus demás dimensiones. En tales casos, la intervención médica, probablemente sólo determinada por una finalidad lucrativa, no puede considerarse lícita.

D. Lesiones en ejercicio del derecho de corrección

Se ha puesto de relieve en la doctrina la singular posición subjetiva del pedagogo, quien, a diferencia del médico llamado a preferir en todo caso la intervención no dolorosa, puede verse conducido a la necesidad de buscar justamente el suministro de sufrimiento como medio para llevar a la víctima a la reflexión ("zur

Besinnung bringen"),⁵⁰ de tal manera que a la materialidad de la lesión va unida, en estos casos, la correspondiente intencionalidad.

El art. 233 del C. C. señala expresamente que "el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos", la cual el art. 234 reconoce también a otras personas: "Los derechos concedidos al padre en el artículo precedente se extienden, en ausencia, inhabilidad o muerte del padre, a la madre o a cualquier otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo; pero nunca se ejercerán contra el hijo mayor de edad".

La doctrina nacional coincide en que las lesiones corporales que se causen en ejercicio de esta facultad son típicas, aunque justificadas. Así, para NOVOA, este derecho debe ser referido al art. 10, Nº 10 C. P., precisamente como "ejercicio legítimo de un derecho" en el sentido de una justificación de la conducta "aun cuando ella sea típica".⁵¹ Esta opinión, compartida en la doctrina extranjera no sólo por la ortodoxia causalista sino además por los finalistas,⁵² para quienes, por las razones arriba indicadas, el dolo existe en estos casos en cuanto intención de maltratar, tiene algunos impugnadores, que niegan la tipicidad por la vía de la *adecuación social*.⁵³ Desde otro punto de vista (significado social de la acción típica), también CLAUS ROXIN juzga decisivo para el concepto de lesión corporal que no se trata del castigo correccional del padre, aunque de este último criterio no es oportuno ocuparse aquí, ya que, como es bien sabido, ROXIN considera que el significado social de todo suceso típico se destruye cuando se prescinde de las circunstancias de justificación.⁵⁴

HIRSCH demuestra convincentemente que los padres no gozan de libertad para disponer de la integridad corporal de sus hijos, sino tan sólo de un permiso excepcional, subordinado a límites necesarios, característicos de las causales de justificación. Ello sin acotar la decadencia de la pedagogía de las palizas.⁵⁵

En suma, las lesiones que no exceden los límites de la facultad correccional se hallan justificadas por el ejercicio legítimo de un derecho. Esto conduce a una nueva pregunta sobre la eventual exigencia de un elemento subjetivo de justificación. En efecto, piensan algunos autores que la justificante cesa de operar, aunque se haya alcanzado el fin pedagógico y el medio empleado hubiere sido objetivamente proporcionado, si el sujeto activo no obró movido por razones educativas, sino, por ejemplo, solamente para desahogar su cólera.⁵⁶ Habría que distinguir, así, para afirmar o negar la justificación, la buena o mala intención del agente.

Los fundamentos en que reposa esta exigencia (evitar el pretexto del fin pedagógico) son, por cierto, inobjetables. Los riesgos a que conduce la incertidumbre de la prueba, sin embargo, aconsejan el énfasis determinante en la objetividad. Como observa POLITOFF, "el carácter adecuado y oportuno del casti-

⁴⁴ MAURACH, DSt. B.T., p. 84.

⁴⁵ NOVOA, DPCh., I, p. 396; también LABATUT, D.P., P.E., p. 339.

⁴⁶ Cfr. WELZEL, DSt., p. 291; MAURACH, DSt., p. 84; HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en ZStW, 1962, pp. 78 ss.

⁴⁷ Por ejemplo, WURTENBERG, SCHAFFSTEIN, KLLG; cfr. HIRSCH, trabajo cit., pp. 111 (nota 114) y 133.

⁴⁸ Cfr. ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungstheorie* en ZStW, 1962, pp. 515 ss. Como sea, para este autor es innegable la conveniencia didáctica de distinguir entre el esquema rector positivo y su análisis negativa (p. 348).

⁴⁹ HIRSCH, trabajo cit., pp. 111-114.

⁵⁰ Cfr. MAURACH, DSt. B.T., p. 84.

⁴⁴ MEZGER-BLEI, St., p. 47.

⁴⁵ KOMMENTAR, p. 964.

⁴⁶ MAURACH, DSt. B. T., p. 80; MEZGER-BLEI, St. B. T., p. 47; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 964.

⁴⁷ Cfr. DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 246.

⁴⁸ MAGGIORE, *Derecho Penal* cit., IV, p. 342.

⁴⁹ Op. cit., p. 246.

go, así como su razonable moderación, permiten prescindir de los sentimientos íntimos del agente".⁵⁵

Respecto de los *sujetos* (activo y pasivo) del derecho correccional se suscitan algunas dudas. Aunque para nuestra época la pretensión parezca nostálgica, hay algunos autores que afirman un *tus corrigendi* del marido sobre la mujer.

Las saludables palizas pedagógicas del marido a la mujer brava, aunque alabadas por los clásicos literarios y aunque hasta en algún código perviva su licitud,⁵⁶ merecen, es claro, la encendida protesta de QUINTANO RIPOLLÉS cuando las califica de "secuela de ancestrales barbaries".⁵⁷

Sorprende, no que BETHOL, pero sí que JIMÉNEZ DE ASÚA,⁵⁸ sostenga que "competen al marido sobre la mujer los mismos poderes que le conciernen sobre los hijos, siempre, bien entendido, que se ejerciten con un fin correctivo", pero como sea, no hay trazas en nuestra ley ni en nuestra tradición de semejantes ideas. El marido que aspire a ejercitar su autoridad a través del *tus corrigendi* no sólo no está amparado por una justificante, sino que las lesiones que cause podrían verse agravadas con arreglo al art. 400 C. P.

En lo que respecta a los menores, en cambio, la fórmula del art. 234 C. C. tiene una cierta amplitud, que no agota empero los problemas que pueden suscitarse. Se discute, en efecto, una eventual facultad de corrección, más allá no sólo del derecho de familia, sino hasta del expreso encargo (ejemplo del transeúnte molesto que castiga físicamente al niño travieso). WELZEL admite como justificante, dentro de la idea de actuación en interés del ofendido, un derecho a castigar al niño ajeno, *supuesta la debida moderación*, la gravedad de la travesura y la ausencia del que está autorizado para ello.⁵⁹ MAURACH pone en guardia respecto de la inseguridad en materia de reacción psicológica del niño ajeno, de tal suerte que la justificación sólo sería admisible en caso de *flagrante imperinencia de éste*.⁶⁰ En el fondo, esta concepción reposa en la idea de la "buena educación ciudadana", que no resiste dejar sin correctivo a un niño indisciplinado (las fórmulas jurídicas como la gestión de negocios, el consentimiento tácito, etc., no son sino pretextos), lo que contradice, no ya tan sólo a la tradición de los países latinos, sino a toda moderna pedagogía.

Para hablar de un *interés preponderante* sería preciso demostrar el beneficio pedagógico de un acto aislado de escarmiento, lo que parece más que dudoso, y en cuanto a una delegación *presunta* del derecho correccional, no pasa de ser una mera idealidad.

Coincidimos con QUINTANO RIPOLLÉS en cuanto a que "la justificación procedería únicamente en presencia de supuestos afines a la legítima defensa o estado de necesidad",⁶¹ pero ello supone, naturalmente, no sobrepasar sus límites. El airado dueño de una heredad que sorprende a un niño sustrayendo fruta y le da de bofetadas no podría invocar legítima defensa (la agresión ya no era actual), y

⁵⁵ POLITOFF, *Los elementos...*, cit., p. 57.

⁵⁶ El art. 447 del C.P. boliviano reconoce el derecho a los moderados castigos domésticos también al marido.

⁵⁷ QUINTANO, *Tratado*, P.E., I, p. 756.

⁵⁸ BETHOL, op. cit., p. 274; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, IV, p. 541.

⁵⁹ WELZEL, DSt., § 14, V: *Das Handeln im Interesse und mit mutmasslicher Einwilligung des Verletzten*, p. 93.

⁶⁰ MAURACH, DSt. B.T., p. 86.

⁶¹ QUINTANO, *Tratado*, P.E., p. 760. Algunos de sus ejemplos son, sin embargo, equívocos.

en cuanto a un castigo correccional, ya se ha visto que carece de licitud: no constituye ejercicio legítimo de un derecho.

Como el art. 234 C.C. reconoce, a falta del padre, a otras personas que tengan a su cargo "el cuidado *personal* del hijo" el ejercicio de este derecho correccional, no parece que pueda incluirse a los maestros entre los que pueden lícitamente emplear castigos físicos con fines educativos. Claro es que en este punto la buena fe del agente puede recaer precisamente en la existencia supuesta de tal derecho (auténtica justificación putativa), que excluye el reproche de culpabilidad.

El problema del exceso se plantea respecto de quiénes están facultados para ejercer el *tus corrigendi*. De modo sensato el Código español vigente excluyó expresamente el efecto agravatorio del parentesco para estos casos, lo que no acontece en la ley chilena. En efecto, dispone el último inciso del art. 420 del C.P. español: "No están comprendidas en el párrafo anterior (relativo a las lesiones calificadas por el parentesco) las lesiones que el padre causare al hijo excediéndose en su corrección". NOVOA piensa que en el sistema chileno "los golpes o malos tratos (que), aplicados por vía de castigo sobrepasan lo que conviene a la naturaleza y finalidad de su corrección, pueden dar origen a la responsabilidad penal agravada que contempla el artículo 400 del C. Penal".⁶² Pensamos que, dentro de ciertos límites, la desarmonía puede corregirse interpretando "la calidad de las personas y las circunstancias del hecho", a que alude el art. 494, Nº 5º, para calificar las lesiones como leves, según sea el caso, también como ideas comprensivas del exceso en la corrección. En todo caso, la agravación no es obligatoria, si aplica por analogía en *bonam partem* el art. 13.

E. Lesiones en el deporte

Se proponen por un sector de la doctrina, como un vasto ámbito de aplicación del valor justificante del consentimiento del ofendido, precisamente las llamadas lesiones deportivas. Dice QUINTANO que, "aceptando la tesis de la eficacia del consentimiento en las lesiones, las ocasionadas en certámenes deportivos no suscitan mayor dificultad",⁶³ lo que no nos resulta persuasivo. En efecto, aun los autores que razonan sobre una dogmática que reconoce explícitamente tal eficacia, no sólo subordinan la justificación al "adecuado desarrollo de la respectiva clase de deporte", sino que distinguen según se trate de lesiones dolosas o culposas. El límite de lo contrario a las buenas costumbres no es franqueado, según SCHÖNKE-SCHRÖDER, en el caso de infracciones culposas a las reglas deportivas por exceso de pasión, excitación o como consecuencia de torpeza,⁶⁴ mientras MAURACH propone como ejemplo de lesiones deportivas dolosas no cubiertas por la justificante del consentimiento los golpes bajos en el boxeo o el dar de patadas al adversario en el fútbol.⁶⁵

Entre los autores italianos que, generalmente, niegan valor de justificante al consentimiento, predomina el criterio de que "el ejercicio de una actividad autorizada por el Estado, en cuanto responde al interés de la comunidad social,

⁶² NOVOA, DPCh, II, p. 396.

⁶³ QUINTANO, *Tratado*, P.E., p. 609.

⁶⁴ Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 981; MAURACH, DSt. B. T., p. 83.

⁶⁵ Loc. cit.

importa la impunidad de los hechos lesivos o peligrosos que eventualmente deriven de ellos, cuando todas las reglas que disciplinan la respectiva actividad han sido observadas".⁶⁶ En el fondo, de lo que aquí se trataría es de la ausencia de daño social por la existencia de bienes en conflicto, uno de los cuales puede ser satisfecho sólo a costa del sacrificio del otro. La pregunta sobre el dolo, la culpa o la preterintención sólo se podría plantear cuando el resultado dañoso se verifica "a causa de la violación de las reglas del juego". Si las reglas se han observado, el hecho no podría considerarse ilícito, sin que interese lo que existiera en el ánimo del agente.

Una posición semejante sostiene en Chile NOVOA, para quien el consentimiento no constituye "la razón de la justificación", pero sí un requisito indispensable para que surta efectos, de tal manera que aquélla debe hallarse en el contexto de la legislación vigente que, a través de una interpretación sistemática, permite reconocer la licitud en la práctica de determinados deportes. "Cuando el deportista infringe las reglas del juego -dice-, no procede aplicar la causa de justificación, porque el ejercicio del derecho no se ha hecho en forma legítima. Desapareciendo la justificante, el hecho permanece como objetivamente injusto y para determinar la responsabilidad correspondiente habrá de dilucidarse si el autor del daño actuó con culpa o dolo".⁶⁷

El asunto, particularmente complicado en aquellos deportes que, como el pugilato o el rugby, no toleran sino exigen la carga al adversario, no puede resolverse, sin más, con el fundamento de las reglas del juego. Se trata de normas consuetudinarias, de reglamentación incierta, en que debe suponerse, junto a las prescripciones técnicas y morales (lealtad, etc.), también un llamado de atención a la prudencia que, sin embargo, la excitación del enfrentamiento hace que rara vez se respete. Decidir qué es primero, si las reglas del juego, como criterio objetivo, y sólo después la indagación de la culpa o el dolo, o bien, por la inversa, la distinción preliminar entre hechos dolosos y culposos, parece puro bizantinismo. Por lo demás, no está del todo claro, si se alude al dolo a la luz de la teoría final, como es el caso de MAURACH, cuál sería el contenido de éste: hacer sufrir al adversario o hasta adormecerlo con un golpe contundente, dentro de las reglas del juego (dolo bueno) o fuera de ellas (dolo malo).

Se quiera o no, sobre todo en los deportes más violentos, la verdad es que en estas materias la costumbre *contra legem* ha determinado una norma de cultura o, siquiera, una norma generalmente aceptada, cuyo contenido debe entenderse como *silencio social* frente a toda lesión corporal en el curso de un deporte que no sea una transgresión demasiado grosera de las normas de prudencia más elementales y, desde luego, fuera de la clase de golpes permitidos por el determinado deporte. *El boxeador que sabe que está destruyendo a su adversario, mientras se cuida de no aplicar golpes bajos, realiza una conducta justificada por el interés preponderante del Estado.*⁶⁸

⁶⁶ ANTOULEM, *Manuale* P. S., I, pp. 227-228.

⁶⁷ NOVOA, DPCh, I, p. 467.

⁶⁸ Sólo es de esperar que la práctica de este así llamado deporte que, en mayor o menor grado, siempre conduce a la mengua de las más importantes funciones orgánicas, termine por ser proscrito de las actividades admitidas por el Estado o, cuando menos, someterlo a tales limitaciones que reduzcan drásticamente sus aspectos bárbaros y gravísimas consecuencias para la salud.

* La Corte de Apelaciones de Pedro Aguirre Cerda determinó que las lesiones inferidas dentro de un partido de fútbol deben considerarse como constitutivas de una infracción grave a las reglas deportivas, pero no es posible calificarlas como constitutivas de un delito penal. Acota el fallo que "Así se desprende de los antecedentes ponderados en el considerando segundo, de los que consta que la víctima de la agresión ocasionada por el reo había sido, a su vez, inmediatamente antes, el agresor de otro jugador a quien hizo perder el conocimiento de un codazo, hecho que no dio origen a la instrucción de ningún proceso criminal..." El fallo extractado tiene especialmente presente que se trató de un partido de fútbol violento... (G. J. N° 1112, año 1989, pág. 83).

En suma, la práctica social ha sancionado la impunidad, a despecho de las declaraciones doctrinales, de toda lesión deportiva culposa que no signifique una transgresión demasiado tosca de la violencia permitida, y en lo que concierne al dolo (en el sentido de lesionar *deslealmente*), a la violación de las normas técnicas y morales del juego, habrá que añadir la consciente voluntad de realizar el resultado típico.

F. Lesiones con fines espirituales, religiosos o tradicionales

Aunque la mayor parte de esta clase de manifestaciones se exteriorizan en las autolesiones, hay situaciones como la circuncisión, de origen religioso y tradicional, no ya por razones terapéuticas, que constituye una lesión ritual entre los judíos. MAGGIORE invoca la costumbre como fundamento de la justificación.⁶⁹ En rigor, se trata de una intervención inocua subordinada a un fin espiritual y tradicional reconocido por las normas de cultura.

En este caso, como en la perforación de las orejas de las mujeres para permitir el uso de pendientes, no creemos que se trate de conductas típicas justificadas, sino de atipicidad por *adecuación social*.

Pueden imaginarse otras hipótesis que probablemente habrá que decidir por el cotejo de los intereses jurídicos en conflicto y en que la exigüidad del daño a la salud quedará asimismo subordinado a un interés espiritual consentido por las normas de cultura.

56. CLASIFICACIÓN DE LAS LESIONES CORPORALES

Es conveniente, para los fines de su análisis, la distinción, que fluye del párrafo 3 del Título VIII, entre mutilaciones y lesiones propiamente tales.

