

COMISIÓN DE ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PENAL 2013

**PROPUESTA DE REGULACIÓN
DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD**

María Magdalena Ossandón Widow
5 de julio de 2013

Articulado

Título I Delitos contra la vida y la salud

§ 1. Del homicidio

Artículo A. El que mate a otro será castigado con pena de prisión de 7 a 12 años.

Artículo B. Será castigado con pena de prisión de 12 a 15 años el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

1ª. Con alevosía.

2ª. Por premio o recompensa remuneratoria.

3ª. Con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor al ofendido.

4ª. Cuando lo realice para facilitar la comisión de otro delito, para asegurar sus resultados o su impunidad.

Artículo C. Será castigado con pena de prisión de 12 a 15 años el que mate:

1º. A su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, a su hermano, a su cónyuge o persona con quien tiene vida marital sin estar casados, sabiendo que lo son.

2º. A un funcionario público en razón del ejercicio de sus funciones.

Artículo D. El que mate a otro que lo ha solicitado expresa, seria, inequívoca y reiteradamente, será castigado con la pena de prisión de 5 a 7 (10) años.

Artículo E. El que mate a otro imprudentemente, será castigado...

§ 2. De la inducción y el auxilio al suicidio

Artículo F. El que induzca a otro a suicidarse o, con conocimiento de causa, le preste auxilio para que se suicide, sufrirá la pena de prisión de 3 a 7 años.

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si el suicida muere.

§ 3. Del aborto

Artículo G. El que mate a un ser humano en cualquier etapa de su desarrollo hasta su nacimiento, será castigado con la pena de prisión 3 a 7 años.

Si el aborto se comete sin el consentimiento de la gestante, o se hubiere obtenido su consentimiento mediante violencia, amenaza o engaño, la pena será prisión de 5 a 7 (10) años.

Artículo H. Al facultativo que, abusando de su oficio, intervenga en un aborto, además de las penas que le correspondan de conformidad con el artículo anterior, se le impondrá la de inhabilitación temporal para el ejercicio de su profesión...

Artículo I. Cuando los hechos a los cuales se refieren los artículos anteriores se realicen imprudentemente, se castigarán de conformidad con los artículos...

Artículo J. La mujer que comete su aborto o consiente que otra persona se lo realice, será castigada con prisión de 3 a 5 años.

Artículo K. Si el que interviene en el aborto lo hubiere hecho estando sometido a extraordinarias condiciones de motivación, se podrá atenuar su responsabilidad o eximir de pena, según la gravedad de las circunstancias.

Artículo L. Si el aborto se comete cuando el ser humano en gestación ya está en condiciones de viabilidad extrauterina, se agravará la pena...

§ 4. Del abandono de personas desvalidas y la omisión de socorro

Artículo M. El que abandone a una persona que no esté en condiciones de valerse por sí misma, exponiéndola a una situación de peligro de muerte o de grave perjuicio a su salud, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años.

Artículo N. El no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave para su vida o su salud, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años.

Si quien omite el socorro es personal en servicio de Carabineros, de la Policía de investigaciones, de Gendarmería de Chile, de las Fuerzas Armadas, de los servicios públicos o privados de salud, se agravará la pena...

§ 5. De las lesiones

Artículo O. El que lesione a otro con menoscabo de su salud física o mental o de su integridad corporal será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años.

Artículo P. La pena será de prisión de 3 a 5 años, si la conducta se realiza utilizando armas u otros medios idóneos para provocar alguna de las lesiones del artículo siguiente.

Artículo Q. El que lesione a otro con menoscabo de su salud física o mental o de su integridad corporal que consista en:

1°. Enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será castigado con la pena de prisión de 5 a 12 años.

2°. Una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior, será castigado con la pena de prisión de 5 a 7 años.

Artículo R. En los delitos de lesiones del artículo anterior y cuando el resultado fuere irreversible, el mero consentimiento del ofendido emitido expresamente en forma previa, válida, libre, espontáneamente servirá únicamente para atenuar la pena en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

Artículo S. La pena por las lesiones será, respectivamente, agravada cuando concurra algunas de las circunstancias o relaciones descritas en los artículos descritas en los artículos B y C.

Artículo T. El que lesione a otro por imprudencia, será castigado de conformidad con los artículos...

Artículo U. El que lesione a un ser humano antes de su nacimiento, afectando gravemente su normal desarrollo o provocándole un grave problema físico o psíquico será castigado con la pena de prisión de 3 a 5 años.

Artículo V. El que cometiere el hecho descrito en el artículo anterior por imprudencia grave, será castigado...

La madre no será sancionada a tenor de este precepto.

Fundamentación general

En cuanto al orden sistemático, se propone ubicar los delitos contra la vida inaugurando la parte especial, por tratarse de figuras principales desde un punto de vista valorativo, dada la importancia y rango de los bienes jurídicos fundamentales del ser humano frente a los intereses supraindividuales y, entre aquéllos, por el valor de la vida como soporte existencial para el ser humano y todos sus bienes y derechos. Junto a la vida se incluye la *salud*, bien jurídico con el que está en íntima conexión.

Al adoptar una sistematización en torno al bien jurídico afectado, esto es, la *vida humana* y la *salud*, se hace necesario incluir aquí todas las figuras que afectan directamente estos bienes. En consecuencia, la propuesta intenta abarcar todas las formas de *homicidio* y de *lesiones* que actualmente están dispersas en nuestro Código penal, en la medida en que se trate propiamente de figuras calificadas de estos ilícitos, para así evitar que se recurra a la tipificación de delitos complejos, por todos los problemas que ella genera.

Ahora bien, no se incluyen figuras como el *genocidio*, entendiendo que por sus peculiares características debe ser tipificado en otro lugar¹, ni aquellas que se consideran desprovistas de justificación o sentido, y que deben ser suprimidas de nuestra legislación, como el *infanticidio*, el *homicidio en riña*, y el *duelo*, también eliminadas en la legislación comparada.

Se incorporan en este mismo título los delitos de *aborto*, *abandono de personas desvalidas* y *omisión de socorro*, pues en la actualidad existe amplio acuerdo en que, pese a su ubicación en nuestro Código penal, la vida humana es el bien directamente afectado en todos ellos. Cabe advertir que cuando se trata de figuras de *peligro*, a la protección de la vida se añade necesariamente la referencia a la protección de la salud², pero conviene ubicarlas en forma previa a los delitos de lesiones para destacar que interesa, en primer lugar, el riesgo que se genera para la vida.

A continuación se incluyen las figuras de *lesiones* por las que se pretende abarcan las conductas que atentan contra la salud individual.

