



Revista de Derecho - Universidad
Católica del Norte
ISSN: 0717-5345
revistaderecho@ucn.cl
Universidad Católica del Norte
Chile

Milos Hurtado, Paulina
LAS PROFESIONES "ANÁLOGAS" EN EL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE LA
MEDICINA DEL ARTÍCULO 313 A) DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. PROPUESTA
PARA SU DETERMINACIÓN

Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 19, núm. 1, 2012, pp. 197-239
Universidad Católica del Norte
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041343006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

LAS PROFESIONES “ANÁLOGAS” EN EL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA DEL ARTÍCULO 313 A) DEL CÓDIGO PENAL CHILENO. PROPUESTA PARA SU DETERMINACIÓN*

PAULINA MILOS HURTADO**

RESUMEN: El artículo 313 a) del Código Penal sanciona el ejercicio ilegal de las profesiones médicas y contempla como tales a las descritas expresamente en el tipo y a todas aquellas que sean “análogas”, en cuanto se vinculen con “la ciencia y arte de curar y prevenir enfermedades del cuerpo humano”. La precisión de este delito presenta varios problemas y uno de los más relevantes es justamente la extensión de este ejercicio ilegal en una época caracterizada por el aumento de la diversidad de las profesiones que concurren a la atención en salud. De allí que este estudio, a modo de limitar el alcance del tipo penal, se ocupe de construir ciertos criterios que sirvan de guía para determinar aquellas profesiones que sean “análogas” y por tanto susceptibles de ser ejercidas ilegalmente conforme al artículo 313 a).

PALABRAS CLAVE: Ejercicio ilegal de la profesión, medicina, intrusismo, profesiones análogas, interpretación analógica.

SIMILAR PROFESSIONS IN THE CRIME OF ILLEGAL EXERCISE OF THE MEDICAL ACTIVITY. ARTICLE 313 OF THE CHILEAN PENAL CODE. MOTION FOR ITS DETERMIANTION.

ABSTRACT: Article 313 a) of the penal code punishes the illegal practice of medical professions and as such provides expressly described in the type and all those that are “similar” as to engage with “the science and art of healing and guard against human diseases”. The accuracy of this crime presents several problems and one of the most important is precisely the extent of this illegal practice in an era characterized by the increasing diversity of professions that are related to health care. Hence, this study, in

* Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2011.

Fecha de aceptación: 28 de diciembre de 2011.

** Abogada. Directora del Programa de Magíster en Derecho de la Salud, Universidad de los Andes, Santiago-Chile. Correo electrónico: pmilos@uandes.cl

a way to limit the criminal scope, it is about to build certain criteria to serve as a guide in determining those professions that are “similar” and therefore capable of being performed illegally under article 313 a).

KEY WORDS: Illegal practice of the profession - medicine - intrusion - similar professions - analogical interpretation

INTRODUCCIÓN

En nuestro medio existen dos ilícitos penales para sancionar el ejercicio ilegal de una profesión. El primero de ellos –genérico– relativo al ejercicio ilegal de cualquier profesión se encuentra establecido en el Título IV del Libro II, párrafo 8 del Código Penal, *Del ejercicio ilegal de una profesión y de la usurpación de funciones o nombres*, en el artículo 213, y el segundo –específico– referido a las profesiones de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otras de características análogas, en el artículo 313 a) del párrafo 14 del Título VI del Libro II, relativo a los *Crímenes y simples delitos contra la salud pública*¹.

Al no manifestar el legislador taxativamente las profesiones comprendidas en el artículo 313 a) se plantea la interrogante sobre cuáles de las profesiones que concurren a la atención en salud quedan comprendidas en el tipo. En este sentido, cabe preguntarse ¿son todas las intervenciones profesionales en salud idóneas para poner en riesgo la salud pública?; ¿la ciencia y arte de prevenir y curar las enfermedades del cuerpo humano, que exige el tipo penal es el ámbito de relación común a todas ellas?;

¹ El artículo 213 establece el delito de ejercicio ilegal de una profesión en los siguientes términos: “El que se fingiere autoridad, funcionario público o titular de una profesión que, por disposición de la ley, requiera título o el cumplimiento de determinados requisitos, y ejerciere actos propios de dichos cargos o profesiones, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de seis a veinte sueldos vitales. El mero fingimiento de esos cargos o profesiones será sancionado como tentativa del delito que establece el inciso anterior”. A su vez el artículo 313 a) recoge el ejercicio ilegal de la medicina del siguiente modo: “El que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativa a la ciencia y arte de prevenir y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito, será penado con presidio menor en su grado medio y multa de seis a veinte sueldos vitales. Para estos efectos se entenderá que ejercen actos propios de dichas profesiones: 1º El que se atribuya la respectiva calidad. 2º El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad. 3º El que habitualmente realice diagnósticos, prescribiere tratamientos o lleve a cabo operaciones o intervenciones curativas de aquellas cuya ejecución exige los conocimientos o las técnicas propios de tales profesiones. Las disposiciones de este artículo no se aplicarán en ningún caso a quienes prestaren auxilios cuando no fuere posible obtener oportuna atención profesional. En las mismas penas incurrirá el que preste su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo”.

¿cuáles son los elementos que permiten determinar las profesiones análogas a las que el tipo predica? En definitiva, ¿cuáles son las profesiones análogas aptas para configurar el delito de ejercicio ilegal del artículo 313 a)?