1. *Mutilaciones.* Se refieren a ellas los arts. 395 y 396 C. P., de los cuales el segundo da el concepto general ("cualquiera otra mutilación") y el primero alude a una de sus especies, la *castración*, esto es, la extirpación de los órganos destinados a la procreación. Ya en los comentarios de PACHECO se individualizaba a las mutilaciones, de entre las lesiones, y se añadía que entre aquéllas "hay una que tiene un nombre especial, y cuyas circunstancias la hacen más grave".⁷⁰

⁶⁹ MAGGIORE, *Derecho Penal* cit., IV, p. 338.

⁷⁰ PACHECO, *C. P. Comentado*, III, p. 48.

Sobre la conveniencia de diferenciar o no las mutilaciones de las demás lesiones no hay acuerdo entre los propios juristas peninsulares. Mientras algunos caracterizan el distinguo como "anticuada técnica",⁷¹ otros hablan de "diversidad de conceptos genuinamente española y uno de los grandes aciertos de la Parte Especial".⁷² Por nuestra parte, no tenemos dudas sobre su superfluidad.

Como sea, su autonomía en nuestra dogmática obliga a delimitar el alcance de las mutilaciones (incluida la castración), tanto en el plano objetivo cuanto en la subjetividad, aspecto este último subrayado por los tratadistas del siglo pasado.⁷³

2. *Lesiones propiamente tales.* Están clasificadas, a su vez, sobre la base de su gravedad. La distinción de las lesiones por su *gravedad* se sigue, con variantes, por la mayoría de los sistemas legislativos. El régimen chileno las clasifica en *graves* (art. 397), con dos subespecies: *simplemente graves* (Nº 2º) y *graves-gravísimas* (Nº 1º); *menos graves* (art. 399); y *leves* (art. 494, Nº 5º), estas últimas incluidas entre las faltas. La denominación *graves-gravísimas*, para las del Nº 1º del art. 397, no se emplea por la ley, pero la ha impuesto la costumbre.

La figura básica, de carácter residual, es la de lesiones *menos graves*. Entre ésta y la de lesiones *graves*, del art. 397, hay una diferencia cuantitativa que mira a la intensidad del daño en la salud experimentado por la víctima (tipos calificados). En cambio, la figura privilegiada de lesiones *leves*, del art. 494, Nº 5º, tiene su fundamento en criterios cualitativos diversos, en que prima la valoración subjetiva, fórmula ésta que ha suscitado reparos teóricos e inconvenientes prácticos casi insalvables, según veremos.

57. ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE MUTILACIÓN

La etimología de la voz *mutilar* está vinculada a las ideas de *cortar* o *cercenar* y asimismo a la de *mengua corporal*. De ahí que PACHECO defina la mutilación como "el corte y la destrucción de cualquier miembro de una persona humana".⁷⁴ Nuestros comisionados llevaron su fidelidad al pensamiento del jurista español hasta el punto de incorporar al texto legal incluso los ejemplos que éste propuso. En efecto, el art. 342 del texto que sirvió de modelo al nuestro, a continuación del 341, relativo a la castración, imponía una enorme pena a "cualquiera otra mutilación, ejecutada igualmente de propósito". Observó PACHECO que la imposición de tal pena "a quien de propósito corta una pierna o un pie, un brazo o una mano, es cosa que no la rechazaremos absolutamente... Pero que se iguale con aquellos otros hechos la mutilación *de un dedo o de una oreja*, es cosa que nos parece inconcebible".⁷⁵ La Comisión Redactora, sobre la base de un proyecto de redacción preparado por RENGIFO, distinguió entre mutilación de un miembro importante y mutilaciones de miembros menos importantes, en el art. 396, respecto de las cuales añadió el ejemplo, "como un dedo o una oreja", lo que ha suscitado el regocijo de más de un humorista. En cuanto al concepto de miembro importante, también se copió a la letra a PACHECO, quien se refiere al caso en que se deja al paciente "privado de valerse a sí mismo y de ejecutar las funciones naturales que ejecutaba".⁷⁶ El texto propuesto por RENGIFO, presentado en la sesión 81, se aprobó sin alteraciones.

Es claro que si por miembro se entiende la parte de un todo, habría que concluir que también es mutilación el hecho de desprender un trozo de carne del cuerpo humano, lo que es impugnado con razón por ETCHEBERRY.⁷⁷ Creemos que el asunto concierne, más bien, a una mengua funcional: "La calidad de miembro está dada a las partes del cuerpo de que el individuo se sirve para las actividades físicas de su vida de relación, y a aquellas que ejecutan una función específica..."⁷⁸ El concepto restringido, propuesto, por ejemplo, por los autores argentinos ("las

⁷⁴ PACHECO, op. cit., III, p. 47.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ ETCHEBERRY, D. P., III, p. 119.

⁷⁸ Idem.

⁷¹ DEL ROSAL, COBO, MOYULLO, D.P.E., P.E., p. 498.

⁷² QUINTANO, *Tratado P. E.*, I, p. 704.

⁷³ Cf. PACHECO, C. P. *Comentado*, III, p. 46; GROIZARD, *El C.P. de 1870 concordado y comentado*, IV, p. 525.

extremidades articuladas con el tronco del cuerpo humano"),⁷⁹ no corresponde, según se ha visto, a la dogmática legal del sistema chileno. Cualquier órgano, no sólo los de aprehensión y locomoción, es *miembro* en el sentido del art. 396.

En cuanto a la castración, que es una forma especial agravada de mutilación, en buena técnica, debiera venir a continuación de la fórmula genérica de las mutilaciones. Al igual, sin embargo, que en la relación parricidio-homicidio, se hizo primar la repulsa sobre la lógica.⁸⁰

58. CASTRACIÓN

Dice el art. 395, que encabeza el párrafo de las lesiones corporales: "El que maliciosamente castrar a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio"; es decir, con la misma pena del homicidio simple.

La sustantividad de este delito, contenida ya en el Código napoleónico, tiende razonablemente a desaparecer, sobre todo si se consideran los arcaicos fundamentos originalmente tenidos en vista.⁸¹

Respecto del *sujeto pasivo* se ha suscitado alguna discusión. Mientras para algunos la castración es sinónimo de mutilación de los órganos genitales de una persona (*hombre o mujer*),⁸² hay quienes piensan que en el plano jurídico-penal el tipo debe restringirse al paciente *varón*.⁸³

Las razones de QUINTANO RIPOLLÉS en el sentido de restringir el alcance del tipo legal a la extirpación de los órganos masculinos de la reproducción no se fundan en el léxico médico, el cual, por otra parte, no suele ocuparse de esta clase de distinciones, tan caras al jurista. Observa este autor, en primer término, que no es dable asimilar las ideas de esterilización y castración, como hacen, por ejemplo, SÁNCHEZ TEJERINA⁸⁴ y PUIG PEÑA,⁸⁵ ya que del texto aparece que la figura es una *especie de mutilación*. Esto permite excluir la castración radiológica, la vasectomía, la salpingotomía y, en general, toda intervención que no consista en el corte o cercenamiento de órganos.⁸⁶ Pero todavía en el plano de la ablación o extirpación, que naturalmente también es dable respecto de órganos internos, piensa QUINTANO RIPOLLÉS que las razones históricas y el lenguaje usual (el sentido natural y obvio de las palabras) llevan a la interpretación restrictiva.

Aunque la semántica histórica parezca, en efecto, no incluir la extirpación de los órganos genitales de la mujer en el concepto de castración, una interpretación propiamente teleológica-sistemática no permite fundar el distingo, ni en lo que respecta a la valoración de la acción, en su objetividad, ni en cuanto a las especiales exigencias subjetivas. Se trate del hombre o de la mujer, la clase de daño es semejante, y la definida intencionalidad, que permite distinguir, más que

⁷⁹ NÚÑEZ, D.P.A., III, p. 206; SOLER, D.P.A., III, p. 145.

⁸⁰ Cfr. BUSTOS, DE LA VEGA, POLITOFF, *La vasectomía...*, cit., p. 3.

⁸¹ Cfr., sobre aspectos históricos, especialmente QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, pp. 75 ss.; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, p. 492; GROZILLO, op. cit., IV, p. 525.

⁸² DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, D.P.E., P.E., p. 500; CUELLO CALÓN, op. cit., II, p. 493; ETCHEBERRY, D.P., III, p. 117; HÉCTOR VALENZUELA, *El delito de lesiones corporales*, 1961, p. 55.

⁸³ QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 709.

⁸⁴ SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, p. 278.

⁸⁵ PUIG PEÑA, op. cit., IV, p. 14.

⁸⁶ DE LA VEGA, BUSTOS, POLITOFF, *La vasectomía...*, cit., p. 3.

en el plano material, la castración de una lesión grave que produce impotencia, puede presidir en igual forma la destrucción de los órganos genésicos, *cualquiera sea el sexo de la víctima*.

Sobre el contenido de la intención se ponía énfasis ya en la obra de PACHECO, en que se distingue la dirigida a herir de la que precisamente apunta a mutilar: "En la célebre mutilación del amante de Eloisa —dice— la misma mutilación y no una herida era el propósito",⁸⁷ y si bien en la sesión 175, a indicación de GANDARILLAS, los comisionados sustituyeron la frase "de propósito" por el adverbio "maliciosamente", ello no significó una concepción diversa del asunto, sino sólo el "fin de usar términos ya aceptados en disposiciones análogas". Creemos que el sentido de la fórmula es la restricción de la subjetividad al *dolo directo*, de manera que no sólo la hipótesis culposa sino hasta el dolo eventual quedan excluidos del título de *castración*, lo que no obsta a la incriminación por *lesiones*, con arreglo a los preceptos respectivos, en el caso de resultar la destrucción de los órganos genitales sin dolo directo.⁸⁸

De sumo interés en este punto es el caso que contiene la sentencia de la C.A. de Temuco (1957), en que a la víctima se le ataron los pies y se le sujetaron las manos para lesionarle el escroto con un cortaplumas, lo que le provocó posteriormente hernia y putrefacción de un testículo, que tuvo que ser amputado. La Corte condenó al reo como autor del delito de lesiones graves del art. 397, N° 1º, tanto porque desde un punto de vista objetivo no había separación, ablación, destrucción o extirpación, cuanto porque en lo subjetivo no se había actuado con la intención precisa y deliberada de castrar. Aun cuando en esta última parte la Corte razona equivocadamente sobre la base de la existencia de un dolo específico (de castrar) y un dolo genérico (de lesionar) y no sobre el binomio dolo directo y dolo eventual, llega al resultado correcto, esto es, que en tales casos se aplica el art. 397, N° 1º (R.D.J., LIV-190).

En el plano material se ha promovido la cuestión sobre si constituye un hecho típico la extirpación *parcial* de los órganos genitales: amputación de un solo testículo, de un solo ovario, del pene y no de los testículos, etc. La ablación del pene, con subsistencia de los testículos, no acarrea necesariamente la incapacidad procreadora y, por su parte, la amputación testicular plena no siempre impide la realización del coito estéril, no obstante lo cual existe en ambas hipótesis castración perfecta. Ello es claro, en cuanto en tales casos se priva, sea de la posibilidad funcional del coito normal, sea de la posibilidad de generar. Lo mismo no acontece en el caso de pérdida de un solo testículo, que "no obstaculiza sensiblemente la capacidad erótica y ni siquiera la genésica del sujeto".⁸⁹ En lo que respecta a los órganos femeninos, el criterio es semejante: se entenderá consumada la castración si se ha producido la pérdida de la posibilidad de concebir o de realizar la cópula normal, y el delito estará frustrado si tales funciones no han resultado afectadas.

⁸⁷ PACHECO, C. P. *Comentado*, p. 47. Añade que "cuando se encuentra una herida que ha causado mutilación, es forzoso distinguir si el golpe iba expresamente para ésta, o si era sólo una herida a lo que se intentaba y procuraba: las penalidades son diferentes".

⁸⁸ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, D.P., III, p. 117. Cfr. asimismo SANTIAGO TORREALBA, *Las mutilaciones en el Código Penal*, 1941, p. 45; DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, D.P.E., P.E., p. 504.

⁸⁹ Vid. QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 712; en el mismo sentido, ETCHEBERRY, D.P., III, p. 118; y HÉCTOR VALENZUELA, op. cit., p. 58.

* La Corte Suprema estimó que la extirpación del testículo derecho no afecta el funcionamiento del testículo izquierdo, "por lo que la víctima no ha quedado privada de su capacidad proliferante..." (R.D.J. LXXV Sec. Cta., año 1978, p. 334).

Se ha visto, sin embargo, que en el concepto de *castración* no quedan incluidas la vasectomía ni la salpingotomía, las cuales no constituyen siquiera *mutilación*, ya que a través de estas intervenciones no tiene lugar la extirpación de miembros. Los problemas que ellas suscitan, aunque se traducen en *impotencia*, no corresponden a tratarlos aquí (vid. infra Nº 63).

La huella del debate de los comisionados, con relación a este delito, produce desaliento por lo particularmente desafortunado. Y ello vale tanto para las iniciativas que se propusieron cuanto para las razones por las que se desecharon.

REYES *propugnaba* (sesión 80) la incorporación del precepto del Código francés que excusa la castración inmediatamente provocada por un ultraje violento al pudor (art. 325). Se le repuso que "este caso se halla comprendido entre las reglas generales que eximen de responsabilidad cuando el acto se efectúa en el ejercicio de una legítima defensa; siendo rechazada en consecuencia la indicación".

El añadido era, por cierto, innecesario, pero nada tenía que hacer con la legítima defensa.³⁰

Se hizo presente en la misma sesión que "tal vez convendría aclarar la redacción del artículo para no comprender al médico que por una necesidad de su profesión castra al enfermo...", pero se resolvió no innovar con respecto al artículo del Código español, porque allí se dice "el que de propósito castrar", y no puede suponerse que quien cumple con un deber obra con dolo o propósito deliberado de delinquir, "circunstancias indispensables para que haya delito". Hay que convenir, como se ve, en que nuestro legislador no se interesaba mucho en asuntos sistemáticos, y de ahí estas no raras tautologías y confusiones.

En lo que concierne a la castración y, en general, la esterilización consentidas por la víctima, que algunos sistemas legislativos admiten, no lo están en el régimen chileno. Cabe anotar todavía que el florecimiento de teorías pseudocientíficas en el plano de la prevención de la criminalidad sexual condujo en Alemania nazista a la atribución al juez de la facultad de disponer la castración (*Entmannung*) de determinados delincuentes estimados peligrosos. Dichos preceptos fueron derogados por las leyes aliadas de ocupación.³¹

³⁰ Sobre el punto, GARÇON: "C'est un principe élémentaire que l'excuse de provocation ne doit pas être confondue avec le fait justificatif de légitime défense" (Code Pénal Annoté, II, p. 140).

³¹ Cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 216; MALBACH, *DSir. B. T.*, p. 748.

A veces, sin embargo, la esterilización es admitida como reacción penal en algunos Estados de los EE.UU. de A. (cf. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.; DONNEDIEU DE VABRES, op. cit., p. 286; TORREALBA, op. cit., p. 45). El 15 de febrero de 1970 entró en vigor una ley de 15 de agosto de 1969, que consagra, en la R.F. A., la posibilidad de castración voluntaria, tanto para el caso de enfermedades graves, perturbaciones psíquicas o dolencias, cuanto para el evento de tendencias anormales que producen inclinación a determinados hechos punibles graves, con el carácter de auxilio médico para la conducción de la vida en el futuro, es de hacer notar que la omisión por el médico de los informes relativos a la necesidad de la castración no conduce al castigo por lesiones, sino por un precepto penal especial.

59. MUTILACIÓN DE MIEMBRO IMPORTANTE

Antes se dijo que, en la línea de pensamiento de PACHECO, el legislador chileno hizo la distinción entre *mutilación de un miembro importante* ("cualquiera otra", diversa de la castración) y mutilaciones de miembros menos importantes (art. 396). La determinación sobre el carácter importante o menos importante del miembro afectado tiene señalada su pauta por la propia ley, con arreglo a la cual es mutilación del primer grupo aquella que "deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba". Es claro que los órganos sexuales pertenecerían a esta clase, de no mediar la circunstancia, expresada en la alta penalidad, que su trascendencia condujo al tipo todavía más grave de *castración*. También alude la ley a los miembros importantes en el art. 397, Nº 1º, concerniente a las lesiones llamadas *graves-gravísimas* ("si de resultas de las lesiones queda el ofendido... impedido de algún miembro importante...").

Sostiene ETCHEBERRY que, en este caso, el criterio para delimitar el concepto de miembro *importante* es el mismo que el utilizado por la ley para las mutilaciones. Sólo que "el concepto de 'impedimento' es más amplio que el de 'mutilación'... [ya que] esta última... se refiere al corte o cercenamiento, y el primero, a la inutilización en cualquiera otra forma, que puede deberse a corte o bien a otras razones, aunque el miembro no haya sufrido en su integridad anatómica (lesiones nerviosas o musculares)... [y que] aquí quedan comprendidas las mutilaciones no maliciosas, sin dolo directo".³²

Semejante interpretación lleva a una paradoja doble: si se inutiliza un miembro importante *sin cercenarlo del todo*, el tratamiento penal es más severo que si el agente opta por la amputación total; por otra parte, en el caso de la mutilación, el dolo eventual acarrea mayor pena que el dolo directo. En efecto, mientras la *mutilación maliciosa* de miembro importante tiene la pena de presidio *menor* en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, las *lesiones* (propriadamente tales) que sólo inutilizan un miembro importante (sin ablación total) y la *mutilación con dolo eventual* recibirían la de presidio *mayor* en su grado mínimo (cf. arts. 396 y 397, Nº 1º, C.P.).