No se contempla una regla expresa para solucionar hipótesis concursales especiales, como podría ser la de homicidio o aborto preterintencional, las que deben resolverse atendiendo a las particularidades de cada caso y según las disposiciones generales³.

¹ Excepcionalmente, algunas legislaciones lo contemplan entre los delitos contra la vida, vgr. §220a. StGB, art. 101 Código penal colombiano; pero en esos casos la inconsistencia de su ubicación queda reflejada en la descripción de las conductas sancionadas a título de genocidio, que contemplan diversos comportamientos (no sólo matar a otro) y bienes jurídicos afectados.

² Salvo en el delito de auxilio al suicidio: aunque es considerado de peligro contra la vida, como exige la muerte del suicida —requisito normalmente considerado una condición objetiva de punibilidad—, resulta ociosa cualquier referencia a la posible afectación de la salud.

³ La dificultad para resolver *a priori* el tratamiento se ve reflejada en la diversidad de criterios para fijar la pena en el homicidio preterintencional. En Italia, el art. 584 impone una pena de reclusión apenas atenuada, de 10 a 18 años, mientras que la del homicidio simple llega a 21; en Colombia, el art. 105 impone la pena del homicidio disminuida de una tercera parte a la mitad; y todavía más benévola es la legislación argentina, art. 81 b), que reduce la pena a reclusión de 3 a 6 años o prisión de 1 a 3 años, mientras que el homicidio simple se sanciona con 8 a 25 años de reclusión o prisión

En la propuesta se procura, en la medida de lo posible, mantener una continuidad con la regulación actual, entendiendo que frente a la posibilidad de diversas fórmulas de regulación —cada una con sus propias dificultades— es preferible adoptar aquellas que ya son parte de nuestra tradición, conocidas por la judicatura y que cuentan con una base de interpretación doctrinal.

En las penas asignadas a cada figura se ha intentado seguir los tramos de pena que han sido discutidos en esta Comisión. Pero se pretende, en lo fundamental, asignar una desvaloración relativa y dentro de este grupo de delitos; fijar la penalidad definitiva supone una visión de conjunto de los demás tipos de la parte especial, así como de la normativa que regulará los delitos imprudentes, las etapas anteriores a la consumación, etc.

Justificación particular

Título I.- Delitos contra la vida y la salud

Se abandona la denominación actual de “delitos contra las personas” porque resulta demasiado amplia para la materia que se pretende regular y porque distorsiona el sistema que generalmente adopta la legislación penal, esto es, el de clasificar los delitos en relación con el bien contra el cual atentan. Esta última razón lleva, también, a descartar expresiones que solo aluden a la denominación de las figuras (como en el Anteproyecto CP de 2005, que incluye tres títulos distintos: “Del homicidio y las lesiones”, “Del aborto” y “Del abandono de personas desvalidas y la omisión de socorro”; siguiendo el modelo del CP español), modalidad que no es todo lo neutra que algunos pretenden pues implica rechazar la opción absolutamente mayoritaria –tanto en la doctrina como en la legislación comparada⁴– de incluir estas figuras como delitos contra la vida. Por lo demás, los aspectos puntuales más controvertidos de la regulación, como la determinación del momento desde el que comienza la vida, el grado de protección ha de dársele, etc., no se oponen a esta denominación, y pueden ser bien abordados en torno a la configuración de cada figura en particular.

Por otra parte, se ha preferido aludir directamente a la *salud* como bien protegido, en lugar de la referencia a la *integridad corporal*, entendiéndose que éste último es un aspecto o, incluso, un bien instrumental para el primero.

El título se divide en cinco párrafos; los cuatro primeros agrupan diversas familias de delitos que atentan contra la vida, según un esquema tradicionalmente empleado en la dogmática penal, en razón de las características del sujeto pasivo (nacido/no nacido), el sujeto activo que realiza la conducta y la forma en que se afecta el bien jurídico (lesión/peligro). Finalmente se incluyen las figuras de lesiones.

§ 1. Del homicidio

Artículo A. *El que mate a otro será castigado con pena de prisión de 7 a 12 años.*

Se mantiene la descripción de la conducta típica de modo similar al actual por considerar que es una fórmula amplia que lo caracteriza como un delito de resultado sin modos de comisión determinados, y que permite abarcar las diversas modalidades que puede asumir el comportamiento (acción/omisión).

Al ubicarlo en primer lugar, para después regular las modalidades agravadas o atenuadas de homicidio, y al describir la conducta sin referencia alguna a las demás disposiciones del párrafo, se pretende resaltar su carácter de figura básica y residual.

La penalidad se relaciona con la especial gravedad de este delito. Por una parte, porque atenta contra el bien de carácter individual más importante de todos, en cuanto la vida no solo es un atributo del ser humano sino que se confunde con él mismo y constituye el soporte para

⁴ Que incluyen estos delitos dentro de los “delitos contra la vida”, como en Alemania y Argentina; o dentro de un grupo más amplio de “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, según disponen el Código penal de Perú, Suiza, Colombia, el Código penal federal de México, etc.

la existencia de todos los demás bienes. Y por otra, porque la destrucción de la vida humana supone una situación irreversible, es un bien que se pierde definitivamente, a diferencia de lo que ocurre en otras figuras en que, a pesar de configurarse por la efectiva lesión, deterioro o destrucción del bien jurídico protegido que también puede ser de carácter personalísimo, es posible que la víctima vuelva a gozar del bien afectado por el delito.

En todo caso, es una pena relativamente similar o incluso moderada, en comparación con la que se estipula en legislaciones de países de nuestro entorno cultural⁵.

Artículo B. *Será castigado con pena de prisión de 12 a 15 años el que mate a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:*

1ª. *Con alevosía.*

2ª. *Por premio o recompensa remuneratoria.*

3ª. *Con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor al ofendido.*

4ª. *Cuando lo realice para facilitar la comisión de otro delito, para asegurar sus resultados o su impunidad.*

Al igual que en el Anteproyecto de CP de 2005, el artículo propuesto mantiene la actual estructura del delito de homicidio calificado o asesinato, despojándole solo de dos circunstancias que parecen superfluas o injustificadas: la de cometerlo *por medio de veneno*, toda vez que se entiende que esta circunstancia queda comprendida dentro de la alevosía⁶; y la de hacerlo *con premeditación conocida*, que generalmente también se puede subsumir en la alevosía, y que implica enormes dificultades de interpretación.

La circunstancia de *alevosía* se mantiene como expresión de un mayor grado de injusto derivado de la acentuada peligrosidad de la acción, así como de una mayor culpabilidad, pues el autor dispone de unas condiciones más favorables para determinarse de acuerdo con la norma, que en el caso del homicidio común⁷.