Resolver estas y otras interrogantes cobra relevancia en la práctica donde se aprecia un aumento de las profesiones en ese ámbito. En este contexto de la medicina, observamos un cambio de escenario, al que concurre un sinnúmero de nuevas titulaciones, que corresponden tanto a las profesiones que requieren de un *título profesional* para su ejercicio, como también para las profesiones auxiliares a las que les es exigible una *autorización de la autoridad sanitaria o un título de carácter técnico*. Es preciso adelantar que entre estas últimas encontramos aquellas que conforman el equipo de atención en salud tradicional (auxiliar paramédico, dental o de enfermería) y las “profesiones auxiliares de la salud” referidas a las prácticas médicas alternativas (acupunturistas, homeópatas), cuyo ejercicio ha sido recientemente autorizado en nuestro país, mediante disposición ministerial².

De este complejo y dinámico cuadro surgen las llamadas *profesiones de la salud* que representan el conjunto de profesiones que interactúan en la atención de pacientes³. Esta denominación es de uso frecuente en el ámbito académico y hospitalario, tanto nacional como extranjero. Si bien se entiende qué profesiones cabrían bajo este título, no existe unanimidad en su determinación. Así, tan solo a modo de ejemplo, la Resolución 27 de 2004 del Grupo Mercado Común, relativa a la formación de un registro llamado “Matriz mínima de registro de profesionales de salud del MERCOSUR”, en un principio no define las profesiones que la conforman y lo deja a cada país miembro⁴. A la luz de esta directriz, Argentina, entre otros países, define un conglomerado heterogéneo de aproximadamente 30 profesiones de grado universitario, 45 de carácter técnico y 17 formaciones auxiliares⁵. Luego, el Grupo Mercado Común teniendo

² Véase REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LAS cticas médicas alternativas como profesiones auxiliares de la salud, y de los recintos en que estas se realizan. Dto. N.º 42 de 2004. Publicado en el *Diario Oficial* de la República de Chile, Santiago, Chile, 17 de junio 2005 Disponible en: http://juridico1.minsal.cl/42_2004.doc, en línea [fecha de visita 8 de febrero de 2010].

³ Adaptado de DS.4192 de 201º D.M.S. Ediciones Jurídicas-Colombia. Disponible en: <http://www.dmsjuridica.com/CODIGOS/LEGISLACION/decretos/2010/4192.htm> [fecha de visita 4 de febrero de 2010]

⁴ GRUPO MERCADO COMÚN, Resolución 27 de 2004 relativa a la formación de un registro llamado “Matriz mínima de registro de profesionales de salud del MERCOSUR”. Disponible en: <http://www.mercosur.org.uy/show?contentid=598>. en línea [fecha de visita 8 de febrero de 2010].

⁵ ARGENTINA. MINISTERIO DE SALUD Y AMBIENTE (2005): Resolución N. º 604/2005 Incorporase al ordenamiento jurídico nacional la Resolución Grupo Mercado Común N. º 27/2004. Disponible en: http://www.puntoprofesional.com/P/0720/MS_604-05.HTM[fecha de visita 8 de febrero de 2010]

presente que el concepto de “profesionales de la salud” no es el mismo en todos los Estados Partes, señala las profesiones de formación universitaria común a los países miembros: médico, farmacéutico, bioquímico, odontólogo, enfermero, nutricionista y psicólogo⁶.

En Chile la Superintendencia de Salud (SIS), con fines de certificación profesional, mantiene un Registro Nacional de Prestadores Individuales de Salud (RNPI), el que comprende 12 profesiones titulares y un número un poco inferior de profesiones técnicas y auxiliares. El criterio de inclusión en el RNPI es amplio, considera tanto aquellas profesiones que requieren de un *título profesional* para su ejercicio como las que se ejercen mediante *una autorización oficial o título técnico*. A modo de ilustrar sobre el contenido del RNPI diremos que entre las *profesiones titulares* incluye las profesiones de médico-cirujano, cirujano dentista, farmacéutico y bioquímico, explicitadas en el artículo 313 a), como también otras tales como las de enfermero, tecnólogo médico, kinesiólogo, nutricionista⁷. Y, entre las *profesiones auxiliares*, considera las *profesiones auxiliares de las titulares*, como es el caso, entre otros, del auxiliar de enfermería y las *profesiones auxiliares de la salud*, entre las que encontramos las profesiones derivadas de la medicina alternativa o complementaria, como lo son las profesiones de acupunturista y homeópata.

Al momento de indagar acerca de qué profesiones son realmente análogas según los términos del artículo 313 a) del Código Penal, se deberá tener presente también el artículo 213 del mismo código, especialmente frente a las nacientes profesiones de la salud, que podrán estar sujetas al tipo especial que examinaremos o a aquel más general, o a ninguno de los dos.

Como veremos a lo largo de este trabajo son varios los problemas que nos plantea el artículo 313 a). Del abanico de interpellaciones que se nos presentan, en consideración a su falta de claridad e importancia jurídico - penal, nos concentraremos en cuestiones básicas para dilucidar cuáles son aquellas profesiones análogas a las que el legislador hace extensiva la conducta del ejercicio ilegal.