Si no se quiere ir a parar al absurdo, debe concluirse que el criterio para fijar el concepto de miembro importante, en el sentido del art. 397, no es el mismo que el empleado en el art. 396. La conclusión ha de ser que este segundo concepto es más amplio que el primero.

La noción de *lo importante* es, bien se sabe, por esencia una idea relacional y, por lo mismo, *relativa*. Podía, es claro, el art. 396, como lo hizo, fijar un concepto de alguna amplitud, en consideración a la especialísima clase de acción (cercenar, extirpar del todo) y a la intensidad del dolo. Desde este punto de vista, *hasta* que se ampute con dolo directo un miembro por cuya pérdida quede el paciente imposibilitado para ejecutar alguna función natural que antes ejecutaba y ese miembro será estimado importante. Igual concepto e igual amplitud para la idea de *importante* no tienen que valer por fuerza en *otro contexto*, con mayores exigencias objetivas y menores requerimientos subjetivos, como acontece con el Nº 1º del art. 397, que conduce a una pena cercana a la del homicidio.

Nos parece que una interpretación que concede una cierta coherencia a la caprichosa selección de penas hecha por el legislador es aquella que restrinja el

³² ALFREDO ETCHEBERRY, D. P., III, p. 129.

alcance del adjetivo *importante* del art. 397 a los solos casos en que el resultado es parangonable en trascendencia a los otros resultados abrumadores que en ese precepto se han previsto: demencia, impotencia, inutilidad para el trabajo, notable deformidad.

De este modo, el hecho de herir, golpear o maltratar de obra a otro dolosamente (sea el dolo directo o eventual), que produce la impedición de un miembro, no ya su amputación, será regido por el N° 1° del art. 397 únicamente si la *importancia* del miembro es de entidad equivalente a los demás resultados que en ese precepto se señalan, para lo cual no es suficiente que el ofendido quede imposibilitado de ejecutar alguna función natural que antes ejecutaba.

La C.S. ha manifestado que no se vulnera ninguno de los numerandos del art. 397 C.P. al estimar que la pérdida del bazo, extraído quirúrgicamente a la víctima como consecuencia de la herida que le infirió el reo, queda comprendida en el N° 1° de dicho precepto, por razón de considerar que el bazo es un miembro importante del cuerpo humano, recurriendo a los principios de la ciencia médica, que es la que resuelve el caso (R.C.P., 1967, XXVI-170).

Por otras razones de las que aquí se dan, este fallo es impugnado por JAIME VIVANCO.²⁹ No nos cabe duda de que la destrucción de dicha glándula produce una disminución funcional en el sentido del art. 396, ya que el bazo desempeña una función destructora de glóbulos rojos envejecidos, productora de glóbulos blancos y, en general, es indispensable para el buen régimen del sistema vascular, actividad que cesa con la pérdida del órgano. Sin embargo, siendo ello *importante* en el sentido del precepto de la mutilación, que expresamente se satisface con la impedición para ejecutar una función natural, *no lo es tanto como lo requiere ser un miembro para determinar la incriminación por lesión grave-gravísima* del art. 397, N° 1°, con pena parecida a la del homicidio, supuestos ciertos resultados catastróficos extremos, entre los cuales no es dable razonablemente incluir, por la experiencia médica al respecto, la repercusión funcional que acarrea la pérdida del bazo. En otros términos, el bazo cercenado con dolo directo constituye mutilación de miembro importante; su mera impedición o aun su amputación con dolo eventual no constituye lesión *grave-gravísima*, sino *simplemente grave* (art. 397, N° 2°).

Otro caso jurisprudencial de lesiones inferidas con cortaplumas en un testículo de la víctima, el cual debió ser amputado, hizo a los sentenciadores concluir que "no encontrándose acreditado en el proceso que el ofendido, no obstante la extirpación de un testículo, quedara impotente o inepto para reproducirse, como tampoco que los culpables actuaran con la intención precisa y deliberada, esto es, con dolo específico de castrar, y que el hecho material de la castración se lograra real y efectivamente, forzoso es concluir que se trata en la especie de una lesión grave, causada con dolo genérico, de las previstas en el N° 1° del artículo 397 del C. Penal, relativa a la privación de un miembro importante, o más propiamente, al uso de un miembro importante, conservándose sin embargo el miembro, pues en caso contrario se trataría de una mutilación. (CA Temuco, 1957: RDJ, LIV-190, consid. 3°, 7° y 10).

²⁹ JAIME VIVANCO, nota a sentencia, en RCP, XXVI, p. 173.

Manifiestamente, un punto que los sentenciadores no se plantearon es: ¿qué habría acontecido en el "caso contrario", de amputación del miembro, desde el punto de vista de la penalidad? Pues bien, se daría el absurdo de que una lesión "relativa al uso de un miembro importante, conservándose sin embargo el miembro", causada "con dolo genérico" (no directo), es calificada de lesión gravísima (art. 397, N° 1°), que tiene pena mayor que la mutilación (amputación) del mismo miembro realizada con dolo directo. La verdadera solución está, ya se ha dicho, en diferenciar lo que debe entenderse por miembro importante en el régimen extremo del tantas veces citado numerando del art. 397, del sentido de igual denominación para el efecto de las mutilaciones del art. 396.

Un corolario, sin embargo, de esta interpretación tendría que ser el siguiente: una mutilación con dolo directo de un miembro importante *también* en el sentido del art. 397 queda regida, en el concurso aparente de leyes, por este último precepto y no por el del art. 396. No es el criterio de la especialidad sino el de la subsidiariedad el que determinaría la opción, por ejemplo, en el caso de quien dolosamente extirpa a su enemigo ambos ojos. Esto es, frente a una lesión de tal magnitud, lo primero que ha de considerarse es la aplicación del art. 397, N° 1°, que es el que reprime esas conductas tanto por la pena que impone como por la extensión subjetiva; y sólo si se descarta su aplicación se aplicaría el art. 396.

En el ámbito del art. 396 subsisten todavía algunas preguntas. Ciertos autores chilenos han sostenido que la fórmula "miembro importante" debe ser apreciada "no sólo con relación a su naturaleza, sino que habida consideración a la edad, situación, actividades y demás condiciones personales de la víctima, y a los antecedentes y detalles de la malicia puesta en práctica por el hechor".³⁰ TORREALBA asevera que "un factor que ha influido mucho últimamente para catalogar un miembro de importante o no importante es la gran división del trabajo que existe hoy día en toda clase de industrias y que hace que los individuos agudicen sus aptitudes para una determinada labor, de tal manera que muchas veces son incapaces de desempeñar cualquier otro trabajo que no sea el de su especialidad".³¹ ETCHEBERRY, en cambio, opina que la protección penal se dispensa en atención a la integridad anatómica y al equilibrio funcional de la persona y no a las actividades que desempeña, lo que no obsta a que estas últimas deban ser consideradas para regular la indemnización de perjuicios en el ámbito civil.³² Los ejemplos puestos por el legislador para los casos de miembros menos importantes parecen demostrar que esta última tesis es la correcta.

Un segundo problema lo constituye la amputación (mutilación) de un miembro importante en el sentido del art. 396, pero no en el sentido del art. 397, N° 1°, cometida con *dolo eventual*. Lo razonable es pensar que se tratará, por el lapso de enfermedad o incapacidad para el trabajo que regularmente acompañará a esa clase de mutilación, de una *lesión grave* de aquellas del N° 2° del art. 397. En casos excepcionales podría aún considerarse que esta mutilación con dolo eventual sanare antes del lapso requerido por el N° 2° del art. 397, y entonces sólo tendría aplicación el precepto del art. 399.

³⁰ DEL RÍO, *Manual*, p. 375; LABATUT, D.P., P.E., p. 310; SANTIAGO TORREALBA, op. cit., p. 55.

³¹ SANTIAGO TORREALBA, op. y loc. cit.

³² ALFREDO ETCHEBERRY, D.P., III, p. 120.

60. MUTILACIÓN DE MIEMBRO MENOS IMPORTANTE

Dispone el art. 396 en su inc. 2º que "en los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio". El concepto de miembro menos importante resulta por exclusión de las dos ideas que fijan el de miembro importante. Como se sabe, si de resultados de la mutilación queda el ofendido imposibilitado de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, el miembro afectado deberá considerarse importante en el sentido del art. 396. Valerse por sí mismo equivale a decir *bastarse a sí mismo*, poder *manejarse*. La oposición, mediante la conjunción disyuntiva, a la idea de ejecutar las funciones naturales, hace pensar que este *arreglárselas por sí mismo* o valerse por sí mismo está tomado no en un sentido excluyente de la completa invalidez, sino, más bien, concierne a la vida de relación en sociedad⁹⁷ o frente a la naturaleza. Así, el sujeto a quien se han amputado algunos dedos de ambas manos, impidiéndole escribir, y para lo cual entonces debe valerse del auxilio de otro, es paciente de una mutilación de miembro importante. Otro tanto acontece (vid. supra) si el sujeto pasivo queda imposibilitado de ejercer alguna función natural que antes ejecutaba. Ello no significa, según antes se explicó, que la lesión sea de aquellas del Nº 1º del art. 397 (con rasgos especiales en la forma de comisión y en la intencionalidad), ya que el ofendido puede quedar imposibilitado de bastarse a sí mismo en un aspecto no primordial de su vida de relación, como en el ejemplo propuesto, o impedido de un órgano (vid. supra) no equiparable por su significado fisiológico a los efectos extremos del mencionado numerando primero del art. 397.

Toda mutilación de un miembro que no produzca alguna de las dos clases de resultados del inc. 1º del art. 396 constituye mutilación de miembro menos importante. La exigencia subjetiva de dolo directo, aunque no se repita en el inc. 2º del art. 396, por la lógica del precepto, no puede sino afectarlo en su totalidad.

Del mismo modo como la hipótesis de lesión grave-gravisima con dolo directo o eventual prevalece sobre la del art. 396, inc. 1º, la de lesión simplemente grave del Nº 2º del art. 397, también con dolo directo o eventual, prevalece sobre la del art. 396, inc. 2º.

En lo que respecta a una mutilación de miembro menos importante con dolo eventual, supuesto que por el lapso de enfermedad o incapacidad no ha operado el desplazamiento al tipo de lesiones graves, no queda regida por el art. 396, inc. 2º, sino por el art. 399 (lesiones menos graves).

I. LA CONDUCTA

61. EL PROBLEMA DE LAS SIMPLES VIAS DE HECHO

a) *Planteamiento*. Las razones didácticas que fundan el distingo entre mutilaciones y otra clase de lesiones (lesiones propiamente tales) no autorizan para incorporar, sin más, a la definición de éstas el requisito negativo de no tratarse de una mutilación hecha con dolo directo. Antes se ha explicado (véase supra Nºs 59 y 60) que la especialidad objetiva y subjetiva de una mutilación no basta para hacerla primar sobre una *simple* lesión, para los fines del encuadramiento, si el resultado típico excede en gravedad a los inherentes a la clase de mutilación de que se trate (concurso aparente de leyes penales resuelto con arreglo al criterio de la subsidiariedad).

Sin embargo, mientras la idea de mutilar es unívoca en el sentido de la acción y en el del resultado, la de lesionar de otro modo puede suscitar algunas dudas. ETCHEBERRY, por ejemplo, contra la opinión dominante entre nosotros, cree que "nuestra legislación pertenece al grupo de las que consideran delictivas las *vías de hecho* o violencias físicas por sí mismas, sin perjuicio de aumentar la penalidad en caso de que resulten determinadas consecuencias permanentes".⁹⁸

Si bien se mira, el solo maltrato corporal significa en alguna medida un perjuicio a la salud en el amplio sentido que antes hemos explicado. FREIBEL y OSCHERKOWSKI lo dicen expresamente: "Desde un punto de vista médico, todo maltrato es también un daño a la salud".⁹⁹ Sin embargo, es preciso decidir si el concepto jurídico de lesión corporal comprende también aquellos menoscabos considerables del bienestar de una persona que producen, ello no obstante, un insignificante cambio orgánico. Los autores citados piensan que, en sentido jurídico, no podrían propiamente caracterizarse tales efectos como daño a la salud, y de ahí que el concepto de lesión corporal, en la tradición jurídica alemana, comprende siempre dos alternativas: *el maltrato y el daño en la salud*. El

⁹⁷ En el mismo sentido, ETCHEBERRY, D.P., III, p. 119.

⁹⁸ ETCHEBERRY, D.P., III, p. 110.

⁹⁹ *Kommentar DDR*, II, p. 81.

asunto es así resuelto de manera expresa por el Derecho positivo.¹⁰⁰ Con todo, sobre los conceptos de daño en la salud y maltrato corporal en la dogmática alemana habremos de volver luego (vid. infra N° 63).

En el Derecho italiano, la distinción es, si cabe, todavía más nítida, ya que las simples vías de hecho (*percossa*) no sólo están diferenciadas conceptualmente de las lesiones, sino que tienen un tratamiento penal más benévolo en un precepto separado.¹⁰¹ La *ausencia* de huellas orgánicas o residuos morbosos es lo que caracteriza al "maltrato de obra" (*percossa*), en oposición a las lesiones propiamente dichas.

En el Derecho francés, la fórmula legal es lo suficientemente amplia como para abarcar las heridas, golpes y, en general, "toda otra violencia o vía de hecho" (arts. 309 y 311).¹⁰²

Los juristas españoles, aunque suelen lamentarse de lo que sería un vacío de la ley, concluyen que el sistema de su Código no admite la equiparación de las simples vías de hecho a las lesiones. Dice QUINTANO que esto "se debe seguramente a la perspectiva de objetivismo y resultado real cuantitativo que informa todo el ordenamiento en torno a las lesiones".¹⁰³

En forma cautelosa se pronuncia entre nosotros ETCHEBERRY por la tesis de que el concepto de lesiones comprende también las simples vías de hecho. Conviene en que existen algunos preceptos, en particular los arts. 140 y 150, de los cuales pareciera inferirse que en nuestra ley los conceptos de lesiones y de vías de hecho aparecen diferenciados y hasta en relación de efecto y causa. Así, el inc. 1° del art. 140 castiga con una determinada pena la injuria de hecho sobre la persona del ministro de un culto (*poniendo manos violentas sobre éste*), y esta pena se eleva (inc. 2°) si los golpes causaren al ofendido lesiones menos graves, simplemente graves, graves-gravísimas y, por último, la muerte del paciente. Pero las lesiones menos graves son cuantitativamente aquellas que abarcan hasta las más ínfimas huellas en la salud (para esto carece de significación el distingo con las lesiones leves, vid. infra), de tal manera que si las vías de hecho fueran ya constitutivas de lesiones menos graves, el régimen de penalidad del art. 140 se volvería ininteligible. Solamente la separación entre vías de hecho sin efecto ulterior perceptible y vías de hecho a que sigue alguna huella, por tenue que fuera, en la salud de la víctima, permite interpretar coherentemente el precepto, a menos que, y tal es el esfuerzo que ETCHEBERRY realiza para zafarse del problema, se opte por calificar de lesiones leves todos los casos de golpes sin efecto posterior.¹⁰⁴

En cuanto al art. 150, en contra de la opinión de ETCHEBERRY, estimamos que no es concluyente en ningún sentido. Aunque el inc. 2°, al aludir al resultado lesiones como efecto de la aplicación del tormento, lo hace en forma genérica, es de toda evidencia que no están comprendidas las lesiones leves y menos graves, ya que de lo contrario el agente sería beneficiado en la pena aplicable porque al tormento siguió una lesión de esa clase. Luego, el inc. 1° comprende las simples vías de hecho (el tormento) y también, por absorción, las lesiones leves y menos graves.

¹⁰⁰ Cfr. FRIEBEL y ORSCHEKOWSKI, op. cit., II, p. 81; WELZEL, DSt., p. 288; MAURACH, DSt. B.T., pp. 88 ss.; SCHÖNE-SCHRODER, *Kommentar*, p. 962; SCHWARZ-DREHER, *Kommentar*, pp. 667 ss.

¹⁰¹ ALTAVILLA, op. cit., pp. 56 ss.; ANTOISE, *Manuale P.S.*, I, pp. 77.

¹⁰² GARÇON, op. cit., p. 69.

¹⁰³ QUINTANO, *Tratado P.E.*, p. 629; cfr. DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, DFE, P.E., pp. 412 ss.