La segunda circunstancia se refiere particularmente a quien recibe un beneficio económico para cometer el homicidio, de un modo menos extenso que el de aquellas legislaciones que sancionan de modo agravado todo homicidio cometido *con ánimo de lucro*⁸ o *por codicia*⁹. De este modo la calificante no se sustenta únicamente en un ánimo especial o móvil abyecto, sino que supone un incremento de contenido de injusto, más específicamente, de la

⁵ En España la pena es de prisión de 10 a 15 años (art. 138); en Francia, de hasta 30 años de prisión criminal (art. 221-1); en Alemania, una pena *no inferior* a cinco años de privación de libertad (§ 212), pudiendo llegar a la privación perpetua en casos “de especial gravedad” aunque no sean asesinatos u homicidios calificados propiamente tales (§ 211), y en Italia la pena no puede ser inferior a los 21 años de reclusión. Entre los países de América latina, Argentina sanciona con pena de 8 a 25 años (art. 79); Bolivia, de 5 a 20 años (art. 251); Brasil, de 6 a 20 años (art. 121); Cuba, de 7 a 15 años (art. 261); Costa Rica, de 12 a 18 años (art. 111); Ecuador, de 8 a 12 años (art. 449); México, de 12 a 24 años (art. 307); Paraguay, de 5 a 15 años (art. 105); Perú, de 6 a 20 años (art. 106); Uruguay, de 20 meses a 12 años (art. 310) y Venezuela, de 12 a 18 años (art. 407).

⁶ Por todos POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS (2006): *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Santiago, Editorial Jurídica Congreso, 2ª edición, p. 181. La opinión de GARRIDO MONTT (2007): *Derecho penal. Parte Especial*, III, 3ª ed., Santiago, Edit. Jurídica de Chile, p. 60, de fundamentar la calificante en las dificultades que implica para pesquisar el delito no parece revestir la gravedad suficiente como para calificar el delito.

⁷ PEÑARANDA RAMOS (2003), pp. 191-194. En el mismo sentido, POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS (2006) p. 171.

⁸ Como ocurre en Perú (art. 108.1)

⁹ En Alemania, §211.2 y Argentina, art. 80.4.

peligrosidad objetiva en el contexto *ex ante* del desvalor de acción, porque implica la noción de *profesionalismo* en el sujeto que lleva a cabo la conducta letal o al menos, una predisposición para cometer el delito. Esto implica que la circunstancia está obviamente enfocada a la conducta del autor y no a la de los partícipes. En este sentido, no compartimos la redacción propuesta en el Anteproyecto CP, que se refería al que actúa *por o mediante* premio o promesa remuneratoria para incluir al mandante del sicario, pues la posibilidad de que esta persona sea punible como inductor de este delito es un problema sobre la determinación del título de castigo por el cual se hace responder a los partícipes, que no tiene por qué ser resuelto en la descripción del tipo.

En cuanto a la naturaleza de la retribución, las expresiones propuestas han sido interpretadas en el sentido de que exigen una prestación avaluable en dinero, excluyendo retribuciones de índole afectiva o meramente honoríficas, lo que se condice con el peligro que se quiere evitar¹⁰.

La circunstancia de *ensañamiento*, aunque no está en la línea de la *ratio* propia del asesinato –mayor peligrosidad para el bien jurídico vida– supone una mayor gravedad de lo injusto que justifica mantenerlo como calificante. La fórmula empleada pone el acento en ese especial desvalor de resultado, y no solo en el ánimo del autor (aspecto menos evidente cuando se recurre a fórmulas como *con gran crueldad*¹¹).

Se agrega una circunstancia, la cuarta, que “da cuenta del mayor desvalor que supone la comisión de un homicidio como forma de favorecer la de otro delito, reconocida de manera asistemática por nuestra actual Código (arts. 141, 142, 372 bis, 433 N°1, 474)”¹²; y que es también frecuente en otras legislaciones¹³.

Artículo C. *Será castigado con pena de prisión de 12 a 15 años el que mate:*

1°. A su ascendiente o descendiente, natural o adoptivo, a su hermano, o a su cónyuge o persona con quien tiene vida marital sin estar casados, sabiendo que lo son.

...

El delito de *parricidio*, tal como está sancionado en la actualidad, no puede mantenerse. Sin embargo, tampoco parece que se pueda prescindir sin más de una figura tan arraigada en nuestra cultura y que, por lo demás, posee un desvalor que amerita un tratamiento especial¹⁴, aunque lejos de la severidad con que se le sanciona actualmente.

En este sentido, la propuesta se elabora sobre la idea de que entre ciertas personas, vinculadas por parentesco o por una relación de matrimonio o convivencia, existen *deberes cualificados de solidaridad emanados del contexto intrafamiliar*, sin necesidad de fundamentarlos como deberes institucionales positivos. En estas situaciones, la agravación del delito no se basa en la

¹⁰ RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2013): “Homicidio por premio o recompensa remuneratoria”, en KÜNSEMÜLLER (dir.) y MAÑALICH (coord.), *Libro Homenaje del Departamento de Ciencias Penales*.

¹¹ Usada en Alemania §211.2 y Perú, art. 108-3.

¹² Materiales de discusión presentados a la Comisión Foro Penal. Parte Especial, Fundamento del homicidio calificado, p. 7.

¹³ En Alemania, §211.2; Francia, art. 221-2; Argentina, art. 80.4; Colombia, art. 104.2; Perú, art. 108. 2, etc.

¹⁴ Mantenido como hipótesis agravada de homicidio, entre otros, en Argentina, art. 80.1; Colombia, art. 104.1; Francia, art. 221-4; Italia, art. 576.2; México, art. 323; Uruguay, art. 311.1 y con el *nomen iuris* de parricidio, en Perú, art. 107.

afectación de esa confianza individual –que en el caso concreto puede existir o no– sino que de una confianza social o institucional: es la sociedad la que está organizada sobre la base de que algunas personas se encargarán de proteger o hacer posible la existencia de ciertos bienes jurídicos, o por lo menos, de que entre personas especialmente cercanas en un entorno familiar, unidas por relaciones que generalmente suponen afecto, seguridad y protección mutua, no surgirán atentados contra la vida de uno de ellos. Es esa expectativa fundamental la que se ve defraudada. Por lo mismo, el homicidio de estas personas provoca una impresión y conmoción en el resto de la comunidad, mucho mayor que las que suscita el homicidio de un extraño.