Con este fin, hemos dividido este trabajo en cuatro apartados. En el primero examinaremos los antecedentes legislativos del artículo 313 a) y las particularidades del delito; en el segundo los aspectos normativos del tipo de modo de definir las “profesiones de la salud” y sus caracte-

⁶ MERCOSUR, Resolución N.º 66 de 2006, sobre las Profesiones de la Salud del MERCOSUR Disponible en: http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Resoluciones/ES/RES%20066-006_ES_Profesiones%20Comunes.PDF[fecha de visita 8 de febrero de 2010]

⁷ REGLAMENTO SOBRE LOS REGISTROS RELATIVOS A LOS PRESTADORES INDIVIDUALES DE SALUD, aprobado por el D.S. N.º 16, de 2007, del Ministerio de Salud. Chile Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/w3-propertyvalue-3008.html>[fecha de visita 10 de febrero de 2010]

rísticas. De ambas partes pretendemos sustraer las bases para establecer los criterios que nos permitan determinar en qué caso una profesión será considerada “análoga” a las señaladas en el tipo penal. En la tercera parte nos abocaremos a definir los alcances del vocablo “análogas” que utiliza el legislador de modo de establecer cómo se relacionan las profesiones expresadas en el tipo con las supuestas análogas. La cuarta parte se reserva directamente para presentar los criterios de análisis y solución para enfrentar el problema. Por último, agregaremos un párrafo con las consideraciones finales.

1) GENERALIDADES SOBRE EL EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA Y LAS PROFESIONES ANÁLOGAS

1.1.) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Sin que signifique un estudio especial, quizás una mirada retrospectiva a la figura penal del ejercicio ilegal de la medicina nos ilustre sobre su naturaleza, sentido y alcance. A partir del s. XV se observan grandes transformaciones en la educación médica, en la regulación de las profesiones vinculadas a la salud y, principalmente, se instala el paradigma de la medicina científica moderna⁸. España, Francia e Inglaterra dictan cartas de reconocimiento y garantía para el ejercicio de la medicina y de las profesiones afines. Con este fin, en España, los Reyes Católicos promulgan la ley del 30 de marzo de 1477 que crea el Tribunal del Protomedicato (cuerpo técnico encargado entre otras funciones de vigilar el ejercicio de las profesiones sanitarias)⁹. Esta institución luego tendrá gran trascenden-

⁸ La máxima expresión de la medicina científica lo constituye - a partir de los años setenta del siglo XX - un nuevo enfoque para la práctica de la medicina denominado Medicina Basada en la Evidencia (MBE) la que según SACKETT se traduce en el uso consciente, explícito y juicioso de la mejor evidencia (pruebas científicas) actual en la toma de decisiones sobre el cuidado individual de los pacientes. SACKETT, D *et al.* (1996). “Evidence-Based Medicine: what it is and what it isn’t”. British Medical Journal 312, p. 71-72. Consultar sobre esta comunicación y publicaciones relacionadas en: <http://www.bmjjournals.com>. [fecha de visita 6 de enero de 2010] La práctica de la MBE significa integrar la competencia clínica individual con la mejor evidencia clínica externa disponible a partir de la investigación sistemática. BEDREGAL G, Paula y CORNEJO A, Carlos (2005). “El movimiento de la medicina basada en evidencia: Alcances conceptuales y teóricos. *Revista Médica de Chile* 2005, vol. 133, N° 8, p. 977-982. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872005000800015&lng=es&nrm=iso, en línea [fecha de visita 06 de enero de 2010]. Véase entre otros: <http://www.cochrane.es/?q=es/node/262>

⁹ Nos ilustran ampliamente sobre el tema una serie de artículos recogidos en la Revista *Acta Hispánica ad Medicinæ Scientiarumque Historiam Illustrandum* que trata en el Vol.16 (1996) “El Tribunal del Protomedicato en la Monarquía Hispánica, 1593-1808”. Disponible: <http://www.raco.cat/index.php/Dynamis/issue/view/8646/showToc>, en línea [fecha de visita 06 de febrero de 2010]

cia en nuestro país: en el año 1553, por primera vez en Chile, el Cabildo prohibió ejercer la medicina sin un título habilitante¹⁰.

El actual artículo 213, que rige en Chile desde la entrada en vigencia del Código Penal, en sus orígenes se inspira en su homólogo contenido en el artículo 251 del Código Penal español (1848). La disposición, en su primera época hacía referencia “al que se fingiere [...] profesor de una facultad que requiera título i ejerciere actos propios de dichos cargos o profesión”.

Según comentario de ROBUSTIANO VERA (1883) “[...] lo que aquí se limita es fingirse médico, abogado, profesor, etc. i entrar a lucrar ejerciendo actos propios de estas personas i para lo cual se requiere título”, a lo que agrega “[...] nada mas pernicioso que los curanderos i los que tienen boticas abiertas al público sin ser farmacéuticos recibidos”¹¹.

Como se puede apreciar, el delito en sus orígenes se circunscribía a las profesiones del ámbito académico, que eran de gran relevancia social, y en opinión del comentarista lo que la figura penal protegería es el lucro bajo engaño.

El mencionado artículo 213 que regía como única norma desde 1874 es modificado en el año 1969 por la Ley N.º 17.155¹², la que incorpora además el artículo 313 a), en estudio. Hasta esa fecha las sanciones para el ejercicio ilegal de las “artes curativas” se encontraban principalmente contempladas en el Código Sanitario, con multas administrativas, y en el propio artículo 213, que sancionaba en términos amplios el hecho de fingirse titular de una profesión¹³, entre las cuales se encontraban la de médico y de farmacéutico¹⁴.

Según se desprende de la historia de la Ley N.º 17.155, la incorporación del actual artículo 313 a) al párrafo sobre “Crímenes y simples

¹⁰ CRUZ COKE, Ricardo (1995). *Historia de la Medicina Chilena*. Santiago de Chile: Andrés Bello, p.59 y ss., 83, 102, 307 y ss.