¹⁰⁴ Cfr. ETCHEBERRY, D.P., III, 109 ss.

b) *Nuestra opinión* es que el sistema jurídico-penal chileno no admite comprender dentro del concepto de lesiones el de solas vías de hecho. Si se quisiera tomar pie para tal incorporación en los verbos empleados en el art. 397 (herir, golpear o maltratar de obra), con prescindencia de una huella perceptible en la salud de la víctima, la extensión de los tipos, particularmente del art. 399, sería de tal modo desmesurada, que traería consigo el trasvasiamiento a nuestro sistema de una vastísima casuística inherente a una dogmática muy diversa. Si tales hipótesis son planteadas (y no siempre resueltas con seguridad) por los juristas alemanes, ello obedece, según antes se ha visto, a que el tipo legal respectivo descansa en dos pilares paralelos en relación a la punibilidad (*Missbandlung* y *Gesundheitschädigung*). En cambio, la tesis que impugnamos aspira (más bien por razones de justicia material) a una inflación del concepto de lesión leve y menos grave, sin apoyo siquiera en una definida tradición al respecto.

El punto se aprecia con mayor claridad si se tiene en vista la dificultad que entraña fijar límites a ideas tales como el *maltrato de obra*.¹⁰⁵ Según el Diccionario de la Lengua, *de obra* es un modo adverbial que con algunos verbos significa que la acción de éstos se efectúa de manera material y corpórea, por oposición a la verbal o inmaterial, ilustrando esta aserción precisamente con la fórmula "maltratar de palabra y de obra".

ETCHEBERRY pretende la restricción del concepto a la acción material que produzca daño en el cuerpo o en la salud, o *sufrimiento físico a otra persona*,¹⁰⁶ sin explicar el porqué de este último límite. Por cierto que si de las vías de hecho se sigue la "producción" de un "daño en el cuerpo o en la salud", no hay problema alguno, ya que lo que se trata de establecer es, como sabemos, si el solo maltrato de obra *sin una huella perceptible en la salud* queda abarcado también en el concepto jurídico de lesión corporal. Según el autor citado, el *maltrato de obra*, así como *el golpe o la herida*, reclaman, para constituir una lesión, un efecto, el cual puede consistir, sin embargo, en un dolor o sufrimiento, sin daño en la integridad corporal o la salud. Tal sería el único caso verdaderamente propio de "meras" vías de hecho (en oposición a la idea tradicional de "lesión") que ETCHEBERRY propone. Desde este punto de vista, sería una conducta típica de lesiones, en el sentido del art. 399, o siquiera podría serlo, someter forzosamente por largo tiempo, sin interrupción, a estrépitos ensordecedores o irritantes o arrancar los cabellos, debido al *sufrimiento físico* que tales acciones produjeran, en tanto que las simples *molestias*, que no produzcan dolor (hacer cosquillas o lanzar agua), quedarían más allá del ámbito del tipo de lesiones. El distingo es persuasivo y sensato, sólo que la ley no lo hace.

Por lo demás, si nos estamos al solo maltrato de obra, sin huella perceptible en la salud, habría que dar entrada a buena parte de la casuística de la *Missbandlung* alemana (con dolor o sin él), ya que el límite en el sufrimiento físico es arbitrario. Parafraseando a MAURACH, no habría razón para negar el maltrato de obra, por ejemplo, cuando éste recae en una persona privada de sentido por

¹⁰⁵ Dice FUENSALIDA: "En consecuencia, y especialmente por nuestro Código, que comprende entre las lesiones a los simples tratamientos de obras, se deben castigar como tales no sólo las que provengan de golpes que se den con palos, bastón, piedra o látigo, también las de dar a una persona contra el suelo, sea por medios violentos, o poniéndole o quitándole un objeto para producir la caída; y, en fin, las que se produzcan de sumergirla en el agua, tirarla al aire o manearla, como hicieron en la venta con Sancho Panza" (op. cit., p. 120).

¹⁰⁶ ETCHEBERRY, D.P., III, p. 111.

hallarse borracha, perdida, abotagada o insensibilizada por cualquier causa, de tal manera que no experimenta dolor.¹⁰⁷ No se advierte tampoco el motivo para impugnar otras acciones que afectan la incolumidad de una persona (p. ej., la desfloración, el corte de una trenza, etc.) o su sentimiento de bienestar (pintarle al óleo la cara mientras duerme, hacerle ingerir un líquido de mal sabor y, en general, suscitar asco o susto).¹⁰⁸

Antes decíamos, siguiendo en ello a FRIEBEL y ORSCHEKOWSKI, que en último término todo maltrato de obra se traduce en un daño a la salud, si por salud entendemos un concepto amplio y complejo que abarca el bienestar físico y psíquico en todas sus dimensiones (vid. supra). Sin embargo, el Derecho no puede substraerse a la experiencia común que traza una línea divisoria entre los casos en que hay una perceptible alteración orgánica o funcional y aquellos en que no la hay.¹⁰⁹

En consecuencia, toda hipótesis de vías de hecho en que la alteración del bienestar corporal deja una huella perceptible de alguna consideración, en el plano orgánico o fisiológico, haya o no la víctima experimentado dolor, constituye lesión, siquiera en su más ínfima expresión de lesión leve o menos grave. El maltrato que no deja tal secuela, las vías de hecho que causan dolor, menoscabo, asco o terror, pero no afectan de manera sensible a la salud del paciente, no pueden incluirse en el régimen de las lesiones del Derecho chileno. Lo que no obsta, por cierto, a preconizar la conveniencia de elaborar tipos delictivos que abarquen tales conductas, algunas de las cuales, aunque vituperables, si no son atraídas por la coetánea ofensa al honor o a la libertad, que con frecuencia se hallará presente, quedarían impunes.

En suma, no constituyen lesiones las simples vías de hecho y estas últimas sólo son punibles excepcionalmente en cuanto tales (v. gr., en los casos de los arts. 140 y 150), aunque pueden conducir a incriminación por la vía de un atentado contra la libertad (detención ilegal del art. 141, coacción del art. 494, Nº 16, etc.) o contra la llamada pretensión a la consideración de los demás (*Anspruch auf Achtung*), al reconocimiento de la propia dignidad personal (*Anspruch auf Anerkennung der Personwürde*), ideas ambas subyacentes al ubicuo concepto de honor y que quedan captadas a través de las figuras de injuria.

62. LA CONDUCTA EN ESTOS DELITOS

Es verdad que, a diferencia del tipo de homicidio (en el cual la ley no ha restringido las formas de perpetración, que pueden ser cualesquiera que causen el resultado), no puede decirse, sin más, que las lesiones corporales consistan en cualquiera causación, por cualquier medio, de alguno de los resultados en la salud de la víctima previstos por la ley. Por lo menos algunos de los tipos de lesiones aparecen limitados a través de la forma de comisión. Sin embargo, no nos persuade la teoría dominante en el sentido de que (salvo la hipótesis

¹⁰⁷ MAURACH, DSt. B.T., p. 89.

¹⁰⁸ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, p. 962; MAURACH, DSt. B.T., p. 89.

¹⁰⁹ De ahí que en los sistemas legislativos, como el alemán o el italiano, en que se ha querido castigar también los solos golpes o el solo maltrato, se ha dicho expresamente, describiendo esas conductas como hipótesis distintas del daño en la salud en sentido estricto.

especial del art. 398, que sólo regiría para las lesiones graves) tales formas de comisión, para la generalidad de las lesiones, sólo podrían consistir en los verbos herir, golpear o maltratar de obra.¹¹⁰ Por el contrario, 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 menor 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 MOURULLO, no hay fundamento para extender por analogía la restricción de los medios, propia de las lesiones graves, también a las lesiones menos graves.

Conceptualmente es posible lesionar por omisión, tanto como matar por omisión. Sin embargo, en un tipo de lesiones no delimitado en su conducta (p. ej., en el Código argentino), tal asimilación podría aplicarse ampliamente. Ello no puede decirse frente a la ley chilena, ya que las conductas de herir, golpear, maltratar de obra y la de administrar sustancias o bebidas nocivas son inequívocamente activas, de tal manera que no podrían ser incriminadas, por el título de lesiones graves, aquellas lesiones, por importante que fuere su resultado, en que la conducta del agente consista en una omisión (p. ej., lesión gravísima por no dar alimento). La única incriminación posible sería por el título de lesiones menos graves.

Cabe, sin embargo, una leve variante en que sí podría castigarse una lesión grave por omisión como tal lesión grave: ello cuando la omisión debe ser vinculada al abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, fórmula que no precisa de modo indispensable la perpetración mediante una conducta activa.¹¹¹

El charlatán que ofrece un brebaje para hacer invulnerable, ¿debe responder por lesiones graves si, teniendo la posibilidad real de hacerlo, no disuade al incauto que decide probar de inmediato la eficacia de la pócima en su propio cuerpo, dañando su salud considerablemente?

La respuesta afirmativa reconocería su base en un especial hacer precedente que coloca al agente en la posibilidad de abusar, sea mediante su actividad, sea a través de su abstención.

Es notorio que el precepto no fue pensado para abarcar hipótesis omisivas, como lo demuestra el comentario de PACHECO, al proponer el ejemplo del hombre de poco espíritu que ha sido llevado a casa de una hechicera "y los fantasmas que allí ve le determinan un arrebató al cerebro, o le hacen perder la razón". Advierte este autor que "se pena una lesión física, causada por medios físicos que debían encausarla".¹¹² Sin embargo, no creemos que el precepto quede restringido al comportamiento activo, por medios materiales o inmateriales, sino que alcanza también a la comisión por omisión. La posición de garante será aquella que coloque al agente en la posibilidad de abusar (de la credulidad o flaqueza

¹¹⁰ Cfr. ETCHEBERRY, D.P., III, p. 111 en relación con 122 y 132 ss.; LABATUT, D.P., P.E., pp. 304 ss.; HÉCTOR VALENZUELA, op. cit., p. 23; NELSON SANDOVAL y CARLOS TORO, *Jurisprudencia de los delitos de lesiones*, 1967, pp. 20-21.

¹¹¹ Véase C.P., art. 398.

¹¹² PACHECO, C.P. *Comentado*, III, p. 58.

de espíritu), en tanto que el otro extremo, para atribuir la lesión, será la posibilidad real de impedir que la víctima, en razón de su situación de subordinación psíquica, experimente la mengua en su salud, lo que en definitiva no impide *dolosamente* (no parece que el abuso sea en este caso compatible con la culpa).

En suma, la acción de lesionar gravemente aparece delimitada por el texto legal al comportamiento activo y a sus formas especialmente descritas. Los medios inmateriales y la comisión por omisión sólo tendrían cabida en el muy reducido margen que tolera el art. 398, aunque sí, ampliamente, en el ámbito de las lesiones menos graves (art. 399).¹¹³

La crítica de *lege ferenda* no sólo debiera preconizar la extensión del ámbito del tipo de lesiones graves, de modo de consentir la omisión impropia, sino también diversas modalidades surgidas de la experiencia social (como la *extenuación por abuso en el régimen laboral, contagio venéreo, etc.*).¹¹⁴

II. LESIONES GRAVES

63. LESIONES GRAVES; CLASIFICACIÓN

Las llamadas lesiones propiamente tales pueden clasificarse, según se ha visto, en lesiones graves (art. 397), menos graves (art. 399) y leves (art. 494, N° 5°). Deben añadirse, en relación con cualquiera de estas clases, las hipótesis especiales del art. 398. En cuanto a las lesiones graves, es preciso distinguir las simplemente graves y las lesiones graves-gravísimas.

En el sistema chileno, en efecto,¹¹⁵ el art. 397 distingue dos clases de lesiones graves, a la primera de las cuales se la denomina usualmente lesiones graves-

¹¹³ Si se prescinde, con todo, del abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu, cuyo alcance, según se ha visto, es limitado, las acciones típicas del delito de lesiones graves aparecen restringidas a las de herir, golpear o maltratar de obra (art. 397, 399) y a la de administrar, a sabiendas, sustancias o bebidas nocivas (art. 398, 399).

¹¹⁴ Vid. DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE., P.E., p. 422; Proyecto alemán de 1962; C.P. de la R.D.A., § 193; Cf. HELDE BULHM, ARMAN FOKER, ROLF GERBERDIN y HANS NEUMANN en *Lehrkommentar DDR*, II, pp. 281 ss.

¹¹⁵ Parece inevitable graduar en el vasto ámbito de las lesiones la intensidad del daño en la salud de la víctima, calificando de esta manera el tipo legal. El Código Alemán legisla sobre el particular, concibiendo estas situaciones como delitos calificados por el resultado, aunque solamente en el sentido de que el dolo no necesita extenderse al resultado más grave y basta que cubra la acción de lesionar. En todo caso, debe haber culpa respecto del resultado. (§ 116 C.P.).

El art. 583 del C.P. italiano ha previsto también circunstancias especiales que vuelven a las simples lesiones graves o gravísimas. Si bien la relación ministerial del Proyecto del Código Rocco hizo constar expresamente que "los efectos del daño, más o menos grave, constituyen [...] el riesgo que corre el culpable y que a él le es computado a título de responsabilidad objetiva", piensa ANTOLISE que esta concepción, "que no hace honor al Derecho Penal italiano", constituye "un caso típico en que es posible dar a la ley una interpretación mejor de aquella que estaba en el entendimiento de las personas que la han redactado", inclinándose por la exigencia siquiera de culpa respecto del resultado (*Manuale*, p. 69). El sistema español (art. 420) contiene distinciones sobre resultados indelebles de máxima o menor entidad, los que, al decir de QUINTANO, constituyen elementos típicos y no meras agravaciones objetivas específicas, de tal modo que a su respecto debe exigirse dolo o imprudencia (p. 716).

Sin embargo, los criterios para fijar los resultados agravatorios no son necesariamente coincidentes. Así, en el Código Penal de la R.D.A., ellos son el daño a la salud con peligro para la vida, la perturbación

gravísimas, y a la segunda, lesiones simplemente graves, previstas respectivamente en los numerandos primero y segundo de este artículo. Respecto de la acción, si bien el citado art. 397 usa los verbos herir, golpear y maltratar de obra, ya se ha visto que el art. 398 la extiende a las hipótesis de administración a sabiendas de sustancias o bebidas nocivas y de abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu.

A. Resultados cualificantes. Lesiones simplemente graves

El que, por alguna de las formas señaladas, lesiona a otro produciéndole "enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días", recibe la pena prevista en el N° 2° del art. 397, que es más severa, no sólo en la medida, sino también en la clase de pena, respecto de la prevista en el art. 399 como regla general supletoria. En efecto, mientras las lesiones menos graves tienen una pena alternativa de relegación, presidio o multa, la pena de las lesiones graves es solamente de presidio y un grado más alto en la escala correspondiente que aquella.

La mayor parte de los fallos que han debido ocuparse de la calificación de las lesiones con arreglo al tiempo de enfermedad o de inutilidad para el trabajo carecen de interés teórico y sólo ahuden a asuntos de orden probatorio: cada vez que no se puede establecer plenamente que la enfermedad o incapacidad ha excedido de los treinta días, las lesiones se califican de menos graves (p. ej., véase CA de Santiago, 1961; RDJ, LVIII-374, y CA de Concepción, 1911: GT, II, 668). Algún interés puede presentar la adecuación típica en el caso de existir concausas: una sentencia de la CA de La Serena califica un hecho de lesiones menos graves "a pesar de haber estado —la víctima— más de treinta días enferma o incapacitada para el trabajo, pues no consta que esta enfermedad haya sido consecuencia del maltrato, sino de la privación de alimentos, debido esto último a que la reo [...] en su ignorancia creía que esa limitación de alimentos podía constituir un medio de curación" (GT, 1912-I, 350).

persistente de funciones corporales importantes o una notable o duradera deformidad. En el Código Penal de la R.F.A. se previene la pérdida de un miembro importante, de la capacidad visual con uno o los dos ojos, de la audición, del habla o de la procreación, la deformidad notable duradera o quedar afectado de enfermedad grave física o mental y parálisis. En Italia, los resultados cualificantes son la enfermedad crónica o probablemente incurable; la pérdida de un sentido; la pérdida de un miembro o una mutilación que lo haga inservible, o la pérdida del uso de un órgano o de la capacidad de procrear, o una permanente y grave dificultad del habla; la deformación permanente del rostro y el aborto de la persona ofendida. A las anteriores, lesiones gravísimas, se contemplan en el Código italiano, como lesiones simplemente graves, aquellas de las cuales deriva una enfermedad que ponga en peligro la vida de la persona ofendida, o una enfermedad o una incapacidad para atender a las ocupaciones ordinarias por un tiempo superior a cuarenta días; si el hecho produce debilitamiento permanente de un sentido o un órgano, y, finalmente, si la persona ofendida es una mujer encinta y del hecho deriva el aceleramiento del parto.