En suma, al atentar contra la vida de ciertas personas se contraría la necesidad social de estructurarse sobre ciertas formas de convivencia que generen espacios de intimidad y libertad entre sus miembros, que les permitan desarrollar su vida con relativa seguridad, al menos en el sentido de que eventuales ataques contra su persona no provendrán *desde dentro* de ese grupo social. En consecuencia, la agravación del delito no radica en el atentado contra un *vínculo*, como si éste resultara perjudicado con el comportamiento del autor, tampoco contra la *familia* como institución concreta que resulta destruida, sino que entendida de un modo dinámico y comunicativo, en que el contexto familiar aparece como estructura social funcional para el desarrollo de cada uno de sus miembros.

La propuesta aspira a mantener una cierta sintonía, también, con la regulación sobre la violencia intrafamiliar vigente en nuestro ordenamiento, mediante la Ley N° 20.066, pero restringiendo la calificante a aquellas relaciones más cercanas en que basta la existencia del vínculo para configurar el mayor desvalor. Otras situaciones fácticas incluidas en dicha regulación, podrían merecer una sanción mayor a través de la aplicación de agravantes genéricas, como el abuso de una confianza o superioridad física.

Además de los parientes más cercanos, ya desde su origen nuestra legislación añadió en la figura del parricidio al cónyuge y luego se ha ampliado a los convivientes. Entendiendo que entre ellos existen también estos deberes cualificados de solidaridad, es razonable mantenerlos. La situación de los que *han sido* convivientes puede considerarse solo en la medida en el comportamiento guarde conexión con ese contexto familiar del que formaba parte, es decir, que aparezca como una manifestación de esa particular relación de intimidad y confianza que la precedía. Para abarcar esas situaciones sin tener que hacer una referencia amplia a relaciones que ya han finalizado, la propuesta prefiere hacer una referencia a la *persona con quien tiene vida marital sin estar casados* y no al conviviente¹⁵. De esta forma, se pone el acento en una relación similar a la matrimonial pero sin la existencia del vínculo formal, que no se centra únicamente en la cohabitación y que por requerir de una cierta estabilidad y proyección, permite seguir afirmando que se mantiene la calidad aun cuando uno de ellos abandone el hogar común. En una situación así no pierde inmediatamente su calidad (como sí ocurría, en sentido gramatical

¹⁵ Se recoge la sugerencia de GUZMÁN DALBORA, quien al exponer ante la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, Informe 6 de agosto de 2008, sesión 69, boletín N° 4937-18 y 5308-18, que el término *conviviente* muestra un cierto deterioro en el vocablo técnico de las leyes penales, pues la palabra conviviente significa en castellano “todos los que viven en común”, por lo que esta expresión se hace demasiada extensiva en un país de allegados como es el nuestro, y agrega: “se ha querido evitar el uso de un término que tiene un trasfondo histórico peyorativo que es el de *concubino*, pero se podría haber escogido otra expresión más apropiada, como [...] *personas que llevan vida marital sin estar casadas*, no se diga análoga relación de afectividad porque en el matrimonio jurídicamente hablando no tiene por qué haber una relación de afectividad, muy a menudo no se da tampoco o no se da con la misma intensidad que se da en otras relaciones afectivas”.

al menos, con la de conviviente), por lo que todavía es subsumible en la hipótesis agravada la situación del ex conviviente que mata a su ex pareja precisamente porque lo abandonó, pues eso tiene un evidente significado comunicativo para el resto de la sociedad, en el sentido de que iniciar una relación de pareja no es seguro sino peligroso.

Sin embargo, transcurrido un cierto lapso de tiempo, el vínculo se diluye, pierde reconocimiento social, y deja de tener sentido la agravación del homicidio. Por esta razón no se incluyen a los ex cónyuges y ex convivientes como hace la legislación actual, sin limitación alguna.

Es evidente que la terminología tiene importantes márgenes de incertidumbre, pero la situación de hecho a la que alude no puede ser descrita de modo más seguro. En su defecto, puede volverse al término *conviviente*, por su mayor arraigo en nuestro medio, se puede delimitar agregando el calificativo *more uxorio*¹⁶.

La exigencia de conocimiento de la relación que se tiene con la víctima busca excluir del tipo aquellos casos en que no existe seguridad de estar atentando contra una persona con la que se tienen esos especiales deberes de solidaridad. En ningún caso se refiere a una exigencia especial de dolo directo respecto del resultado.

Artículo C. *Será castigado con pena de prisión de 12 a 15 años el que mate:*

2º. A un funcionario público en razón del ejercicio de sus funciones.

El segundo supuesto recoge las diversas figuras agravadas dispersas actualmente en nuestra legislación penal (art. 268 ter CP, art. 416 CJM y art. 17 LO Policía de Investigaciones), así como situaciones similares que no están comprendidas en esa casuística, entendiéndose que en todas ellas se afecta otros intereses además de la vida.

Artículo D. *El que mate a otro que lo ha solicitado expresa, seria, inequívoca y reiteradamente, será castigado con la pena de prisión de 5 a 7 (10) años.*

Dada la relevancia del bien jurídico y la irreversibilidad de la conducta que lo destruye, se incluye una disposición que prohíbe a un tercero intervenir para acabar con la vida de otro, aun cuando éste consienta en ello. La penalidad es atenuada, pues se entiende que existe, al menos, una menor culpabilidad.

Si la conducta es motivada, además, por consideraciones piadosas, podría verse favorecida por una atenuante genérica.

Esta prohibición de acabar con la vida de otro alcanza también a los profesionales de la medicina¹⁷. De este modo, es evidente que quedan prohibidas las conductas activas que atentan contra la vida y que podrían implicar una “aceleración artificial del proceso de muerte” (prohibidas por la Ley N° 20.854 que regula los derechos y deberes que tienen las personas en

¹⁶ Como hace el art. 311.1 del Código penal de la República Oriental del Uruguay.

¹⁷ si bien se podría agregar un artículo al final de este título, similar a la disposición contenida en el art. 9 del Código de Ética del Colegio Médico que advierte que “*el médico no podrá realizar acciones cuyo objetivo directo sea poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna*”, que apuntaría en la misma dirección de lo manifestado en este artículo D.

relación con acciones vinculadas a su atención en salud). Respecto de conductas omisivas, no parece pertinente una regulación especial, toda vez que ellas se delimitan según si existen o no deberes de garante, con las limitaciones propias según la posición de que se trate; las que en el caso de la profesión médica se relacionan con el consentimiento del paciente y las demás reglas propias de la *lex artis*.