¹¹ VERA, Robustiano (1883). *Código Penal de la República de Chile. Comentado por Robustiano Vera*. Santiago de Chile: Impr. de P. Cabot i Ca., p. 316.

¹² Ley N.º 17.155, que Modifica Código Penal en lo relativo a delitos contra la salud pública y códigos de procedimiento penal y sanitario. Publicada en el *Diario Oficial* de la República de Chile N.º 27.366, de 11 de junio de 1969. Inicio vigencia 15-dic.-1977. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28804&idParte=&idVersion=1977-12-15>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

¹³ Historia de la Ley N.º 17.155, Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Sesión 18^a, en miércoles 23 de noviembre de 1966. p.1686.

¹⁴ En 1915, Santiago Lazo nos comenta que las profesiones a las que se les exigía título, eran las de médico, cirujano, abogado, a partir de 1879, y a los farmacéuticos, desde 1904. En: LAZO, Santiago (1915). *Los Códigos chilenos anotados. Código Penal. Origenes, concordancias, jurisprudencia*. Santiago de Chile. Poblete Cruzat Hnos. Editores, p.186-188.

delitos contra la salud pública”, responde a una política criminal dirigida a proteger penalmente la *salud pública*, teniendo como motivación su importancia, trascendencia y falta de actualización de la legislación existente, en el convencimiento de la necesidad de la intervención del Derecho penal para su eficaz protección¹⁵.

Así, la inclusión del artículo 313 a) significó: i) la especificación del delito: las profesiones curativas ii) un cambio en su sistematización, se ubica ahora entre los atentados contra la salud pública; iii) la protección jurídico-penal de la salud pública, en cuanto bien jurídico colectivo, afectado bajo las modalidades peligro abstracto y peligro concreto; iv) la limitación del ilícito al ámbito de la formación científica; v) la demarcación del campo de acción: curar y prevenir enfermedades; vi) la ampliación del espectro tradicional de las profesiones de la salud susceptibles de ejercicio ilegal incorporadas al tipo penal bajo la fórmula extensiva –genérica y abierta– “u otra de características análogas”; y vii) la asignación de una mayor penalidad al ejercicio ilegal de la medicina y análogas, con respecto a otras profesiones, en consideración a la relevancia social que encierran sus actos y acciones respecto del bien jurídico¹⁶⁻¹⁷.

1.2.) PARTICULARIDADES DEL DELITO DEL ARTÍCULO 313 A)

El delito de ejercicio ilegal de la medicina contiene ciertas particularidades que pueden darnos luces al momento de fundamentar los criterios para determinar en qué caso una profesión podría ser considerada “análoga” a las que establece el tipo penal.

(1.2.1.) En primer lugar, la ubicación sistemática de este delito en el párrafo de los atentados contra la salud pública, nos hace pensar que el *bien jurídico-penal* –aunque no exclusivamente¹⁸– es la *salud pública*. Así lo confirma por lo demás el Mensaje que precede a la ley que incorpora este nuevo delito, al declarar que lo que la norma protege es la salud pública, dejando de manifiesto que “la salud pública uno de los bienes so-

¹⁵ Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Sesión 18^a, en miércoles 23 de noviembre de 1966. p.1683. Boletín Ley N° 17.155. La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia asume la salud pública como “el estado en que un pueblo ejerce normalmente todas sus funciones orgánicas” Sesión 41^a, en martes 5 de septiembre de 1967. p. 3471.

¹⁶ Boletín Ley N° 17.155, de 1969.

¹⁷ Es del caso precisar que el Código Penal contempla la falta del artículo 494 N.º 8 referida “al que habitualmente y después de apercibimiento ejerciera sin título legal o permiso de autoridad competente las profesiones de médico, cirujano, farmacéutico o dentista”; sancionando dicha falta con pena de prisión y multa. Sin embargo la norma se encuentra superada por el artículo 313 a), por especialidad y posterioridad.

¹⁸ En general se entiende que el delito “intrusismo profesional” o ejercicio ilegal de una profesión es un delito plurifensivo. LLORIA (2001) pp. 103-252; en especial p.141. En nuestro caso el delito del artículo 313 a) más allá de proteger la salud pública se aprecia que protege otros bienes tales como la fe pública

ciales más valiosos y que ella debe merecer preocupación preferente de los poderes públicos y especial protección del orden jurídico”¹⁹.

La salud pública se nos presenta como un bien jurídico colectivo o supraindividual. Los bienes colectivos son aquellos que conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlos y otorgarlos a los individuos por partes iguales²⁰. También se entienden como formas de protección del Derecho penal ante problemáticas que afectan a la colectividad como también a las bases y condiciones de funcionamiento del sistema²¹.

A fin de establecer un límite entre bienes jurídicos colectivos e individuales se ha usado el concepto de “no distributividad”. Así, un bien jurídico colectivo es conceptual, real y jurídicamente imposible dividir y asignar una porción de este a un individuo²². Se trata, entonces, de aquellos bienes que sirven a los intereses de la generalidad, pudiendo ser disfrutado, sin embargo, por cada miembro de la sociedad. En los bienes colectivos no existe exclusión en el uso ni rivalidad en el consumo²³.