En el Código español hay una detallada casuística en que la pena varía según que las lesiones dejen al ofendido imbecil, imponente o ciego (art. 420, N° 1°); hubiere éste perdido un ojo o algún miembro principal, o hubiere quedado impedido de él o inutilizado para el trabajo al que hasta entonces se hubiere habitualmente dedicado (art. 420, N° 2°); si de resultas de las lesiones hubiere quedado deforme o perdido un miembro no principal, o quedado inutilizado de él o hubiere estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días (N° 3°); y, finalmente, si las lesiones hubieren producido al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

Respecto de la voz enfermedad, es claro que no se restringe a las alteraciones de salud de origen traumático. Se comprenden, en general, todas las perturbaciones o anomalías que comprometen la capacidad funcional del individuo (alteración de la salud).¹¹⁶

Por cierto, la salud en su dimensión psíquica está también abarcada aquí, y habría que convenir con la jurisprudencia española en que se daría esta clase de lesiones, por ejemplo, si los malos tratos, pese a no haber ocasionado de modo directo contusiones, produjeron una conmoción moral que condujo a un trastorno mental transitorio.¹¹⁷

Según la relación ministerial al Proyecto ROCCO, por *enfermedad* debe entenderse "cualquier alteración anatómica o funcional del organismo, aunque sea localizada y no comprometa las funciones orgánicas generales". Esta moción, adoptada por la jurisprudencia de casación italiana, es generalmente considerada inexacta, ya que, como observa ANTOUSEI, "la enfermedad por su naturaleza no es un estado, sino un proceso patológico, esto es, una sucesión de fenómenos, que importa a breve o largo plazo un desenlace, que puede ser la curación perfecta, la adaptación a nuevas condiciones de vida o la muerte".¹¹⁸ Manzini reclama, para poder hablar de enfermedad, que el proceso patológico precise de cuidado, atención o custodia.¹¹⁹ De ahí que se proponga la siguiente definición: "proceso patológico, agudo o crónico, localizado o difuso, que determina una apreciable mengua funcional del organismo".¹²⁰ La opción por un criterio o por otro no carece de interés práctico. Si la enfermedad es un *proceso* y no un *estado*, habría que excluir de la fórmula del art. 397, N° 2°, todos los casos en que, ausente la incapacidad para el trabajo, el detrimento en la salud consista en una alteración anatómica instantánea (p. ej., un bofetón que produce la caída de algún diente). Si se está al detrimento sufrido, hay que concluir que la pérdida es indeleble e irreversible y quedaría en el concepto de "más de treinta días". Si por el contrario se atiende al proceso que conduce a la curación, éste será normalmente de escasos días y en tal sentido las lesiones serían menos graves.

El problema no es complicado en los casos extremos, ya que probablemente podrán subsumirse en las figuras de mutilación o de lesiones gravísimas y aun en la incapacidad para el trabajo, como fórmula disyuntiva del art. 397, N° 2°. Pero un daño en la salud que no consista en mutilación, ni en ninguno de los resultados del N° 1° del art. 397, ni conlleve una incapacidad para el trabajo por más de treinta días, en el caso de que no consista en un proceso morboso (enfermedad), quedaría fuera de la hipótesis de lesión grave y sólo podría incriminarse por el título de lesiones menos graves.

Esta solución, aunque puede conducir en la práctica a alguna desarmonía y hasta a alguna injusticia, tiene la virtud de obviar los absurdos a que llevaría una interpretación que haga de toda pérdida anatómica o funcional irreversible e instantánea, por insignificante que sea, una enfermedad por más de treinta días.

Otra cosa es que de *lege ferenda* habría que modificar los criterios de agravación de nuestra ley en materia de lesiones, la que, si bien en cierta medida

¹¹⁶ Cf. DE LA VEGA, BUSTOS, POLISSO, *La Vasectomía...*, cit.

¹¹⁷ Cf. QUINTANO REPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 745.

¹¹⁸ Cf. ANTOUSEI, *Manuale P.S.*, I, p. 64.

¹¹⁹ MANZINI, *Tratado*, cit., VIII, N° 2.944.

¹²⁰ ANTOUSEI, *Manuale P.S.*, I, p. 64; seguido por DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, *DPE P.E.*, p. 485.

monigeró los defectos de la ley penal española, mantuvo en esencia la casuística equivocada de ésta. LABATUT observa, con razón, que lesiones peligrosas para la vida pueden tener una recuperación rápida, por los progresos de la medicina o por las condiciones personales del paciente,¹²¹ y, desde luego, a ello cabría añadir que puede darse un efecto instantáneo de mengua de la salud (p. ej., disminución de la capacidad visual), que no consista en una lesión gravísima, que no produzca incapacidad para el trabajo, que no es un proceso morboso (enfermedad), pero que puede ser mucho más significativo en el plano de la salud que una disminución temporal, mayor de treinta días, enteramente recuperada.

Por incapacidad para el trabajo no hay que entender la aptitud abstracta para desempeñar cualquier función, sino aquella que la víctima desempeñaba. Otra interpretación conduciría a hacer inaplicable el precepto, ya que rara vez se daría una incapacidad temporal que imposibilite todo tipo de labor o actividad. Están en lo cierto DEL ROSAL, COBO y MOURILLO cuando afirman que la incapacidad para el trabajo ha de entenderse como incapacidad para el trabajo *del* lesionado, es decir, para su trabajo, y no para *toda* actividad laboral.¹²²

B. Lesiones graves-gravísimas

El art. 397, N° 1°, impone una pena cercana a la del homicidio "si de resultados de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme".

a) *Demente*. Aunque en el Código español vigente se emplea la voz *imbécil* y no la de *demente*, esta última se contenía en el modelo de 1848-50 (art. 343), y también en el de 1822 (art. 635). La reforma de 1870 introdujo el vocablo "imbécil", que ha sido muy criticado, ya desde GROIZARD,¹²³ y los tratadistas y jurisprudencia españoles han debido hacer no pocos esfuerzos para acordar a dicha expresión un alcance suficiente como para comprender a "toda enfermedad mental relevante".¹²⁴ Piensa QUINTANO que no hay en esto una interpretación extensiva que constituya un abuso, "pues al fin y al cabo, cualquier enajenado total ha de sufrir la pérdida de las facultades intelectuales a que la imbecilidad se refiere".¹²⁵ La opinión transcrita refleja las acrobacias que han debido realizar los autores españoles para conseguir dar un sentido razonable a este vocablo.

La voz *demente* que usa nuestra ley no es tampoco muy propia para abarcar toda clase de enajenación mental desde un punto de vista estrictamente psiquiátrico, si bien el uso común y el léxico consienten un amplio alcance comprensivo no sólo del déficit mental, sino también del desorden mental.

Un fallo que, por lo antiguo, es difícil de valorar en el plano de la seriedad del diagnóstico médico, pero que es significativo jurídicamente por reclamar una cierta intensidad en el efecto sobre el psiquismo de la víctima, ha declarado: "Es grave la

¹²¹ LABATUT, D.P., P.E., p. 313.

¹²² DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, *DPE P.E.*, pp. 461, 462. En el mismo sentido, ETCHEBERY, D.P., III, p. 331. DEL ROSAL, COBO, MOURILLO se refieren al problema de la licitud del trabajo, para el cual se produce la incapacidad (op. cit., p. 462), lo que podría tener interés en algunos casos extremos.

¹²³ GROIZARD, op. cit., IV, p. 551.

¹²⁴ Cf. DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, *DPE P.E.*, p. 478; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, pp. 504 ss.

¹²⁵ QUINTANO REPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 718.

lesión que demora más de treinta días en sanar y, aunque haya dejado a la víctima Falto de memoria (sic), que olvida con facilidad las cosas y repite dos o tres veces lo que habla, no se puede estimar comprendida en el N° 1° sino en el N° 2° de este artículo, por cuanto estas perturbaciones no alcanzan a constituir por sí solas un estado de demencia" (C. Concepción, 1911: GT, I, 424-233).

Antes se dijo que este resultado, como los demás, que califican las lesiones, pueden ser efecto indirecto de la lesión.¹²⁶ En consecuencia, si la perturbación mental es fruto del terror o extrema tensión emocional y no de los golpes mismos, no podría excluirse la lesión gravísima, siempre que pueda establecerse una relación entre el resultado y la acción desplegada por el sujeto con arreglo a los criterios de la causalidad adecuada.

Se ha discutido, no sólo entre nosotros, sino también en todas las legislaciones en que la enajenación mental está prevista como resultado cualificante, si es suficiente una simple perturbación mental transitoria.¹²⁷ Parece evidente que no es necesario que la perturbación mental sea definitivamente incurable, aunque sólo fuera porque rara vez podría afirmarse categóricamente tal vaticinio. Pero, por otra parte, tampoco puede admitirse que una perturbación momentánea baste por sí sola.

En la doctrina española, QUINTANO¹²⁸ sostiene los requisitos de permanencia e incurabilidad, en tanto que CUELLO CALÓN admite que "no es menester que se trate de una enfermedad mental incurable, pero sí de cierta duración".¹²⁹

Cualquier solución que se adopte es en alguna medida arbitraria en razón de la propia estructura de nuestra legislación en materia de lesiones, sin embargo de lo cual parece conveniente, por razones prácticas, no optar por ninguna de las fórmulas extremas. No es convincente aquella que se atenga al estado de la víctima en el momento del pronunciamiento de la sentencia, ya que un proceso de larga duración, en que el fallo se dictara algunos años después de acaecido el hecho (lo que dista de ser excepcional en nuestro medio), traería consigo un tratamiento penal exageradamente benévolo para el hechor, si la víctima, aunque recuperada en definitiva, había permanecido varios años privada de razón. Tampoco puede admitirse que una perturbación mental pasajera o de rápida recuperación determine, por razones puramente cualitativas, la incriminación por la severa pena de las lesiones gravísimas. En consecuencia, lo razonable parece ser la posición de CUELLO CALÓN, esto es, requerir una cierta duración, que por razones sistemáticas en nuestra ley debiera en todo caso exceder de treinta días, pero que tampoco puede encontrar su límite *aquo* en ese plazo. No se trata de que por durar treinta y un días la perturbación mental pase a ser demencia en el N° 1° del art. 397. En tal caso, sólo se trataría de *enfermedad* en el sentido del N° 2° del mismo precepto.

Lo decisivo es que la *cierta duración* sea lo suficientemente considerable como para significar, también en lo cuantitativo, un lapso trascendente en la vida de una persona normal. Es claro que esta valoración que debe hacer el juez deberá

¹²⁶ Cfr. SCHWARZ-DREHER *Kommentar* cit., p. 680.

¹²⁷ Es así como SCHWARZ-DREHER expresa: "La simple perturbación pasajera no es suficiente... [pero] la enfermedad mental no necesita ser incurable" (op. cit., p. 680).

¹²⁸ QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 718.

¹²⁹ CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, p. 505. DEL ROSAL, COBO, MOURULLO exigen el requisito de permanencia, pero sin aludir a la incurabilidad (op. cit., p. 479).

ajustarse al criterio del hombre medio y no a las particulares características de la víctima, ni al significado o perjuicios que a ésta significó en concreto la privación de razón.

b) *Inutilidad para el trabajo*. El Código español alude expresamente a que el ofendido haya quedado "inutilizado para el trabajo a que basta entonces se hubiere habitualmente dedicado", mención que no se contiene en el precepto chileno, lo que ha dado lugar a discusión.

Cabe advertir que no se trató de una *supresión* hecha por nuestros comisionados al texto español, ya que el modelo de 1848-50 no contenía la frase explicativa.

Entre nosotros, DEL RÍO y LABATUT estiman que la fórmula "inútil para el trabajo" debe entenderse referida a cualquier actividad razonablemente posible.¹³⁰ ETCHEBERRY, siguiendo a SOLER, pone énfasis especial en la idea de lo *razonablemente* posible. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con la afirmación de que "mientras más especializada haya sido la ocupación habitual de la víctima, más difícil es afirmar que podría dedicarse a otra por equivalencia".¹³¹ Todo al revés, nos parece que tal concepción lleva a las paradojas que denuncia QUINTANO a propósito de la absurda fórmula de la ley española: "pues una insignificante anquilosis de la falange de un dedo puede ser incorporada a esta categoría delictiva, en paridad con la pérdida de ojo o miembro principal, solamente porque el lesionado resultó ser un violinista al que tan ligera imperfección incapacita para su carrera".¹³² Lo normal en una persona del grado de instrucción de un exímio violinista es que sus posibilidades de trabajo no se agoten en la reducida esfera de la ejecución de conciertos y que, sea en la docencia, en la dirección orquestal, en la composición, en labores administrativas, etc., pueda desempeñarse en forma satisfactoria.¹³³ Lo que se opone a la idea de lo razonablemente posible es lo excepcionalmente posible, de tal manera que una parálisis que sólo permita la utilización de las extremidades inferiores no podría proponerse como un caso en que subsiste la aptitud para trabajar haciendo, por ejemplo, cestería de mimbre con los dedos de los pies. En consecuencia, el énfasis debe colocarse en la idea de que la inutilidad para el trabajo signifique una incapacidad para desempeñarse en todas aquellas labores comprendidas en la esfera que razonablemente pueda estimarse como de actividades *afines*.

Sobre el problema de la *permanencia* de este resultado, que no debe confundirse con su carácter absolutamente irreversible, que no es requerido, vid. *supra* a propósito de demencia.

La CS ha resuelto que la incapacidad *permanente* no es *perpetua*, ya que la ley no emplea la voz "definitiva". La ley, al utilizar la expresión "queda el ofendido inútil para el trabajo", se refiere a la permanencia de ese resultado al momento de pronunciarse sentencia, realidad procesal que debe tomar en cuenta el juzgador,

¹³⁰ DEL RÍO, *Derecho Penal*, III, p. 381; LABATUT, D.P., P.E., pp. 311/312.

¹³¹ ETCHEBERRY, D.P., III, p. 127.

¹³² QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 728.

¹³³ La aseveración de ETCHEBERRY en el sentido de que "de un cirujano que pierde los dedos de una mano no podría decirse que queda todavía apto para ser futbolista profesional" es más elocuente que persuasiva, ya que el cirujano probablemente preferirá dedicarse a la clínica que pensar en actividades deportivas.

es decir, si en el momento de fallar la incapacidad subsiste y no hay un pronóstico cierto de recuperación, las lesiones deben calificarse con arreglo al Nº 1º del art. 397 del C.P. pues, de no ser así, sería menester esperar el desenlace (que puede sobrevenir en un futuro incierto o remoto) para poder condenar (CS, 1955:RDJ, LII-1).

Es lamentable que en nuestra ley este resultado, al igual que los otros del Nº 1º del art. 397, funcione como en un delito calificado por el resultado, en la forma antes explicada, sin que exista, como por ejemplo en las legislaciones alemanas (parágrafo 116, inc. 2º C.P. R.D.A., y parágrafo 225 del C.P. R.F.A.), un artículo en que la voluntad deliberada de producir ese resultado ("*Beabsichtigte schwere Körperverletzung*") determine una agravación.

c) *Impotencia*. La doctrina ha propuesto tres interpretaciones, una amplia y dos restringidas, para el término impotencia. CUELLO CALÓN restringe este concepto a la llamada impotencia *generandi* (incapacidad de fecundar),¹⁴⁴ sin ofrecer mayores fundamentos, salvo una cita del autor alemán LÖFFLER. Como se ha observado entre nosotros,¹⁴⁵ es insostenible una interpretación restringida sobre la base de un asunto de semántica alemana. La palabra *Zeugungsunfähigkeit* del parágrafo 224 del C.P. de la R.F.A., que significa incapacidad de procreación, puede inducir a pensar que sólo se refiere a la impotencia *generandi* por el empleo de una expresión que tiene su origen en el verbo *zeugen* (procrear); sin embargo, también en la doctrina alemana hay quienes sostienen que su fórmula legal comprende, además de la impotencia *generandi*, la impotencia *coeundi* (tanto la *Fortpflanzungsunfähigkeit* cuanto la *Beiwohnungsunfähigkeit*).¹⁴⁶ Esta segunda interpretación parece implícita también en el C.P. de la R.D.A. ya que los comentaristas,¹⁴⁷ dentro de la amplia fórmula perturbación persistente de las funciones corporales más importantes, incluyen, sin distinguir, la *Zeugungsunfähigkeit*. Como sea, el debate lexicológico o dogmático a la luz de un precepto extranjero no debe afectar a la del sistema chileno, de raíz hispánica.

Otros autores, como QUINTANO RIPOLLÉS, restringen el término a la impotencia *coeundi*,¹⁴⁸ sobre la base de que tanto la tradición jurídica civil cuanto la eclesiástica circunscriben, por ejemplo, para el efecto de la nulidad del matrimonio la voz impotencia a la incapacidad para realizar la cópula carnal. Un fallo del Tribunal Supremo español negó que existiera impotencia en un caso de extirpación del útero.¹⁴⁹ El canon 1068 del Código Canónico distingue, en efecto, la impotencia (*impotentia*) de la esterilidad (*sterilitas*), sin que esta última dirima o impida el matrimonio.