Artículo E. *El que mate a otro imprudentemente, será castigado...*

La sanción para las conductas imprudentes habrá de hacerse en relación con la figura básica de homicidio, pues no tiene sentido para las demás situaciones.

En relación con el homicidio de un pariente o persona con quien se tiene una relación de matrimonio o convivencia *more uxorio*, la existencia de deberes cualificados podría justificar que la penalidad del delito imprudente se determine en relación con la penalidad de la figura agravada. Sin embargo, consideramos que en esos casos lo normal es que la muerte de la víctima suponga para el autor un sufrimiento que compensaría, en la mayoría de los casos, ese mayor desvalor¹⁸.

§ 2. De la inducción y el auxilio al suicidio

Artículo F. *El que induzca a otro a suicidarse o, con conocimiento de causa, le preste auxilio para que se suicide, sufrirá la pena de prisión de 3 a 7 años.*

Las penas previstas en este artículo sólo se impondrán si el suicida muere.

Tal como en el Anteproyecto de CP de 2005, “se reproduce la fórmula del actual artículo 392, entendiendo que la limitación subjetiva y la condición objetiva de punibilidad que contempla son suficientes para evitar una desmesurada punibilidad de esta clase de hechos”.

La incorporación de las hipótesis de inducción obedece a que no es más que otra forma de participación en el hecho de otro, que aunque generalmente es considerada más grave que la sola colaboración y sancionada con igual pena que al autor, en relación con la conducta atípica del suicidio basta con que sea considerada una forma de participación punible con penas similares a las otras formas de participación.

§ 3. Del aborto

Para lo que aquí interesa, el aborto consiste en matar a un ser humano antes de su nacimiento, bien en el claustro materno, bien provocando su expulsión prematuramente cuando no está en condiciones de viabilidad extrauterina. En otras palabras, el aborto constituye un delito contra una vida cuyo titular es el nonato. Sobre este punto existe un enorme consenso¹⁹, aunque luego se cuestione cuáles son las características biológicas que

¹⁸ Al punto que en México, por ejemplo, se impide proceder contra quien culposamente ocasione la muerte de esas personas (art. 321 bis) salvo que el autor se encuentre bajo los efectos de bebidas alcohólicas, de estupefacientes o psicotrópicos.

¹⁹ En la doctrina penal chilena, aunque las definiciones son variadas y en ocasiones se ha puesto el acento en la interrupción del embarazo, subyace esa idea, lo que es reconocido también por quien tiene una opinión contraria: Guzmán Dalbora: *REJ* 2012, 35. Vgr., las definiciones de DEL RÍO, “expulsión o extracción del producto de la concepción, en cualquiera época de la vida intrauterina”; GARRIDO MONTT, “interrupción del proceso de

permiten identificar a un individuo de la especie humana y desde cuándo están presentes, si ese ser humano es persona y tiene derecho a la vida, desde cuándo es procedente su protección penal y las características particulares que pueden asumir las normas en atención al sujeto que realiza la conducta, la relevancia jurídica que se le puede asignar a las situaciones de inexigibilidad, etc.

La propuesta se estructura sobre la base de que el objeto de protección es la vida de un ser humano, y que todo individuo perteneciente a la especie humana ha de gozar del mismo reconocimiento que cualquier otro, sin que sea legítimo discriminar por edad, apariencia, actualidad de la conciencia, ni otros criterios semejantes. “Toda vida humana, sin excepción alguna, se encuentra resguardada por la ley penal, por precaria que sea, no interesa su intensidad, su mayor o menor fuerza, plenitud o el tiempo que tiene o le queda”²⁰. Esto explica que el aborto se ubique inmediatamente a continuación del delito de homicidio, figura con la que tiene una especial afinidad, salvo algunas diferencias derivadas de las particularidades que ofrece esta etapa del desarrollo del ser humano en íntima conexión con su madre.

Artículo G. *El que mate a un ser humano en cualquier etapa de su desarrollo hasta su nacimiento, será castigado con la pena de prisión de 3 a 7 años.*

Si el aborto se comete sin el consentimiento de la gestante, o se hubiere obtenido su consentimiento mediante violencia, amenaza o engaño, la pena será prisión de 5 a 7 (10) años.

Se propone una figura de aborto que, a diferencia de la actual, describa la conducta penalmente prohibida. En este sentido, se hace explícito el criterio mayoritariamente compartido de que el delito consiste en matar al *feto* o *producto de la concepción*. No se emplean estas expresiones porque la expresión *feto* es ambigua, coloquialmente designa al ser humano en todas sus etapas de desarrollo pero técnicamente corresponde al momento en que completa su desarrollo embrionario; y la referencia al *producto de la concepción* pierde de vista su humanidad. Por eso es preferible una referencia directa a la existencia de un ser humano, cuya vida es el objeto de protección.

El ámbito de aplicación de la figura termina con el nacimiento, es decir, la salida del vientre materno. Una posibilidad equivalente, es referirse a que haya “*finalizado el proceso del parto*”. La opción por este momento se basa, en primer lugar, en razones de seguridad jurídica: la completa expulsión es un momento bien definido, a diferencia de lo que ocurre con el parto en que es muy difícil precisar cuándo se inicia, para lo cual no basta con constatar que existan contracciones uterinas. En segundo lugar, porque hasta dicho momento existe esa particular conexión con la madre que está en la base del especial tratamiento del aborto.

gestación mediante la destrucción o muerte del producto de la concepción”; LABATUT, “destrucción del producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina, ya sea por la expulsión violenta del embrión o feto o por su destrucción en el vientre de la mujer”; ETCHEBERRY, “muerte inferida al producto del embarazo que aún no es persona”; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, “interrupción del proceso de gestación con la muerte consiguiente del producto de la concepción, dentro o fuera del cuerpo de la madre”; POLITOFF/GRISOLÍA/BUSTOS, “dar muerte al feto”.

²⁰ GARRIDO MONTT, *El homicidio y sus figuras penales*, Santiago, 1976, p. 11.

La dificultad para delimitar el momento en que se paso del aborto al homicidio no es sino un reflejo de la identidad esencial en el sujeto pasivo de ambos delitos²¹; un antecedente importante a la hora de fijar el régimen legal aplicable a cada figura, que no puede ser muy diverso tratándose de la protección de un bien jurídico esencialmente equivalente: la vida de un ser humano.