Con todo, la salud pública es un bien jurídico de difícil comprensión y aceptación. Así, LABATUT, a pesar que en nuestro código el párrafo que recoge el artículo 313 a) hace referencia a la salud pública, señala que se debe tener en cuenta que en él solo se contemplan figuras que atentan o que ponen en peligro la salud individual y que tal denominación no significa que exista un orden público de la salud²⁴. En igual sentido, ROXIN considera que la “salud pública”, en el estricto sentido de la palabra, sería un bien jurídico ficticio, y que bajo este concepto solo cabría la salud de muchos individuos y que, por tanto, la protección de la “salud pública” no sería una causa adicional de punición²⁵. A su vez, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN atribuyen esta confusión a la mentalidad individualista con

¹⁹ Historia de la Ley N.º 17.155, Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Sesión 18^a, en miércoles 23 de noviembre de 1966. p.1683.

²⁰ ALEXY, Robert (1997) (a). *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 186-190.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007 b). *Obras Completas. Derecho Penal*. Tomo II Control Social y Otros Cambios: *Los bienes jurídicos colectivos* p110-124. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

²² HEFENDEHL, Roland (2001) “¿Debe ocuparse el Derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. (Traducción Eduardo Salazar Ortúñoz) Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19.2001. p. 150. pp.-147-158. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501> [fecha de visita 15 de enero de 2010].

²³ HEFENDEHL (2001) 150.

²⁴ LABATUT GLENA, Gustavo (2007). *Derecho Penal*. Tomo II, 7^a edición actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica, p. 115. Mensaje de S. E. el Presidente de la República. Sesión 18^a, miércoles 23 de noviembre de 1966 p.1683. Boletín Ley N.º 17.155.

²⁵ ROXIN, Claus (2004). *Problemas actuales de dogmática penal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima: ARA Editores, p.39.

la que se aprecian los bienes jurídicos cosa que se constata, claramente, en el tratamiento del bien jurídico salud pública²⁶.

ROMEO CASABONA, en cambio, considera que la salud pública, en cuanto bien jurídico penal, debe ser entendida como la salud de la colectividad, esto es, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual, la cual no tiene por qué verse afectada, pues la *ratio legis* es el riesgo general para la colectividad²⁷. Comprensión que calza con la forma en que nuestro legislador sanciona el ejercicio ilegal al no exigir daño o lesión para la salud o vida de alguna persona determinada.

En efecto, el artículo 313 a) hace punible el ejercicio ilegal de la medicina y de las profesiones análogas no por la muerte o lesión de alguien, sino por ejercer actos propios de una actividad relacionada con la medicina por persona que no cumple con los requisitos de formación necesarios para intervenir en este ámbito. Aun en casos en que ello no atente en contra la salud de personas determinadas²⁸. De este modo el tipo se consuma no obstante el intruso tenga la máxima pericia, el cliente resulte incluso beneficiado o, en su caso, haya consentido²⁹. En plena concordancia, por lo demás, con la entidad social del bien protegido, el tipo se configura incluso si los actos se realizan a título gratuito, lo que revela que no es el lucro o el patrimonio lo que se protege.

De conformidad con lo anterior encuadramos el ejercicio ilegal del artículo 313 a) entre aquellos ilícitos de incidencia colectiva que protege bienes indivisibles o supraindividuales, puramente ideales que no afectan

²⁶ Es común, dicen estos autores que a un bien jurídico individual se agregue un adjetivo generalizador y se presente como colectivo, como es el caso de la salud individual y la salud pública; en circunstancias que la denominación genérica de un bien individual no siempre será el reflejo del auténtico bien que se quiere proteger. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S (1999): *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 319.

²⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María: “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?” En ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001. p. 630. Artículo Disponible en: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero2/27.pdf> [fecha de visita 28 de diciembre de 2011]

²⁸ Según el Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia sobre la pertinencia del Proyecto de Ley, “Se trata, en consecuencia de delitos que entrañan peligro colectivo o común y que el legislador sanciona, por lo mismo que afectan a la salud de las personas en general, sin atender a si algún bien jurídico individual ha sido concretamente lesionado por la acción delitos”. Sesión 41^a, en martes 5 de septiembre de 1967. p 3472. Durante la tramitación del proyecto de ley que devino en la Ley N.º 17.155, en el mismo tenor agrega el Ejecutivo “De ahí que sean penadas sin atender a la lesión concreta que pueda haberse inferido; basta por tanto para la realización típica que se haya hecho incurrir en riesgo al bien jurídico que se protege” en Diario de Sesiones del Senado. Sesión 11.^a (Anexo de Documentos) p. 509.

²⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1998). “El delito de intrusismo”. Barcelona: Bosch, p. 50-51.

las condiciones materiales y externas³⁰, que se sanciona por *el riesgo o puesta en peligro* que genera la “intromisión” en la atención en salud. Ahora será necesario –frente a cada profesión de las supuestas análogas– tener presente la gravedad del injusto y su correspondencia con la finalidad objetiva de la norma, la que puede no ser idéntica ni absolutamente coincidente con el bien jurídico³¹. En cada caso, se deberá tratar de delitos de peligrosidad concreta, delitos de peligro potencial o lo que es lo mismo que la conducta profesional protegida encierre la aptitud de dañar³².

(1.2.2.) Se podría afirmar que el artículo 313 a) utiliza –en forma excepcional en nuestra legislación– la figura de los *delitos de peligro* y lo hace en sus vertientes *peligro abstracto*, primera y segunda hipótesis (“El que se atribuya la respectiva calidad”; “El que ofrezca tales servicios públicamente por cualquier medio de propaganda o publicidad”) y *peligro concreto*; tercera hipótesis (“El que habitualmente realizare diagnósticos, prescribiere tratamientos o llevere a cabo operaciones o intervenciones curativas [...]”). Visto así, la tercera hipótesis es la que supone la creación de una efectiva situación de peligro ya que se trata de casos donde la posibilidad de daño es concreta o posible de suponer. Aun así, el resultado no es el daño sino la puesta en peligro, la posibilidad de daño³³. A su vez, las hipótesis de peligro abstracto (1 y 2), no significa que sean totalmente inocuas ya que también encierran un potencial de lesión que no es otro que el peligro que para la salud pública significa el hecho de apartar a los enfermos del tratamiento científico formal. En cualquier caso, insistimos, no se trata de un daño sino un peligro para el bien final³⁴.