La interpretación restrictiva de QUINTANO RIPOLLÉS quizá se avenga con la naturaleza del contrato de matrimonio, que, obviamente, prevé un contexto de significación característico para el concepto de impotencia, toda vez que la unión sancionada por la institución matrimonial se expresa básica y fundamentalmente

en la cohabitación entre los cónyuges y sólo muy secundariamente en la generación de la prole, que incluso muchas veces no es deseada, es evitada o controlada. Pero la transposición, sin mayor examen, de esta significación a un contexto diferente, cual es el de la defensa y protección de la integridad física, fisiológica y mental de las personas, no nos parece lícita y adecuada. En este otro plano, tanto la capacidad de yacer con otro (potencia *coeundi*) como la de fecundar (potencia *generandi*) son aspectos físicos y funcionales de una plenitud que se resguarda y protege, independientemente de como pudiera jerarquizarlas en sus preferencias una población dada. Este planteamiento nos parece que otorga, además, una fundamentación sustantiva a la tercera posición en esta materia, que se inclina por una interpretación amplia al término impotente, apoyada tan sólo en el argumento de que "donde la ley no distingue no es lícito distinguir".¹⁴⁰ En suma, la impotencia *coeundi* y la impotencia *generandi*, cualquiera de ellas o ambas, en el hombre o en la mujer, constituyen el resultado cualificante del Nº 1º del art. 397.¹⁴¹ En este mismo sentido se inclinan LABATUT y ETCHEBERRY.¹⁴² Sobre relación entre los conceptos de impotencia y castración, vid. supra Nº 58.

d) *Impedido de algún miembro importante*. El modelo del art. 343 del Código español habla sólo de "impedido de algún miembro", y el adjetivo que añadieron nuestros comisionados corresponde al pensamiento de PACHECO, el que trascendió también en los ulteriores Códigos peninsulares, que agregaron el vocablo *principal*.

Respecto del concepto de miembro importante, el asunto ya fue abordado al ocuparnos de las mutilaciones, junto con lo cual se fijó el límite diferencial entre los tipos de los arts. 396 y 397, Nº 1º (vid. supra Nº 59).

Como observa ETCHEBERRY (*El Derecho Penal en la jurisprudencia*, IV, p. 72), "casi todos los casos jurisprudenciales que se refieren a esta hipótesis se han pronunciado en casos en que la víctima ha perdido la visión de un ojo o ambos". La argumentación de las defensas ha girado, en estos casos, en torno del concepto de "miembro", que según tales argumentos no comprendería un ojo, pues éste no sería un trozo articulado inserto en el cuerpo anatómico principal (tronco o cabeza). Sin embargo, las sentencias uniformemente rechazan esta argumentación y consideran que, para tales efectos, el ojo debe ser considerado "miembro importante". En este sentido, entre otros, los siguientes fallos: CS, 1908:GT, II, 216; CS, 1936:GT, II, 339; CS, 1938:GT, I, 323; CS, 1965:RDJ, LXII-234, y CS, 1966:RDJ, LXIII-178.

Hay consenso en la doctrina en estimar que el concepto de órgano está comprendido en el término legal de miembro, entendiéndose como tal toda parte del cuerpo dotada de funciones propias.¹⁴³ Más discutible sería lo referente a la pérdida de un sentido. Entre nosotros se ha echado de menos una mención expresa de la ley, como ocurre en otras legislaciones. La solución de la ley alemana occidental, de mencionarlos uno a uno, añadiendo incluso el habla, o la todavía mejor del C.P. de la R.D.A. (perturbación permanente de funciones

¹⁴⁰ Cfr. *Derecho Penal*, cit., II, p. 501.

¹⁴¹ DE LA VEGA, BUSTOS, POLITOFF, *La vasectomía...*, cit., p. 4.

¹⁴² MAURACH, DSt. B.T., p. 40; en contra, WEIZEL, DSt., p. 294, y SCHÖNKE-SCHÖDTER, *Kommentar*,

p. 976.

¹⁴³ FRIEBEL y ORSICHELKOWSKI, *Kommentar DDR*, II, p. 82.

¹⁴⁴ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, pp. 720 ss.; FERRER SAMA, *Comentarios cit.*, IV, p. 351.

¹⁴⁵ Fallo del 4-VII-58 citado por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 721.

¹⁴⁶ DE LA VEGA, BUSTOS, POLITOFF, *La vasectomía...*, cit., p. 4.

¹⁴⁷ Sobre la permanencia y probabilidad de reversibilidad, vid. supra Nº 63, A.

¹⁴⁸ LABATUT, D.P., P.E., p. 312; ETCHEBERRY, D.P., III, p. 128.

¹⁴⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 725; DEL ROSAL COBO, MOURULLO, DPE., P.E., p. 480.

corporales importantes: fórmula genésica), evita la forma elíptica, que es como el asunto debe resolverse en la dogmática chilena. Representando la voz *sentido* por esencia una *función* y no una parte del cuerpo, no es posible incluir aquella en el vocablo miembro. Pero como la cesación en la función deja al órgano o miembro impedido de ésta, es claro que toda pérdida de sentido viene a consistir también, a fin de cuentas, en una impediación de un miembro importante. Lo mismo cabe decir en la hipótesis de afasia.¹⁴⁴

Un fallo de la jurisprudencia española (al que QUINTANO califica piadosamente de "atrevido")¹⁴⁵ incluye la rotura del himen, por manipulación con el dedo en los genitales de una mujer doncella, en esta clase de lesiones. Sobre el punto no es preciso añadir nada a la sensata observación de MAGGIORE, quien, junto con motejar de "grotesca" aquella tesis, le reprocha que prescindiera de la consideración de que se trata de una porción corpórea destinada naturalmente a desaparecer.¹⁴⁶

No es preciso que la impediación sea irreversible, pero sí duradera, según antes se ha explicado (vid. supra Nº 63, A. e) *Notablemente deforme*. Este resultado calificante, que "goza de rancia prosapia en la historia del Derecho",¹⁴⁷ se contiene en no pocos Códigos vigentes (*sfregio*, en Italia, art. 583, Nº 4º; *Enstellung* = *Verunstaltung*, en la R.F.A., parágr. 224, y en la R.D.A., parágr. 116).

Es éste el más incierto de los efectos agravatorios del Nº 1º del art. 397, aunque el adverbio *notablemente* (que se suprimió en el Código español de 1870) atempera tal incertidumbre. En efecto, la connotación estética perturba la valoración objetiva de la fealdad, sino también con lo que la propia persona, dentro de supuestos normales, *sienta* como tal.¹⁴⁸ Nos parece la única solución coherente aquella que exija una desfiguración de tal manera considerable que resista el parangón con los otros gravísimos resultados previstos en el precepto en comentario. No basta, pues, que se trate de huellas notorias, y ni siquiera de algún relieve; es necesario que se produzca, bajo una valoración objetivo-subjetiva, un serio quebranto psíquico en el sujeto por el sentimiento de la propia minusvalía unido a un estado que, normalmente, torne dificultosa la vida social y de relación de la víctima. La consideración de la elevada pena asignada al delito y el carácter "catastrófico" de las demás calificantes debe ser una pauta necesaria para la valoración que en el caso concreto realice el juez.

La *equivalencia* de la deformidad con otros resultados de los que conducen a la calificación de lesiones gravísimas es expresamente requerida por un fallo de la CA de Concepción (1940-GT-2, 150). A su vez, una sentencia, no poco curiosa, de la CA de Temuco se ocupa de un caso de pérdida del pabellón de la oreja, de

¹⁴⁴ La solución propuesta por ETCHESBERY (D.P., III, p. 128) es parcial: no siempre la pérdida del sentido proviene de la lesión del órgano.

¹⁴⁵ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 727.

¹⁴⁶ MAGGIORE, *Derecho Penal* cit., IV, p. 352. Pero es claro, nos parece, que se trata de alguna clase de lesión, por ejemplo, en el caso de romper el himen no con fines lascivos sino de castigo corporal, constituiría la figura del art. 399 C.P., y en los casos de actos lascivos (violación, abusos deshonestos) quedaría absorbida por el atentado sexual (consumación). No se descarta la posibilidad de un daño psíquico grave, vinculado al abuso, pero en tal evento será la enfermedad psíquica lo decisivo para el encuadramiento.

¹⁴⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado P.E.*, I, p. 733.

¹⁴⁸ Es inútil cualquier intento por negar influencia al sexo, la edad y otras circunstancias que condicionan la necesaria relatividad de esta estimación.

resultas de un mordisco, y concluye que, aunque incuestionablemente hay una deformidad notable, "con un designio que hay que suponer deliberado" (sic), la ley no quiso atribuirle el carácter de lesión grave "y la sancionó expresamente en el inc. 2º del art. 396", con una pena mucho menor, como "mutilación de un miembro menos importante" (GT, 1934-II, 601).

A diferencia de otras legislaciones, como la italiana, como la argentina o como la mexicana, nuestra ley no circunscribe la hipótesis de deformidad al rostro, razón por la cual no puede sino rechazarse la abundante jurisprudencia española que ha trabajado sobre dicha restricción. No puede negarse que un golpe del que resultare un cuerpo contrahecho deberá encuadrarse en esta figura. Tampoco es necesario que la deformidad esté al alcance de ser vista por un público indeterminado: también lo serán aquellas que permanezcan usualmente ocultas por la vestimenta.¹⁴⁹

La posibilidad de corrección por medio de la cirugía plástica y aun la efectiva rehabilitación, no son decisivas para excluir esta calificante, salvo en lo que afecte dicha última hipótesis al carácter más o menos permanente de la deformidad.

Una sentencia concluye que hay que estarse al momento de su pronunciamiento, conforme al mérito de autos, sin que tengan importancia los tratamientos estéticos que pudieran hacerse en el futuro (CA de La Serena: RDJ, 1955, p. 123).

Sobre el sentido no necesariamente irreversible de estos resultados, vid. supra Nº 63, B a).

64. EL ASPECTO SUBJETIVO EN LAS LESIONES GRAVES

Antes hicimos constar la ausencia de una previsión legal diferenciada para los casos de lesiones gravísimas cuyo resultado calificante era precisamente perseguido por el agente, hipótesis que no puede ser equiparada a aquella en que sólo había el ánimo indeterminado de castigar físicamente. Tal es el régimen, por ejemplo, de los Códigos alemanes que, dentro de la especie de las lesiones corporales dolosas, distinguen dos subespecies, según que el resultado calificante deba atribuirse a culpa o a *dolo* (*también* el resultado).¹⁵⁰

A falta de una especificación semejante en el sistema chileno, la solución de la casuística se hace particularmente complicada, ya que el rigor con que deben desarrollarse los planteamientos doctrinales debe inclinarse ante la realidad de cómo ordinariamente se producen los acontecimientos humanos previstos por el Derecho. Esa realidad nos muestra que si la subjetividad que acompaña al despliegue de la conducta es muy tenue, y por consiguiente la distancia entre esa intención y el resultado producido de gran magnitud, nada impide captar con

¹⁴⁹ Cf. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, p. 508. Es acertada, sin embargo, la observación de DEL ROSAL COBO, MORULLO, en el sentido de que cuando la deformidad se produce en el rostro debe exigirse menos (op. cit., p. 482).

¹⁵⁰ Así, el § 116 del C.P. de la R.D.A. castiga con penas diferenciadas las lesiones *dolosas* cuyo resultado especial más grave (del mero daño a la salud) es causado culpablemente, junto a las lesiones *dolosas* en que el dolo también abarca ese resultado. Algo semejante acontece si se cotejan los §§ 224 y 226 en relación con el § 56, C.P. de la R.F.A.

nitidez la discordancia entre intención y resultado. Pero en la medida en que esa subjetividad se va haciendo más intensa y se estrecha la distancia entre lo querido y lo acontecido, se vuelve muy difícil captar la discordancia. Así, el que maltrata de obra con una intención que no se extiende más allá de lo que aproximadamente corresponde a las lesiones menos graves, no podrá ser hecho responsable a título de dolo por las lesiones gravísimas que produjo. Pero si su dolo ha sido más intenso, que correspondería en el lenguaje habitual a obrar sin medir las consecuencias, la exclusión del dolo respecto de las lesiones gravísimas no podría ser aceptada. En consecuencia, habida cuenta de estas situaciones extremas, el aspecto subjetivo en las lesiones graves debe ser enfocado de acuerdo al esquema siguiente:

a) Intención de sólo castigar físicamente (en su significación jurídica, dolo siquiera eventual de lesiones menos graves) y resultado de lesiones gravísimas, es igual a delito *preterintencional* de lesiones gravísimas;¹⁵¹

b) Intención de castigar "sin medir las consecuencias" (en su significación jurídica, dolo de lesiones simplemente graves y por lo menos eventual de lesiones gravísimas) y resultado de lesiones gravísimas, es igual a delito (doloso) de lesiones gravísimas;

c) Intención de causar lesiones gravísimas (dolo directo) y resultado de lesiones gravísimas, es igual a delito (doloso) de lesiones gravísimas.

Lo anterior no obstaría, según antes se ha expuesto, a la existencia de casos de tal manera notorios de ausencia de dolo de lesiones gravísimas, incluso en la forma de dolo eventual, que la duda no pudiera suscitarse. Tales casos, sin embargo, son muy difíciles de concebir en la práctica, aunque teóricamente posibles, y si hubiere culpa en cuanto al exceso, habría que estarse a la teoría del delito *preterintencional*.¹⁵²

La jurisprudencia, sea por la vía del dolo eventual, sea por un criterio objetivista de calificación por el resultado, se satisface con la intención de lesionar, sin requerir algún vínculo subjetivo especial con la clase de resultado. Así, véase CS, 1962: RDJ-LIX, 19; CS, 1966: RDJ-LIII, 92. En ambos casos se trata de golpes intencionales que producen pérdida de un ojo de la víctima, acontecido por rotura de los anteojos u otros accidentes similares.

La discrepancia entre lo objetivamente realizado y la subjetividad del autor puede también darse, como es notorio, si el resultado es constitutivo de lesiones simplemente graves y el contenido del dolo era más tenue. Raramente faltará siquiera el dolo eventual, pero cuando la ausencia de dolo respecto del resultado sea ostensible y exista culpa a su respecto, la incriminación seguirá las reglas antes explicadas para el delito *preterintencional*. Si falta la culpa, sólo se responde hasta donde llegó la intención.

¹⁵¹ Para el tratamiento del delito *preterintencional*, véase supra; lo expuesto para el homicidio *preterintencional* resulta enteramente aplicable al caso de lesiones gravísimas (Nº 13).

¹⁵² Se piense en el sicario que obtendrá una gruesa suma si da una paliza contundente al enemigo de su mandante, pero subordinando el premio a que no ocurra nada demasiado grave. Si el ejecutor no se ataña al riesgo, sino que cuida meticulosamente de medir el castigo, no habrá probablemente ni siquiera dolo eventual en cuanto al resultado gravísimo que, no obstante, aconteció. Con todo, si el resultado cualificable debió preverse, habrá culpa a su respecto.

65. EL TIPO DEL ART. 398 C.P.

Establece que se aplicarán las penas del art. 397 "respectivamente al que causare a otro alguna lesión grave, ya sea administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu".

Se trata de un tipo con pluralidad de hipótesis, es decir, en el caso preciso basta que se dé una de las conductas que señala el tipo para que éste entre en aplicación. El tipo gira, entonces, en torno a dos conductas: una es la de administrar a sabiendas sustancias o bebidas nocivas (causando a otro alguna lesión grave) y la otra es abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu (causando a otro alguna lesión grave).¹⁵³

A. Administración de sustancias o bebidas nocivas

a) El concepto de *nocividad*, entendido como aptitud para causar daño a la salud del sujeto pasivo, es inseparable, no sólo de las variadas circunstancias, sino también de "las singulares condiciones del sujeto pasivo", lo que impide plantearse en abstracto el alcance de dicha noción.¹⁵⁴ Aunque esta expresión no pueda ser asimilada a la idea de veneno, nos parece que sería forzar los márgenes del tipo, a través de una interpretación extensiva, incluir la subdosificación de medicamentos o del valor nutritivo de sustancias alimenticias. Aunque puede concebirse, particularmente si la víctima es un niño o un enfermo grave, la administración en menores dosis de lo requerido de bebidas o sustancias como medio para atentar contra la incolumidad física de una persona, difícilmente faltará el dolo homicida y, por ende, el hecho quedará atraído por la tentativa de este delito. La causación de lesiones con dolo directo de lesionar y sin intención homicida, a través de un medio tan excéntrico como el indicado, puede darse claro está, pero no podría castigarse como lesiones en la dogmática chilena vigente. Aunque es innegable que por daño en la salud debe entenderse "tanto la producción cuanto el empeoramiento de un estado patológico",¹⁵⁵ y aun habría que asimilar la *impedición de la mejoría*, se ha observado antes que no todo daño a la salud queda abarcado en la ley por las previsiones del régimen de las lesiones corporales y que, mucho menos, el vasto ámbito de la salud individual aparece tutelado por esos preceptos.

b) Piensan algunos tratadistas que la expresión *a sabiendas*, empleada aquí por el legislador, constituiría un elemento subjetivo del tipo.¹⁵⁶

Para QUINTANO, la locución adverbial debe entenderse como "la conciencia de la toxicidad de la sustancia [...] a reserva de encuadrar ulteriormente la culpabilidad en sus formas dolosa o culposa". DEL ROSAL, COBO y MOURILLO, en la misma línea de pensamiento, concluyen que la conciencia de administrar sustancias o bebidas nocivas es compatible, por ejemplo, con la idea de que la

¹⁵³ Si se causan lesiones menos graves, vid. infra Nº 66.

¹⁵⁴ Véase DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, DPE, P.E., p. 491.

¹⁵⁵ FRIEDEL y ORSCHEROWSKI, *Kommentar DDR*, II, p. 80.