Ahora bien, la pena que se asigna a un ilícito no esté determinada exclusivamente en razón del bien jurídico que busca proteger, sino que también por muchos otros factores. El delito de aborto contempla una penalidad inferior a la que corresponde al homicidio fundamentalmente porque en este último existe un mayor juicio de reproche, toda vez que quien mata a otro ser humano al que puede fácilmente confrontar como un *igual*, es más culpable que quien mata a un ser humano al que no puede reconocer sensorialmente de modo directo. En una perspectiva social, tampoco puede desconocerse que el aborto no provoca la misma sensación de inseguridad que el homicidio pues no es un delito respecto del cual los ya nacidos puedan ser víctimas. Que la víctima sea un ser humano indefenso no puede considerarse para agravar la conducta dada su inherencia al hecho.

Se contempla una penalidad mayor si se actúa sin el consentimiento de la mujer o si este concurre viciado, pues entonces existe una intervención en el cuerpo de la mujer que además implica una puesta en peligro de su salud y su vida, que no ha sido autorizada. Pero no se incluye un supuesto de aborto cometido con violencia, pues si se emplea este medio y se afecta la salud de la mujer, la situación habrá de resolverse conforme a las reglas concursales.

Artículo H. *Al facultativo que, abusando de su oficio, intervenga en un aborto, además de las penas que le correspondan de conformidad con el artículo anterior, se le impondrá la de inhabilitación temporal para el ejercicio de su profesión...*

Se mantiene una figura agravada para los profesionales de la salud. El sujeto activo se describe como el *facultativo* manteniendo la expresión tradicionalmente empleada en nuestra legislación, que si bien conserva un cierto grado de indeterminación, ofrece la flexibilidad necesaria para abarcar los supuestos en que se da el fundamento de esta agravación. Por lo demás, como se asocia exclusivamente a la sanción de inhabilitación para el ejercicio de su profesión, solo es aplicable a profesionales.

El fundamento de esta disposición es que los facultativos tienen conocimientos especializados destinados a conservar la vida de sus pacientes, no a destruirla. Es el mal uso de su disciplina, la infracción de deberes jurídicos específicos, lo que se sanciona con la inhabilitación para seguir ejerciendo su profesión.

Aunque se ha sostenido que agravar la intervención del facultativo sería un contrasentido, toda vez que gracias a ella disminuye el riesgo para la vida y la salud de la mujer, se estima que esto se ve “compensado” porque en su caso no se presenta –al menos no con la misma intensidad– ese relativo desconocimiento sobre la cualidad de ser humano del objeto de su comportamiento, que fundamenta la menor penalidad del aborto contemplado en el artículo G.

²¹ Que resulta especialmente compleja en los casos de maniobras prenatales contra la vida o la salud con resultado de muerte o lesiones del nacido vivo.

La referencia a una actuación *abusando de su oficio* alude, en primer lugar, a que el facultativo actúe en su calidad de tal, ejerciendo la actividad que le es inherente en su condición de profesional de la salud; además, por tratarse de una actuación *abusiva* la disposición solo puede aplicarse cuando se interviene con dolo directo. Y por último, se hace una remisión a la *lex artis*, que permite afirmar que la realización de conductas terapéuticas respecto de la madre que ocasionan la muerte del feto no configuran el delito de aborto, porque son parte del ejercicio legítimo, no prohibido, de la médica (que se trate de situaciones de atipicidad porque no es objetivamente imputable un comportamiento de riesgo prohibido, o que sean parte del ejercicio legítimo de la profesión médica es algo que podrá analizarse después).

Artículo I. *Cuando los hechos a los cuales se refieren los artículos anteriores se realicen imprudentemente, se castigarán de conformidad con los artículos...*

Tratándose de un bien tan valioso como es la vida de un ser humano, queda justificado sancionar las conductas imprudentes. La necesidad de su punición ha quedado especialmente de manifiesto en situaciones de negligencia médica en las últimas etapas del embarazo, con resultado de muerte para el todavía nonato.

Artículo J. *La mujer que comete su aborto o consiente que otra persona se lo realice, será castigada con prisión de 3 a 5 años.*

La mujer se encuentra en una situación bien particular. Por una parte, ella tiene especiales deberes de protección respecto de la vida del ser humano que se desarrolla en su vientre, pero por otra, someterse a un aborto significa una situación de peligro para su vida y su salud; además comporta con extraordinaria frecuencia una serie de consecuencias lesivas para ella —una especie de “pena natural”—, especialmente de carácter psicológico²², y puede aceptarse una presunción de derecho respecto de la concurrencia de algún grado de exigibilidad disminuida. Por estas razones no se considera a su respecto una agravación de la pena, como en el Código actual, sino que incluso se reduce su límite superior en relación con la pena aplicable a cualquier otro tercero.

Podría haberse eliminado la referencia a la hipótesis en que la mujer *consiente que otra persona* realice el aborto, pues en estos casos se le puede imputar a ella una omisión equivalente en gravedad a la conducta activa, pero se ha preferido mantenerla para no generar dudas sobre la posibilidad de subsumirla en el tipo.

La disposición relativa a la mujer se incluye después de la que se refiere a los supuestos de imprudencia, pues respecto de la mujer la punición —extraordinaria— de la imprudencia no resulta conveniente.

Artículo K. *Si el que interviene en el aborto lo hubiere hecho estando sometido a extraordinarias condiciones de motivación, se podrá atenuar su responsabilidad o eximir de pena, según la gravedad de las circunstancias.*

En derecho comparado se ha extendido un sistema de indicaciones o plazo para declarar impune el aborto cometido en ciertas circunstancias especiales. El rol dogmático que se le asigna a estas indicaciones suele ser de causas de justificación, aunque en ciertas hipótesis

²² Con estadística convincente, COLEMAN, “Abortion and mental health: quantitative synthesis and analysis of research published 1995–2009”, en *BJPsych*, 2011, pp. 180-186.

y de conformidad a la forma en que se consagran en las legislaciones respectivas eso puede resultar más o menos controvertido.

La propuesta no contempla esa clase de disposiciones porque se estima que, de concurrir, ellas no pueden constituir más que causas de exculpación cuya intensidad habrá de valorarse en cada caso. Los supuestos de aborto terapéutico –sin incluir las intervenciones terapéuticas sobre la madre que puedan tener como efecto indirecto la muerte del feto, pues ellas son parte del ejercicio legítimo de la medicina en un nivel que permite excluir, incluso, la imputación objetiva del riesgo generado por la prestación terapéutica–, aborto “ético”, aborto eugenésico, etc., son expresión de especiales circunstancias que generan una verdadera situación de inexigibilidad de otra conducta. No corresponde tratarlos como causas de justificación, porque el interés que representa la vida de un ser humano inocente no puede resultar, sin más, postergado en razón de otros intereses, por muy sublimes que fueran. Eso supondría suponer que existen seres humanos de distinto valor, lo que configura una discriminación inaceptable.