Ahora bien, puede discutirse la capacidad que encierra el ejercicio ilegal profesional, individual o específico, para lesionar la salud pública. Algunos autores plantean, en este análisis, la situación de un ejercicio ilegal no aislado, sino masivo; por ejemplo, el que muchas personas fingieran ser médico. En cuyo caso, sostienen se produciría un “grave daño para las condiciones materiales de la coexistencia”³⁵ o “la relación social”³⁶. Semejante idea nos conduce a los conocidos –desde KUHLEN– “delitos cumulativos” o de “acumulación” (la idea de la acumulación dice relación con acciones individuales que no amenacen gravemente a la colectividad,

³⁰ COBO Y VIVES (1999) 326.

³¹ COBO Y VIVES (1999) 320.

³² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro*. Disponible en: http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf [fecha de visita 28 de diciembre de 2011]

³³ MIR (2004) 229-230. Profundizaremos sobre esta clasificación más adelante (n.55)

³⁴ VARGAS PINTO, Tatiana (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Thomson. Aranzadi. p.135-137

³⁵ COBO Y VIVES (1999) 327.

³⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán (2007 c). *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Madrid: Trotte. p. 168.

no merecedoras por tanto de una sanción penal en sí mismas, que producidas en gran número, generan como consecuencia un perjuicio grave para la sociedad); con los consiguientes problemas en sede de culpabilidad³⁷.

Antes bien, hay que reparar en que es posible que la concreta conducta no lesione el bien jurídico salud pública esto en consideración a que la protección del bien no se limita a ello exclusivamente. Por otra parte, se ha de evitar imputar conductas de otro sin verificar los alcances de la conducta particular del agente para el bien protegido. Lo que se desvalora es el comportamiento que se realiza no la afectación *ex post* del bien jurídico-penal³⁸. Así, la lesión del bien jurídico entendida como perturbación o afectación no material³⁹ se “lesionaría” por la suma de conductas típicas semejantes realizadas por un gran número de personas⁴⁰. ¿Bajo esta concepción sería posible imputar a un individuo el comportamiento de otros? Si así fuera, ¿tendría el mismo efecto o resultado el ejercicio ilegal de cualquiera de las profesiones de la salud? De modo de evitar penalizar simples trasgresiones formales, la determinante, parece ser la clase de acciones de que se trate. Estas tendrán que ser de aquellas que representan un peligro real que solo puede eludirse incriminando en bloque su realización⁴¹.

(1.2.3.) En la conducta típica, en tanto núcleo, destaca un elemento normativo positivo que es el ejercicio de actos propios de una determinada profesión y un elemento normativo negativo, que es la referencia a la falta de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible. Ambos componentes no se encuentran definidos en el tipo ni en sede penal. Tanto para conocer los actos propios de las profesiones como la regulación de los títulos habilitantes se ha de recurrir a la normativa que regula las profesiones, configurándose así una *ley penal en blanco*.

En nuestro caso el uso de esta cuestionada técnica legislativa con todo se encuadra en el marco constitucional. El tipo penal contiene el núcleo de la conducta en forma expresa y perfectamente definido, correspondiendo a las normas inferiores tan solo pormenorizar los conceptos contemplados en la ley⁴². Para BUSTOS RAMÍREZ, en determinadas materias que por su naturaleza no pueden ser abordadas totalmente dentro del tipo penal esta modalidad es recomendable siempre que el núcleo

³⁷ VARGAS (2007) 136.

³⁸ VARGAS (2007) 149.

³⁹ VARGAS (2007) 141-144.

⁴⁰ HEFENDEHL (2001)151.

⁴¹ COBO Y VIVES(1999) 328.

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 9 de noviembre de 2006. Rol N° 468, “Requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 299, Nº 3º, del Código de Justicia Militar” Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/156> [fecha de visita 15 de enero de 2010]

esencial de la prohibición quede concretado en el tipo⁴³. POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ señalan que a esta precisión se debe añadir la exigencia de publicación en el *Diario Oficial*, puesto que esta regulación requiere de publicidad aunque por su jerarquía dentro del ordenamiento y en otras circunstancias no habría sido necesario⁴⁴.

(1.2.4.) A continuación profundizaremos en una de las particularidades del delito más relevante para nuestro estudio cuál es el carácter *generalizador y abierto* del tipo penal y como consecuencia su *interpretación extensiva*. No obstante su necesidad y aceptación, este tipo de normas no deja de ser criticada por su carácter ambiguo e impreciso⁴⁵.