¹⁵⁶ DEL ROSAL, COBO, MOURILLO, DPE, P.E., p. 492. En general, en contra de la atribución a dicho giro del carácter de portador de tales elementos, véase POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, cit., pp. 95 y ss.

pequeña cantidad administrada podría no acarrear daño alguno y, en caso de que efectivamente lo produzca, el agente no obstante ha consentido.¹⁵⁷

Por nuestra parte, ya hemos dicho que esta clase de menciones no puede ser confundida con una supuesta derogación de la presunción de dolo, como se ha sostenido en Chile.¹⁵⁸ Tampoco nos parece compatible con la culpa. En lo que respecta al dolo eventual,¹⁵⁹ coincidimos con los autores citados en que no se advierte la razón para negar la compatibilidad entre conciencia de la toxicidad e indiferencia frente al resultado. La exigencia del tipo está claramente dirigida al conocimiento de las especiales condiciones de la sustancia administrada, pero no implica que el fin perseguido sea precisamente la causación de las lesiones (en tal sentido habrá que entender la mención de los comisionados de que basta que se haya procedido a sabiendas... prescindiendo del fin remoto o próximo del agente).

El modelo español empleaba, además, la fórmula —que se mantiene en el vigente— “sin ánimo de matar”, que nuestros comisionados suprimieron, “pues ella limita la pena al caso menos grave, y obliga al juez a entrar en las averiguaciones de las intenciones del reo, lo que ocasionaría dificultades de consideración. Para la justicia del castigo, basta que el criminal haya procedido ‘a sabiendas’ del daño que iba a causar, prescindiendo del fin remoto o próximo con que intentare hacerlo” (sesión 82). A propósito de este punto, se ha sostenido entre nosotros que la existencia de dolo de matar desplaza necesariamente la incriminación al homicidio frustrado,¹⁶⁰ esto es, se aplicarían los criterios del concurso aparente de leyes. Nosotros hemos ya explicado que el desvalor del homicidio frustrado absorbe las lesiones leves o menos graves, pero no las lesiones graves, cuyo resultado desborda el concepto de riesgo de vida, para determinar un concurso ideal, sometido al régimen de penalidad del art. 75 (vid. supra Nº 10, C).

ALEJANDRO FUENSALIDA plantea el caso en que la muerte se produce sin que haya habido intención de causarla y tampoco por la propia naturaleza de la sustancia suministrada, sino en razón del estado de la salud del ofendido o por su organización física o por cualquier otra causa semejante. Supone este autor, es claro, el “ánimo de dañar” (de lesionar). Piensa FUENSALIDA que no puede aplicarse la pena del homicidio por veneno, ni la de las lesiones del art. 398, con lo cual habría un vacío en la ley.¹⁶¹ La verdad es que se trata de un caso, de existir culpa en relación a la muerte, de homicidio preterintencional que se resolvería de acuerdo a las reglas generales (vid. supra Nº 13).

c) Respecto del concepto de *administrar*, no puede subordinarse a los significados que ofrece el Diccionario, ya que no se trata de suministrar (proveer a uno de algo que necesita), ni está restringido a los medicamentos que se aplican, dan o hacen tomar. El sentido no puede ser otro que el que impone la lógica del texto, esto es, la acción de introducir en el organismo de la víctima, aun usándola a ella como autor inmediato o material, por cualquier vía, la sustancia nociva, sea que se emplee violencia, engaño y aun con el conocimiento y hasta el consenti-

¹⁵⁷ Tratado P.E., I, p. 641; op. cit., p. 494.

¹⁵⁸ Etcheberry, D.P., III, p. 133.

¹⁵⁹ Dolo eventual, empero, en cuanto a la posibilidad del resultado, no ya en cuanto a la posibilidad del suministro, distinguiendo no del todo irrelevante, como se verá (vid. infra).

¹⁶⁰ Etcheberry, D.P., III, p. 133.

¹⁶¹ FUENSALIDA, Comentarios, III, p. 121.

miento expreso del paciente (sobre la irrelevancia del consentimiento de éste, vid. supra Nº 55, A).

d) *Problemas de participación.* Puede ocurrir, como ya se ha dicho, que la víctima sea usada como instrumento, y el agente sea un autor mediato. El problema se complica un tanto si el autor mediato obraba con dolo de matar, ya que en tal evento habría homicidio calificado frustrado, sin que se computen las lesiones graves o gravísimas que resulten por uso de la sustancia nociva, puesto que el dolo requerido por esa figura es el directo y no basta el dolo eventual, que es el que existirá normalmente.

Esta solución no varía cuando la autoría mediata adopta la forma de un pseudoauxilio al suicidio.

Si el autor es la propia víctima y el extraño un mero auxiliador (no ya un autor mediato), este último no es punible porque la autolesión es impune (atípica) y, por ende, la conducta accesoria. No debe confundirse, sin embargo, el mero auxilio con la coejecución, que viene a ser en buenas cuentas un delito de lesiones consentidas, en que la irrelevancia del consentimiento acarrea la punibilidad del ejecutor extraño.

La casuística de auxilio al suicidio verdadero y propio del que no se sigue la muerte, sino lesiones, es impune no sólo respecto de la cooperación al suicidio (por ausencia de la condición de punibilidad), sino también respecto de tales lesiones, ya que en ambos casos se trata de conducta accesoria a una principal atípica.

B. *Abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu*

“Este hecho, como se ve —observa PACHECO—, 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”. Uno de los ejemplos en que pensaba este autor: “Se ha llevado a un hombre de poco espíritu a casa de una hechicera y los fantasmas que allí ve le determinan un arrebató al cerebro o le hacen perder la razón”.¹⁶²

Los comisionados no hicieron sino enfatizar la circunstancia de que “son dos los modos como puede cometerse este delito con independencia, no exigiendo que concurren copulativamente para que el castigo se imponga”. De ahí que se antepusiera la expresión “ya sea”, que no se contenía en el modelo. Nada aportaron, pues, al esclarecimiento del sentido del precepto.

Como antes hemos dicho, el máximo interés de esta disposición reside en la falta de restricciones a la forma material de causación de las lesiones, de tal manera que constituye una única fórmula abierta (en que sólo se reclama el *abuso* de la inferioridad psíquica) en un sistema muy estrecho en cuanto a las posibilidades de comisión. Es más: las solas lesiones incriminadas en caso de omisión son las que tengan como presupuesto un vínculo entre hechor y víctima que conlleve la citada posibilidad de *abuso* (vid. supra Nº 62).

Aunque se ha sostenido entre nosotros que “es requisito esencial, tal como en la hipótesis anterior (administración de sustancias nocivas), que se obre a

¹⁶² PACHECO, C.P. Comentario, III, p. 57/58.

sabiendas, esto es, con conciencia de las lesiones que para la víctima pueden resultar,¹⁶³ no se advierte el fundamento dogmático para afirmar tal extensión. La verdad es que ya en el modelo español se trataba de dos hipótesis distintas, que nuestros comisionados tuvieron buen cuidado de enfatizar nitidamente.

Las únicas exigencias de esta figura, una de las dos contenidas en el tipo con pluralidad de hipótesis del art. 398, es que se cause a otro alguna lesión grave, abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu, lo que no significa necesariamente dolo directo respecto de la causación de la lesión. Se puede abusar de la credulidad o flaqueza de espíritu con dolo eventual respecto de las lesiones y hasta con simple culpa; *abusar* es usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa. De tal manera que quien hace mal uso de la situación en que existe una relación de dependencia psíquica (credulidad) o de superioridad psíquica (flaqueza de espíritu), realiza un *abuso* que conduce a la imputación objetiva de las lesiones que *se causen* o no se impidan (acción u omisión), sin que ello signifique afirmar todavía la imputación subjetiva del mismo resultado. En efecto, con respecto al resultado lesiones, el sujeto podrá estar en dolo directo, dolo eventual o culpa. Por cierto que si las consecuencias del abuso son totalmente imprevisibles, y se han debido a fuerza mayor, no se podría atribuir subjetivamente el resultado sin incurrir en los excesos.

Se ha subrayado, con razón, en la doctrina española, que el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu constituye la única hipótesis que da entrada a los medios morales en el sistema de las lesiones graves. Esto tiene trascendencia particularmente en el ámbito de las lesiones culposas, según aparece de cotejar el Título X del libro II con el párrafo 3 del Título VIII del mismo libro de nuestro Código. Una vasta casuística de lesiones en que difícilmente cabría la aplicación de la fórmula maltrato de obra u otra semejante, admite la incriminación por la vía de la infracción del deber de cuidado que compara la relación de subordinación psíquica de la víctima al sujeto activo. Es por esta vía que puede construirse la extensa gama de lesiones graves por omisión, que de no mediar el art. 398, no hallarían su correlativa figura entre los cuasidelitos.

C. Contagio nutricional y venéreo

Vinculado con este precepto, los autores españoles han abordado el tema del contagio intersexual y nutricional.¹⁶⁴ Ciertamente es que el asunto del contagio venéreo perdió gran parte del favor de los juristas desde que el profuso empleo de los antibióticos disminuyó la trascendencia del problema.

DEL RÍO calificó estas hipótesis como "daños causados a la salud de las personas por medios virulentos" que "significan maltrato de obra".¹⁶⁵ Hay aquí una evidente confusión entre el efecto lesivo de la acción microbiana y la forma de penetración en el organismo que no puede ser asimilada sin violentar el texto, a ninguno de los verbos del art. 397.

QUINTANO RIPOLLÉS observa que también las espiroquetas de la sífilis y los gonococos blenorragícos son *sustancias*,¹⁶⁶ con lo que, por la vía del artículo en

comentario (*administrar* a sabiendas *sustancias nocivas*), una interpretación progresiva de los términos de la ley consentiría incluir el contagio doloso entre los medios idóneos para lesionar. DEL ROSAL, COBO y MOURULLO se inclinan, más bien, por el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu.¹⁶⁷

Obvia decir que lo que se asevere sobre el contagio venéreo es aplicable a la transmisión de cualquier enfermedad. Nadie podrá discutir que se comete el delito de lesiones por el suministro de virus (inyección, inhalación, etc.) que traigan consigo una enfermedad. Lo que se trata ahora de decidir es si el contagio por contacto sexual o de nutrición debe ser incriminado por el tipo de lesiones.

El problema no concierne a un eventual *delito de peligro*, cuya consagración legislativa QUINTANO impugna ("el terreno verdaderamente adecuado es el de profilaxis y asistencia social más bien que el penal"),¹⁶⁸ sino el contagio individualizado, con dolo de contaminación a la determinada persona con la que se mantiene el contacto.

El ámbito del precepto, en lo que respecta a la primera de las hipótesis del art. 398, en cuanto contiene el modo adverbial "a sabiendas", elimina de la disputa la posibilidad de incriminar el contagio culposo. Subsiste, sin embargo, el caso del dolo eventual (además del de dolo *directo*, "rarísimo en infracciones de esta clase").¹⁶⁹

FERRER SAMA dice "no alcanzar a comprender" la incriminación a este título,¹⁷⁰ si bien parece inútil negar, por alejado que haya estado el punto de la mente del legislador, que "aunque microscópica", siempre es "sustancia" el virus del contagio.¹⁷¹ Más dudoso nos resulta, empero, la procedencia para estas situaciones del verbo *administrar*, que sugiere una conducta final y no la de obtener, por ejemplo, satisfacción sexual con el añadido de resignarse a una posible contaminación. Cualquier solución enfática, para un caso tan singular, sería bastante arbitraria. No creemos, con todo, que el sentido de la acción *administrar* consiente modalidades tan excéntricas, si no mediara el dolo directo, caso en el cual la inequívoca dirección de la acción no difiere de cualquier otro medio empleado *para lesionar*.

Distinta es la solución en la segunda hipótesis del citado art. 398, que es enteramente abierto en lo que respecta a los medios (principalmente morales, pero en caso alguno sólo éstos), por lo que bastarán la causalidad y su presupuesto psíquico: el abuso de la credulidad o flaqueza de espíritu. En tal evento sí es admisible el dolo eventual y hasta la culpa (cuasidelito de lesiones).

III. OTROS TIPOS

66. EL TIPO DEL ART. 399 C.P. (LESIONES MENOS GRAVES)

Señala este artículo que "las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de ciento a mil pesos".

¹⁶³ ETCHEBERRY, D.P., III, p. 133.

¹⁶⁴ QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, pp. 644 ss.; DEL ROSAL, COBO, MOURULLO, DPE., P.E., pp. 423 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 1946, p. 126 ss.

¹⁶⁵ Del Río, *Derecho Penal*, III, p. 388.

¹⁶⁶ QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 650.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 428.

¹⁶⁸ QUINTANO, *Tratado P.E.*, I, p. 646.

¹⁶⁹ Op. cit., I, p. 648.

¹⁷⁰ FERRER SAMA, *Comentario cit.*, IV, p. 358.

¹⁷¹ QUINTANO, *Tratado P.E.*, p. 641, nota 5.

a) Desde el punto de vista de la acción y de los medios pueden proponerse, según se ha visto, dos posiciones. La *posición dominante* entre nosotros, según la cual, supuesto el resultado que se determina por exclusión, el tipo del art. 399 sólo admitiría las acciones de herir, golpear o maltratar de obra. Las de administrar sustancias o bebidas nocivas y de lesionar abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu, estarían restringidas a las lesiones graves, y otras formas de atentado contra la salud individual, que no consistan en las acciones de herir, golpear o maltratar de obra, quedarían excluidas del tipo legal en comentario. Dice ETCHEBERRY: "Esta figura consiste simplemente en herir, golpear o maltratar de obra a otro, sin que se produzcan resultados constitutivos de lesiones graves y sin que concurren las circunstancias propias de las lesiones leves".¹⁷²

b) *Nuestra posición*, según se ha explicado antes y que coincide con la que en España sostiene DEL ROSAL, COBO y MOURULLO,¹⁷³ se traduce en el rechazo de toda restricción en los medios de perpetración que importaría una extensión puramente analógica de la prevista para las lesiones graves. Son lesiones menos graves las acciones de herir, golpear o maltratar de obra que produzcan enfermedad o incapacidad para el trabajo por un lapso no superior a treinta días, pero también cualquier otra acción y aun omisión, distintas de las acciones de herir, golpear o maltratar de obra, cualquiera que sea la entidad del resultado (daño en la salud).

Por lesión hay que entender, en rigor, un daño en la salud, pero el título de lesión grave o menos grave depende, sea de la entidad de dicho daño, sea del medio de perpetración.

c) *El requisito negativo*. Queda por añadir un requisito negativo: que por la calidad de las personas y las circunstancias del hecho no sean consideradas leves, en concepto del Tribunal. Este sistema de diferenciación de las lesiones menos graves y de las leves ha sido impugnado como absurdo e injusto. No solamente es incongruente con el régimen que inspira la clasificación de las lesiones (en que lo decisivo es la huella sobre el cuerpo o la salud de la víctima), lo que explica que no se contuviera en el Código español, modelo del nuestro; acude, además, a criterios ajenos a la índole de las lesiones, ya que la "calidad de las personas" sugiere ideas como la de *riña entre pares* y de la menor dañosidad social de las lesiones sufridas por personas de inferior jerarquía. Como sea, el mayor inconveniente del precepto, aun si se prescinde de los escrúpulos técnicos o políticos, es que aparece divorciado de la práctica y, por lo mismo, se vuelve en buena parte inaplicable. Desconcierta a los médicos, que tienen su propio concepto de lesión leve, y en mayor grado, si cabe, a los funcionarios de policía y de la administración de justicia.¹⁷⁴

d) *Circunstancia agravante especial*. El art. 401 establece una circunstancia agravante especial: "Las lesiones menos graves inferidas a guardadores, sacerdotes, maestros o personas constituidas en dignidad o autoridad pública, serán castigadas siempre con presidio o relegación menores en sus grados mínimos a medios".

¹⁷² ETCHEBERRY, D.P., III, p. 124.

¹⁷³ Op. cit., pp. 427, 460 ss.

¹⁷⁴ Cf. SENGIO POLITOFF, nota a sentencia en RCP, XXVIII (1969), p. 82.

Un fallo de la Corte de Santiago aplicó la agravante a las lesiones inferidas por los regentes de un negocio de carnicería a un inspector del Comisariato de Subsistencias y Precios, cuya calidad era conocida de los hechores. El punto de doctrina discutido giró en torno al problema de si el sujeto pasivo estaba o no ejerciendo funciones oficiales concretas, en un caso en que había venido a verificar una infracción que afectaba a su propia hija. Se concluyó que se trataba de un acto propio de su cargo. No aparece claro, sin embargo, de los términos empleados por la sentencia ("persona constituida en autoridad es la que está investida de ella"), si los jueces entendieron que la agravante requería actos propios del cargo o bastaba la sola investidura (1951:RDJ, XVIII-74).