Por lo demás, si una situación extrema de inexigibilidad se “traslada” al juicio de antijuridicidad argumentando que el Derecho no puede imponer un deber que supere lo que es exigible cumplir, lo mismo habría de ocurrir en todas las hipótesis de inexigibilidad aceptadas en general para eximir de responsabilidad penal, lo que implica confundir las categorías dogmáticas y su fundamento.

Con todo, la base objetiva patente sobre la que se sustentan estas situaciones así como su relativa mayor frecuencia en el delito de aborto, hacen conveniente que se las mencione expresamente en la regulación de este delitos con el objeto de que el juez las analice con mayor atención, asignándoles un efecto atenuatorio o eximente según la intensidad. La mención, en consecuencia, es una remisión a las normas generales que quiere poner *énfasis* en una mayor plausibilidad de las mismas.

Estas causas de exculpación son aplicables, obviamente y en primer lugar, a la mujer, pero también a los terceros incluso si se trata de médicos u otros profesionales de la salud, pues la inexigibilidad penal no se debe reducir a situaciones de coacción psíquica como fenómeno ontológico sino que lo decisivo es el conflicto de motivos inherente a la situación de necesidad, el que debe valorarse objetivamente²³.

Artículo L. *Si el aborto se comete cuando el ser humano en gestación ya está en condiciones de viabilidad extrauterina, se agravará la pena...*

Los avances de la medicina hacen que la viabilidad del feto se haya ido adelantando paulatinamente a las 22 ó 23 semanas de gestación. Cuando el delito se comete a partir de esta etapa de desarrollo resultan cada vez más reducidas las consideraciones sobre la culpabilidad disminuida propia del delito de aborto en comparación con la del homicidio, no solo porque la apariencia física del ser humano en desarrollo, sino también porque se conoce que ya es posible adelantar el parto con sobrevivencia del feto. Actuar conociendo estas circunstancias hace más reprochable la conducta.

²³ SILVA SÁNCHEZ, “Sobre las actuaciones en una *situación de necesidad* que no implican deberes de tolerancia”, en Luzón/Mir, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Madrid, McGrawHill, 1999, p. 175

§ 4. Del abandono de personas desvalidas y la omisión de socorro

Por el especial valor del bien jurídico penalmente protegido, es conveniente incluir figuras de peligro para la vida (y para la salud), pero simplificando su redacción. Para superar las actuales discusiones doctrinales en orden a si es necesario que exista una situación de peligro para estos bienes, se exige expresamente en cada tipo. La distinción entre las figuras de abandono y las de omisión de socorro radica fundamentalmente en que “*en el abandono, el delito consiste en crear un peligro; en la omisión de socorro, en no remediarlo*”²⁴.

No se contemplan figuras cualificadas por la producción de un resultado, pues entendemos que de producirse dicho resultado habrá que determinar eventualmente la configuración de otro delito con el cual existen diversas relaciones concursales con estas figuras de peligro que habrán de resolverse como concurso aparente o ideal según la gravedad del resultado y la posición subjetiva del autor respecto de este.

Artículo M. *El que abandone a una persona que no esté en condiciones de valerse por sí misma, exponiéndola a una situación de peligro de muerte o de grave perjuicio a su salud, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años.*

En lugar del casuismo propio de nuestra actual normativa, resulta preferible aludir a la realidad normativa que existe detrás de las actuales distinciones. Lo relevante es que se trate de una persona que por su edad, enfermedad, incapacidad o lo que fuere, no puede valerse por sí misma.

Aunque no se exige expresamente una calidad especial, se entiende que el delito solo puede ser cometido —solo puede abandonar— por quien tiene a la víctima bajo su cuidado.

Artículo N. *El no socorrere a una persona que se halle desamparada y en peligro grave para su vida o su salud, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años.*

Si quien omite el socorro es personal en servicio de Carabineros, de la Policía de investigaciones, de Gendarmería de Chile, de las Fuerzas Armadas, de los servicios públicos o privados de salud, se agravará la pena...

El delito de omisión de socorro o auxilio tiene “su razón de ser en la infracción de un deber general de asistencia al prójimo, que nace con la sola situación de peligro en que éste se encuentra”.

No parece justificado limitar la procedencia de la figura a supuestos en que la víctima se encuentre fuera del radio urbano de una ciudad o poblado, pues lo que interesa es que exista una situación de desamparo —imposibilidad o escasa probabilidad de conseguir ayuda de otro modo— y de grave peligro.

Se contempla una sanción agravada para quienes tienen deberes calificados de solidaridad, mayores que los que puede exigirse al común de los ciudadanos.

²⁴ ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, IV, p. 18.

§ 5. De las lesiones²⁵

Las figuras de lesiones aparecen como delitos contra la salud individual, entendida como el buen funcionamiento del cuerpo humano en su aspecto físico y psíquico, respecto del cual la integridad corporal es solo un aspecto.

La afectación del bien jurídico ha de servir como criterio de interpretación de las diversas figuras, de modo que no se incluyan en ellas las meras vías de hecho, la disminución de la integridad corporal que no suponga un menoscabo de la salud, ni las intervenciones médicas que se realizan beneficiándola.

Artículo O. *El que lesione a otro con menoscabo de su salud física o mental o de su integridad corporal será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años.*

Siguiendo la tradición continental²⁶, el delito de lesiones debe configurarse como uno de resultado, que requiere un daño en la salud, aunque éste no sea necesariamente un detrimento corporal. La redacción propuesta va en esa dirección al emplear el término *lesionar*, que está necesariamente unido a la producción de un cierto resultado, la *lesión*, tal como el verbo matar se relaciona con la producción de la muerte; y por el nombre del título en que se incluye: *delitos contra la salud*. Las meras vías de hecho pueden ser suficientes para configurar el delito si afectan la salud, la que en este caso será en su dimensión psíquica. Si no implican resultado alguno, no configurarían el tipo.

Considerando la discusión que provocó este aspecto en el foro penal para el anteproyecto de 2005 y a fin de evitar dudas, se incluye la referencia expresa al detrimento del bien jurídico. No se consideran otras redacciones que podrían restringir injustificadamente la posibilidad de hipótesis omisivas (como la propuesta en ese entonces: *El que mediante agresión física o fuerte presión psicológica, causare a otro un intenso dolor corporal, o un efectivo menoscabo a su salud física o mental*).

Con todo, una posibilidad alternativa sería: *el que infiere²⁷ a otro un daño en su salud física o mental*, de este modo la referencia al detrimento del bien jurídico sería explícito, utilizando un verbo rector que no es incompatible con la omisión.