En efecto, el tipo amplía la conducta punible a un grupo no determinado de profesiones de características “análogas”. Esta modalidad legislativa responde a la realidad de que la ley no puede prescindir sistemáticamente de un lenguaje generalizador⁴⁶. Esta técnica, en la legislación penal, la encontramos especialmente en situaciones similares a la nuestra donde por el estado de evolución permanente del sistema o por su complejidad no se puede prever la totalidad de casos a considerar o se estima conveniente no clausurar el tipo penal. Estos supuestos se caracterizan porque la complementación (interpretación extensiva) la hace el juez quedando en manos de la doctrina científica y jurisprudencial la tarea de especificar los límites de la materia⁴⁷. La interpretación extensiva es aceptada siempre que se mantenga dentro de los límites del tipo penal mientras se contenga el núcleo fundamental de la materia de la prohibición⁴⁸. En general, las interpretaciones extensivas se apoyan en el argumento de que están reunidas las condiciones para el uso de la analogía⁴⁹. En este caso

⁴³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007a). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Tomo I.* Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 579.

⁴⁴ POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia (2006). *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial.* 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 97.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal.* 2^a edición. Madrid: Editorial Trotta. p 382.

⁴⁶ GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio (2006). *Introducción al Derecho Penal.* 4^a Edición. Madrid: Editorial Universitaria, Ramón Areces. p. 511.

⁴⁷ BUSTOS (2007 a) p. 580. A modo de ejemplo: Art. 227 del Código Penal “[...] A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo *atribuciones análogas*, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos”. Del mismo tenor: Código de Procedimiento Penal: artículo 84 “[...] y otras ramas relacionadas con la conservación de la salud”; Código Penal: artículo 494, N° 12 “[...] médico u otro profesional de la salud”. La cursiva es nuestra.

⁴⁸ BUSTOS (2007 a) 388-89.

⁴⁹ MANTILLA ESPINOZA, Fabricio (2009). “Interpretar”: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. n.33, pp. 537-597. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200015&lng=es&nrm=iso, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]

se trata de una suerte de “analogía tutelada”⁵⁰ o “analogía intratípica”⁵¹ o analogía “legal o simple”⁵² ya que se encuentra prevista en la propia ley. Es importante, entonces, distinguir entre una interpretación analógica (extensiva) y la analogía propiamente tal⁵³.

Si nos remitimos al artículo 313 a) observamos que el legislador, al optar por la fórmula “u otra de características análogas”, deja el tipo abierto y hace una invitación al juez a completar la norma⁵⁴ vía interpretación analógica o extensiva⁵⁵. Así, el artículo 313 a) presenta las profesiones paradigmáticas entregando con ellas un criterio de fondo referencial comparativo que nos deberá servir de base para determinar las profesiones análogas. Dilucidar la expresión “profesiones de características análogas” será más que una labor interpretativa propiamente tal un ejercicio dirigido a explicitar “el pensamiento o idea de la ley”⁵⁶. Para que dicho examen sea admisible deberá moverse teniendo como límite el “sentido literal posible”⁵⁷, teniendo presente que todo “sentido literal posible” de la ley supone siempre un procedimiento analógico, por lo que obliga al juez a justificar toda extensión de la ley en perjuicio del actor⁵⁸. Sin olvidar el contenido político propio de la decisión legislativa previa que es esencialmente valorativa⁵⁹.

Consultado el Código Sanitario, el que en su Libro Quinto regula las profesiones de la salud, se constata que el legislador utiliza la misma fórmula abierta y en su título se refiere al “Ejercicio de la Medicina y de las

⁵⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2 v. p. 152.

⁵¹ YACOBUCCI, Guillermo (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Abaco, p. 276-7.

⁵² ALEXY, Robert (1997) (2): *Teoría de la argumentación jurídica* Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. p. 268.

⁵³ ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducción, y notas DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, [Et. Al]. Madrid: Civitas. S.A. v. p. 149.

⁵⁴ ROXIN (1997) 150

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago (2004). *Derecho penal: Parte general.* 7^a ed. Barcelona: Reppertor. p. 761. Relacionar con n.33.

⁵⁶ COBO Y VIVES (1999) 163.

⁵⁷ MIR (2004) 115-16, sin desconocer la posible aplicación de la analogía *in bonam parte* (p. 116). El sentido literal posible se entiende como aquel lenguaje corriente del texto de la ley; considerando el significado literal más próximo; respetando la concepción del legislador histórico y el contexto sistemático-legal; de conformidad al fin de la ley ROXIN (1997) 148-149).

⁵⁸ KAUFMANN, Arthur (1976) *Analogía y “naturaleza de la cosa”. Hacia una teoría de la comprensión jurídica.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 109 pp.

⁵⁹ Sobre la importancia de la técnica legislativa en el Derecho penal: OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2009). “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”. Revista de Derecho (Valdivia). Vol. XII-N.^o 1-julio2009. pp.159-183. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art08.pdf> [fecha de visita 14 de mayo 2011].

Profesiones Afines”, para luego hacer uso del término extensivo “u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud”⁶⁰.

En síntesis, la técnica utilizada en el tipo penal permite una extensión de la norma dentro de su ámbito. Nos preocupa, sin embargo, en el plano de las profesiones, establecer tal analogía en consideración a las múltiples variables que inciden en su determinación, lo que podría afectar la precisión y con ello las garantías ciudadanas que subyacen al delito dadas sus particulares características⁶¹.

2) LOS ASPECTOS NORMATIVOS DEL TIPO

2.1.) LAS PROFESIONES DE LA SALUD

(2.1.1.) El término *profesión*, a pesar de ser de uso frecuente en la legislación, no ha sido definido en forma expresa. A su vez, el lenguaje cotidiano utiliza esta expresión con mucha soltura atribuyéndole múltiples significados⁶². Por su parte, la RAE asume la palabra profesión (del lat. *professio, -ōnis*), en su tercera acepción como la “facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución”⁶³.