La agravación, no prevista para las mutilaciones, lesiones graves ni leves, se traduce por una parte en la exclusión de la pena pecuniaria, una de las tres alternativas previstas en el art. 399 (relegación, presidio o multa), y por la otra en la extensión del marco penal respecto de las de presidio o relegación (de menores en sus grados mínimos pasan a ser menores en sus grados mínimos a medios). Observa con razón ETCHEBERRY que, mientras el caso de las personas que tienen la calidad sacerdotal (de cualquier culto permitido en la República) o constituidas en dignidad o autoridad concierne a todos, por una obligación de respeto derivada de la función o calidad, lo que mira a los guardadores y maestros sólo alcanza a sus discípulos y pupilos.¹⁷⁵ Por su parte, advierte LABATUT que, respecto de los sacerdotes, sólo tendrá aplicación el art. 401 cuando las lesiones menos graves les sean inferidas fuera del ejercicio de su ministerio o funciones, "pues en caso contrario se incurriría en uno de los delitos relativos al ejercicio de los cultos permitidos en la República, que prevé lesiones de por sí calificadas (art. 140)".¹⁷⁶ Naturalmente este argumento es irreprochable si se trata de lesiones menos graves que resultan de poner manos violentas en la persona del ministro de un culto. Si las lesiones se han originado de otro modo, la incriminación se hará por lesiones menos graves calificadas, se hubiere hallado o no el sacerdote en el ejercicio de su ministerio. Es claro, asimismo, que la agravación sólo tendrá lugar si el agente conocía la especial investidura de la víctima.

Con todo, difícilmente podría admitirse que la subjetividad en la consideración de esta agravante se agote con el conocimiento de la investidura. Si, como parece, el fundamento de esta circunstancia reposa también en una mayor culpabilidad y no sólo en una mayor ilicitud, habrá que concluir que la presencia o ausencia de la misma está subordinada a una consideración objetivo-subjetiva. Así, los golpes propinados a un sacerdote sorprendido en actos impropios de su ministerio o a un maestro en respuesta a insinuaciones deshonestas, no podrían razonablemente merecer la agravación. Si el agente debe recibir un tratamiento penal más severo, es por haber pasado sobre los escrúpulos que implica el sentimiento de respeto. Respeto sólo puede exigir o suscitar lo respetable, y si bien las personas deshonestas pueden aspirar a que no se les ofenda, ello no implica que se las deba respetar, de modo que si se las ofende, habrá una injuria, pero no agravada por la falta de especial consideración.¹⁷⁷

¹⁷⁵ D.P., III, p. 125.

¹⁷⁶ LABATUT, D.P., P.E., p. 316.

¹⁷⁷ Un debate pintoresco motivó la discusión de este precepto, en el que, a las opiniones de los comisionados, debe añadirse la apasionada diatriba de ALEJANDRO FUENSALIDA.

67. AGRAVANTE GENERAL DEL ART. 400 C.P.

Dispone el art. 400 que "si los hechos a que se refieren los anteriores artículos de este párrafo se ejecutaren contra alguna de las personas que menciona el 390, o con cualquiera de las circunstancias segunda, tercera y cuarta del número 1º del 391, las penas se aumentarán en un grado". Se infiere, pues, de este precepto que existen dos circunstancias agravantes *calificadas* (en cuanto determinan una elevación en la escala penal), tanto para las lesiones graves, en sus dos formas; para las mutilaciones, también en todas sus variantes, cuanto para las lesiones menos graves: a) *cometer el delito en contra de alguna de las personas señaladas en el art. 390*, es decir, aquellas cuyo vínculo especial con el hechor convierte el homicidio en parricidio; y b) *cometer el delito por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, o con ensañamiento*.

a) *Por parentesco*. La doctrina moderna no es unánime en la conveniencia de establecer una agravante por el solo hecho del parentesco. Dicen FRIEDEL y ORSCHEKOWSKI, al comentar el nuevo C.P. de la R.D.A.: "Una agravación de la pena, como se hallaba prevista en el antiguo C.P. para las lesiones corporales respecto de parientes en la línea ascendente, ha sido rechazada por el C.P. porque constituyen expresión de una concepción patriarcal de la familia".¹⁷⁸

Nos parece, por nuestra parte, que la existencia del parentesco o del vínculo matrimonial no debieran fundamentar por sí solos una causal de agravación y mucho menos una agravante calificada. En ocasiones, el vínculo de parentesco podría ser el fundamento para mitigar el juicio de reproche (por ejemplo, la mujer continuamente humillada por su marido, abandonada por éste y que frente a un nuevo eschmo reacciona lesionando a su cónyuge, podría obtener, todo a lo más, una atenuante común de responsabilidad, art. 11, Nº 5º C.P., pero en un marco penal elevado en un grado). Aun, en una interpretación analógica en *bonam partem*, si se quisiera compensar racionalmente la agravante calificada con la atenuante (lo que sería no poco difícil en nuestra tradición jurisprudencial), la injusticia sería menos ostensible, pero no por ello menos real.

No creemos, sin embargo, que pueda postularse de *lege lata* una interpretación más benévola.

En la sesión 82, de 10 de mayo de 1872, se dijo lo siguiente: "El señor FABRES pidió que se incluyera en este artículo a los sirvientes que causan lesiones a sus amos, por cuanto les deben también obediencia y respeto. Se opusieron los señores RITTS y RENGAR, alegando que entre estas personas sólo hay un contrato libre de arrendamiento de servicios y que sus relaciones entre nosotros deben estar montadas sobre el pie de la más perfecta igualdad".

Da cuenta el Acta: "No se aceptó en consecuencia la agregación".

He aquí el comentario de FUENSAIDA, transcrito en las partes más significativas del extenso texto:

"Protestando a nombre del orden de las familias y de la ley en contra de esa pretendida y socialista igualdad de los amos con los criados que en Chile, en realidad, no existe por fortuna (véanse los arts. 3993 y 3995 del Código Civil), creemos que debió aceptarse la enmienda propuesta; porque aquello de que las relaciones entre amos y criados estén basadas en un contrato libre de arrendamiento de servicios no tiene ninguna relación con los fundamentos en que se apoyan las agravaciones de que tratamos. Y en efecto [...] los motivos de dichas agravaciones son únicamente el mayor respeto y consideración que se deben a ciertas personas y que la ley debe garantizar imponiendo a los culpables castigos más severos que en los casos comunes [...] conviene al orden público y especialmente al de las familias que estos vínculos no se relajen..." (III, p. 124).

¹⁷⁸ *Kommentar*, R.D.A., II, p. 80.

La agravante del art. 400 en comentario no se hallaba en el modelo español como una circunstancia que alcanzara a toda clase de lesiones, sino únicamente a las graves. En efecto, el art. 343 del texto de 1848, luego de describir las dos hipótesis de lesiones graves, añadía en su último inciso: "Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el art. 332 o con alguna de las circunstancias señaladas en el Nº 1º del art. 333, las penas serán..."

En la sesión 81, de 8 de mayo de 1872, el punto fue abordado: "Examinando el último inciso del art. 384, que aumenta la pena en un grado cuando el delito se comete por padre, madre u otra de las personas que numera el art. 377, o cuando concurre alguna de las circunstancias que califican el homicidio, según el número primero del art. 378, pidió el señor Reyes que se hiciera extensiva esta disposición no sólo a las heridas de que trata el art. 384, sino a todos los demás delitos de que se ocupa este párrafo, colocándose como artículo independiente en el lugar que correspondía". Añade el Acta que esta idea fue aceptada.

ALEJANDRO FUENSAIDA, en un penetrante comentario, deplora la modificación, vinculando el asunto con el tema del derecho correccional de los padres. A su juicio, lo razonable era el sistema español, "que solamente habla de las lesiones graves en las cuales el parentesco es siempre una circunstancia agravante, sean cuales fueren las condiciones del ofendido y el ofensor". Explica que "el parentesco puede ser una causa que exente de responsabilidad conforme al Nº 10 del art. 10; porque teniendo los ascendientes sobre sus descendientes legítimos y los padres sobre sus hijos legítimos el derecho de corregirlos moderadamente y las facultades disciplinarias suficientes para hacerse obedecer y mantener el orden de la familia, no deben ser penados por las lesiones leves y aun menos graves que causen a sus descendientes en el ejercicio de sus derechos; y lejos de haber motivo para una agravación de la pena común solamente, pueden ser castigados por el exceso lo mismo que debe serlo el que excede los límites de la defensa legítima..."¹⁷⁹

Nos parece que la única conclusión sensata es la necesidad de aplicar a la agravación de parentesco del art. 400 una limitación, que podría hallar su fundamento en una interpretación analógica *in bonam partem*, de los principios que inspiran la circunstancia del art. 13, es decir, la pena de las lesiones (cualquiera que sea su entidad) se aumentará en un grado sólo si el parentesco debe operar como agravante "según la naturaleza y accidentes del delito". En otros términos, si las características del caso concreto demuestran, según la naturaleza y accidentes del delito de lesiones, que la intensidad del reproche no debe ser aumentada por el parentesco (piénsese en un exceso culposo en el derecho correccional), la interpretación teleológica y sistemática impediría la agravación por el solo hecho objetivo del vínculo. Una interpretación diversa, en efecto, podría llevar al contrasentido de que un mismo fundamento pudiera ser invocado simultáneamente como agravante y atenuante. Por lo demás, la repetida tesis de que en los delitos contra las personas el parentesco es siempre agravante (al revés de lo que acontecería en los delitos contra la propiedad), no pasa de ser una generalización apresurada, que la juiciosa observación de FUENSAIDA, antes transcrita, basta para descartar.

b) *Las demás agravantes*. Como el legislador restringió la agravante calificada a alguna de las homólogas del homicidio calificado (circunstancias 2º, 3º, y 4º), es

¹⁷⁹ FUENSAIDA, *Comentarios*, III, pp. 122 ss.

manifiesto que las dos restantes circunstancias (premeditación y alevosía), si concurren en el delito de lesiones, quedarán regidas por las reglas generales del art. 12, N^{os} 1^o y 5^o, con los efectos reglados en los arts. 62 y ss.

68. LESIONES LEVES (ART. 494, N^o 5^o)

Son tales, con arreglo al art. 494, N^o 5^o C.P., "las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho". Antes se ha aludido al defectuoso régimen seguido en esta materia por el Código, que transparenta los prejuicios de algunos comisionados y que no se contenía en el modelo español. Observa LABATUT que la ley "ya no hace depender la entidad de las lesiones de sus consecuencias materiales, sino de factores subjetivos y objetivos que corresponde al juez apreciar soberanamente en cada caso particular".¹⁸⁰

"Lo difícil será —como anota POLITOFF— que la realidad no siga desbordando la excéntrica previsión legal". Es por ello que en la práctica "se ha inventado una especie de norma consuetudinaria que permite diferenciar provisionalmente una lesión ínfima de una de mayor entidad. La simple observación y el vaticinio médico condujeron en el hecho a un criterio diferencial parecido al que establece el Código español, según el cual las lesiones menos graves son las que producen al ofendido incapacidad para el trabajo por *más de quince días* o necesidad de asistencia facultativa por igual término. La decisión tiene importancia, como se sabe, para la prescripción, para el procedimiento aplicable, que si se trata de faltas libera al procesado de la mayor parte de las mortificaciones inherentes al enjuiciamiento por simple delito y hasta para la impunidad de la tentativa o frustración, entre otros muchos efectos. Todo ello justifica que sea el juez competente para conocer de las lesiones menos graves el que las califique de leves, pero como para ello habrá de disponer de antecedentes sobre la 'calidad de las personas y las circunstancias del hecho', la policía debiera conducir ante él cuanto equimosis, rasguño o bofetón intrascendente recogen en su actividad cotidiana, abrumando al tribunal del crimen con asuntos de ínfima cuantía y al imputado con una tramitación enredosa y con frecuencia innecesariamente vejatoria".¹⁸¹

El origen de este sistema se halla en la sesión 108 de la Comisión Redactora, de 13 de agosto de 1872. Se lee en el Acta que "no siempre el impedimento de cierto número de días es un motivo bastante para calificar la gravedad de las lesiones", razón por la cual la determinación del límite que separa a las lesiones penadas como delito de las leves, que sólo se reputan faltas, "corresponderá hacerlo al juez en cada caso especial". En el hecho, el tipo de lesiones leves (tipo privilegiado) ha quedado enteramente abierto y cualquier esfuerzo por fijar ciertas pautas al juez son en mayor o menor grado arbitrarias. Es preciso, sin embargo, formular alguna hipótesis en torno a las dos ideas que la ley indica al juez para fundar su elección.

a) *La calidad de las personas.* Los criterios de índole probablemente patriarcal o clasista que presidieron esta primera mención puesta por los comisionados no

¹⁸⁰ LABATUT, D.P., P.E., p. 315.

¹⁸¹ SERGIO POLITOFF, nota a sentencia, RCP, XVIII (1969), p. 83.

obligan al intérprete de hoy, el cual debe orientarse por los valores que consienten el progreso social. Según ETCHEBERRY, "este requisito podrá referirse al vínculo de parentesco que existe entre hechor y víctima, siempre que no sea alguno de los señalados en el art. 390 (parricidio), ya que en tal caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 400, las lesiones serán siempre menos graves (y con agravante)".¹⁸² Antes hemos observado que el solo parentesco, en cuanto vínculo objetivo, no puede ser tomado en cuenta para agravar la responsabilidad de las lesiones menos graves, aunque se trate de alguno de los casos previstos en el art. 390 (vid. supra N^o 67).

Consecuencialmente, estos casos de parentesco no sirven para dirimir la opción entre lesiones menos graves y leves. En ocasiones, la relación de parentesco podrá ser invocada como minorante del juicio de reproche; por ejemplo, en el caso del abuelo que con el propósito de corregir castigo al nieto discoloso causándole lesiones de cierta entidad. Tampoco nos parece convincente que la presencia en la víctima de las calidades de autoridad, dignidad u otra semejante determinen que "las lesiones serán menos graves según el art. 401",¹⁸³ ya que hemos dicho más arriba que esas posiciones personales no operan como agravantes de las lesiones menos graves por la sola circunstancia de que las invista el sujeto pasivo.

A nuestro juicio, la calidad de las personas podrá fundamentar un tratamiento penal privilegiado únicamente si es uno de los elementos en un contexto de antecedentes que mitigan la reprobación del acto. En tal sentido debe interpretarse la exigencia *copulativa* de que se atienda también a las "circunstancias del hecho".

b) *Las circunstancias del hecho.* No es del caso imaginar hipótesis que hagan más ignominiosa la lesión, sino al revés, de considerar los incidentes banales que crean una situación privilegiada. Es claro, no obstante, que algunas situaciones parecieran incompatibles con el privilegio. ETCHEBERRY señala acertadamente el premio o promesa remuneratoria, el ensañamiento y otras semejantes, cuya función agravatoria presupone que las lesiones no sean previamente calificadas de leves, lo que conduciría a un contrasentido.¹⁸⁴

Vinculado con este asunto está, como ya lo vislumbraron los propios comisionados (cfr. Actas, sesión 108), la relación con las injurias. La unidad del *hecho* (arrastrar a la víctima del cabello un cierto trecho con el propósito de afrentarla, siguiéndose de la violencia algunas equimosis o hematomas) suscitará problemas de concurso ideal de delitos, aunque a veces sólo se dará un concurso aparente de leyes (concurso ideal impropio). Aunque el punto es abordado con detenimiento al ocuparnos de los delitos contra el honor, cabe señalar, sobre el aspecto que ahora nos ocupa, que si hay concurso aparente de leyes penales en que la materialidad de la injuria resulte absorbida por la lesión corporal o aun si la conducta objetivamente afrentosa fuere atípica (p. ej., por ausencia de su especial coloración subjetiva), la mayor antisocialidad del hecho único raramente podrá ser compatible con la caracterización de las lesiones como leves.

¹⁸² D.P. III, p. 135.

¹⁸³ Op. cit., loc. cit.

¹⁸⁴ Idem.

De entre la abundante casuística de rutina puede señalarse un caso, fallado por la Corte de Santiago, en que las lesiones fueron consideradas menos graves y no simplemente leves, pese a la escasa duración de la enfermedad, por haber acontecido los hechos en un lugar público, originados en un motivo reprochable, unido ello a la circunstancia de ser la víctima de sexo femenino y de una condición social que la hacía acreedora a consideraciones (1951:RDJ, XVIII-74).

Crimis
69. ITER CRIMINIS

En buena medida las cuestiones atinentes al *iter criminis* en esta clase de delitos no se apartan de los asuntos que aborda la teoría general. Sin embargo, hay un matiz que pudiera suscitar confusiones: toda lesión consumada es un daño en la salud, pero la casuística legal que determina la penalidad está subordinada a formas específicas de daño y puede, por lo mismo, en una situación dada, existir certidumbre en la parte del contenido del dolo que apunta al daño en la salud, pero resultar incierta aquella que se refiere a una de aquellas formas específicas de lesión. En otros términos, ¿Cuándo se hablará de lesión gravísima frustrada o de tentativa de lesión menos grave?

Como el resultado específico agravatorio no es una mera condición objetiva, sólo la certidumbre sobre la dirección del dolo permitirá afirmar que se trató, en el caso dado, por ejemplo, de tentativa de dejar a la víctima totalmente deforme. En toda situación incierta en cuanto a la entidad del resultado perseguido, habrá que acudir a la regla general que la constituye, la figura de lesiones menos graves.

En un caso en que el contenido preciso de la intención sobre la clase de lesiones era incierto, resolvió la Corte Suprema que las lesiones frustradas eran menos graves (GT, 1875, 459-213).