El comportamiento que solo provoca un intenso dolor, sin que importe menoscabo a la salud o detrimento corporal, no tendría la gravedad para ser subsumido en este tipo sin perjuicio que pueda configurar un eventual delito de torturas.

²⁵ Párrafo redactado, fundamentalmente, sobre la base del Anteproyecto de Código penal de 2005 y una propuesta sobre tipificación de los delitos de lesiones del prof. Mauricio Rettig, a quien agradezco especialmente su colaboración.

²⁶ Así en Alemania, España, Italia, etc.; ni siquiera Francia es excepción, pues cuando castiga el ejercicio de violencia lo hace siempre en relación con algún resultado (muerte, mutilación, invalidez, incapacidad laboral); incluso en el supuesto de violencia habitual, la pena se regula en función del resultado, exigible también en el supuesto menos grave que se refiere a que las violencias “no hayan causado una incapacidad laboral total de duración superior a ocho días”, lo que bien puede interpretarse como que hayan causado dicha incapacidad, pero por un tiempo inferior al indicado (art. 222-14).

²⁷ *Inferir*, según la RAE significa: 1. Sacar una consecuencia o deducir algo de otra cosa; 2. Llevar consigo, ocasionar, conducir a un resultado; y 3. Producir o causar ofensas, agravios, heridas, etc.

Artículo P. *La pena será de prisión de 3 a 5 años, si la conducta se realiza utilizando armas u otros medios idóneos para provocar alguna de las lesiones del artículo siguiente.*

Dentro de un contexto regulativo en que la referencia a un resultado resulta imprescindible, se hace necesario volver la mirada al desvalor de conductas especialmente peligrosas, aunque no lleguen a provocar lesiones de la gravedad del artículo siguiente. La penalidad en estos supuestos ha de ser similar a la de tentativa de dichas lesiones, la que se podría afirmar –si se acepta que pueda concurrir tentativa con dolo eventual— por el hecho de emplear medios aptos para ello.

Artículo Q. *El que lesione a otro con menoscabo de su salud física o mental o de su integridad corporal que consista en:*

1º. Enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, impotencia, pérdida o impedimento de algún miembro importante, deformidad notable, o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, será castigado con la pena de prisión de 5 a 12 años.

2º. Una grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales, que no alcancen la entidad de las señaladas en el número anterior, será castigado con la pena de prisión de 5 a 7 años.

Existe acuerdo doctrina en que recurrir a un criterio basado en la duración de la enfermedad o incapacidad ocasionada a la víctima es demasiado impreciso y contingente. Pero parece imprescindible establecer una agravación del delito en función del resultado que resulte imputable –objetiva y subjetivamente— al comportamiento del autor. La propuesta recoge, en ese sentido, lo estipulado en el Anteproyecto de 2005, por entenderla comprensiva de las situaciones que ameritarían un tratamiento especial.

Artículo R. *En los delitos de lesiones del artículo anterior y cuando el resultado fuere irreversible, el mero consentimiento del ofendido emitido expresamente en forma previa, válida, libre, espontáneamente servirá únicamente para atenuar la pena en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.*

Esta disposición tiene como modelo el art. 155 del CP español, pero variando parcialmente sus efectos, pues la normativa española solo concede efecto atenuatorio al consentimiento respecto de las lesiones, sin hacer ninguna distinción, esto es, cualquiera sea la gravedad de las lesiones. Esta propuesta, en cambio y en forma equivalente a como se propuso para el homicidio, parte de la base de que es necesaria una prohibición genérica respecto de la intervención de terceros, cuando se trata de causar lesiones graves e irreversibles, aun cuando el ofendido consienta en ello. La penalidad es atenuada, pues se entiende que existe, al menos, una menor culpabilidad.

Cuando se trata de lesiones de menor gravedad o las consecuencias para la salud no son irreversibles, *a contrario sensu*, el consentimiento puede tener valor eximente.

Pero además, la redacción propuesta procura delimitar la aplicabilidad de este artículo a los casos en que no concurre más que el consentimiento. Si, por el contrario, se trata de otras situaciones discutidas como los tratamientos médicos, intervenciones con finalidad estética, lesiones deportivas, etc., bien pueden quedar eximidas de pena en atención a otras consideraciones que concurren junto al consentimiento del afectado.

En particular, cuando se trata de intervenciones médicas, parece mejor que su regulación se reserve para la normativa específicamente referida a la actividad médica. En cualquier caso, si se quisiera incluir alguna disposición particular, esta debería regular la materia de modo similar a como lo hace la Ley N° 20.854, pero desde la perspectiva del facultativo. Es decir, prohibiendo que los profesionales de la salud puedan someter a un paciente a un *tratamiento* sin contar con su consentimiento. Más que un reconocimiento de la supuesta disponibilidad del bien jurídico, de lo que se trata es de un principio general, reconocido incluso como una obligación de derecho natural, en cuanto la integridad del cuerpo debe entenderse también como respeto a la voluntad personal de impedir toda injerencia extraña en aquél contra su voluntad.

Artículo S. *La pena por las lesiones será, respectivamente, agravada cuando concurra algunas de las circunstancias o relaciones descritas en los artículos B y C.*

Artículo T. *El que lesione a otro por imprudencia, será castigado de conformidad con los artículos...*

Artículo U. *El que lesione a un ser humano antes de su nacimiento, afectando gravemente su normal desarrollo o provocándole un grave problema físico o psíquico será castigado con la pena de prisión de 3 a 5 años.*

Las lesiones al no nacido son injustificadamente impunes en nuestra legislación. El artículo propuesto viene a llenar ese vacío existente, que se hace más evidente teniendo en cuenta que se trata de una forma de afectar la salud que, por el periodo especialmente sensible en que se comete, se va a manifestar en su vida después de su nacimiento. Para no ampliar desmesuradamente la extensión del tipo y por los problemas probatorios que podría significar la inclusión de otras conductas, se limita únicamente a las más graves, en que se afecta gravemente el desarrollo o se provoca un grave problema a su salud.

Se reproducen aquí las consideraciones realizadas para la figura de aborto, que recomiendan una pena menor que la establecida en los delitos de lesiones cometidos sobre sujetos ya nacidos.

Artículo V. *El que cometiere el hecho descrito en el artículo anterior por imprudencia grave, será castigado...*

La madre no será sancionada a tenor de este precepto.

La posibilidad de lesionar imprudentemente a un ser humano no nacido, incluso en el marco cada vez más frecuente de intervenciones médicas sobre el feto, amerita que se contemple un tipo especial para regular penalmente estas conductas.