Bajo esta concepción amplia, el término se presenta comprensivo de muchas actividades humanas. Caben las llamadas profesiones libres, que no exigen ninguna preparación formal y las profesiones tituladas, cuyo ejercicio está legalmente subordinado a la posesión de títulos concretos: académicos u oficiales⁶⁴. Esta falta de precisión nos plantea el problema que en nuestro tipo penal el concepto *profesión* se vincula directamente al *verbo rector* que determina la *conducta típica* (*ejercer actos propios de la respectiva profesión*). La configuración del delito reclama, entonces, la máxima claridad del concepto profesión y sus actos propios ya que su defini-

⁶⁰ CÓDIGO SANITARIO: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595> [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁶¹ Sobre el tema: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2000). “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N.º 1. pp.135-153.

⁶² GYARMATI, Gabriel, et al. (1997): *Las profesiones dilemas del conocimiento y del poder*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 33.

⁶³ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (2001). Vigésima segunda edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=PROFESIÓN, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

⁶⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel (2005). *El Delito de Intrusismo (Estudio Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial, especialmente en las profesiones de Abogado, Procurador, Médico, Farmacéutico, Ingeniero y Arquitecto)*. Madrid: Editorial CESEJ, p. 78. En LLORIA (2002) pp. 347-355, encontramos un tratamiento extenso del concepto profesión.

ción será fundamental al momento de determinar las profesiones análogas y con ello la licitud o ilicitud de ciertos actos.

(2.1.2.) Con fines prácticos y a modo de determinar el universo de nuestro estudio, recurriremos al RNPIIS, referente válido del espectro de las profesiones de la salud en Chile. La incorporación de los profesionales al mencionado registro no constituye un requisito para ejercer la correspondiente profesión sino que forma parte de las medidas destinadas a mejorar la calidad de la atención en salud. Lo que con esta medida se pretende es garantizar la fe pública y constatar que cada prestador individual cumpla con la formación profesional correspondiente. Las autoridades ven en el registro además, un medio indirecto de control del ejercicio ilegal de las profesiones⁶⁵.

Los prestadores individuales de salud que conforman el RNPIIS son los que se encuentran habilitados por el *título profesional* respectivo para ejercer legalmente en el país alguna de las profesiones que se enumeran a continuación: 1) Médicos Cirujanos; 2) Dentistas o Cirujanos Dentistas; 3) Enfermeros; 4) Matrones; 5) Tecnólogos Médicos; 6) Psicólogos; 7) Kinesiólogos; 8) Farmacéuticos y Químico Farmacéuticos; 9) Bioquímicos; 10) Nutricionistas; 11) Fonoaudiólogos; 12) Terapeutas Ocupacionales, y 13) Los profesionales auxiliares señalados en el inciso segundo del artículo 112 del Código Sanitario⁶⁶.

Se observa que entre las profesiones comprendidas en el RNPIIS encontramos tanto las profesiones que el legislador explicita en el artículo 313 a) del Código Penal como las restantes que en principio, podríamos, considerar “análogas”. A modo de avanzar en el camino de la determinación de estas profesiones análogas corresponde ahora distinguir entre las *profesiones titulares*, *las profesiones auxiliares de las titulares* y *las profesiones auxiliares de la salud*.

⁶⁵ El RNPIIS tiene un antecedente en el Registro de Profesionales de la Dirección General de Registro Civil e Identificación establecido mediante el DFL N.º 630 (Ministerio de Justicia), DOF 8/5/1981, que prescribía que todo profesional debía inscribirse en dicho registro sin perjuicio que dicha inscripción no significaba un requisito para el ejercicio profesional. Y, encuentra su fundamento legal en el Título III, artículo 12, N.º 6 de la Ley N.º 19937 de Autoridad Sanitaria (actualmente refundida en el DFL N.º 1, Ministerio de Salud, 2006), y en el DS N.º 16, del Ministerio de Salud, de 2007, que fija el Reglamento sobre los registros relativos a los prestadores individuales de salud, publicado en el *Diario Oficial* el 21 de febrero de 2009.

⁶⁶ En conformidad al Decreto Supremo N.º 16, del Ministerio de Salud, de 2007 que fija el Reglamento sobre los registros relativos a los prestadores individuales de salud. Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/normativa/571/w3-propertyvalue-3008.html> [fecha de visita 6 de mayo de 2010]

2.2.) LAS PROFESIONES TITULARES, AUXILIARES DE LAS TITULARES Y AUXILIARES DE LA SALUD

(2.2.1.) El Código Sanitario, en el Libro V, en su artículo 112, prevé que: “[s]olo podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud quienes poseen el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones”⁶⁷. Una lectura actual –ya que a la fecha el Código no ha incorporado las últimas modificaciones legislativas⁶⁸– nos permite concluir que solo podrán desempeñar las actividades señaladas quienes posean el *título profesional* respectivo otorgado por una *Institución de Educación Superior* reconocida por el Estado.

(2.2.2.) Las profesiones auxiliares de las titulares, en cambio, por disposición establecida en el artículo 112 inciso segundo del mismo Código requieren para su ejercicio de una *autorización de la autoridad sanitaria*⁶⁹. El Código remite a un reglamento tanto la definición de las profesiones auxiliares como la forma y condiciones en que se concederá la mencionada autorización. Dicho reglamento, en la materia que interesa, está contenido principalmente en el Decreto N.º 1.704, de 1993, de Salud, Reglamento para el Ejercicio de las Profesiones Auxiliares de la Medicina, Odontología y Química y Farmacia.

De acuerdo con el artículo 1º, inciso segundo, del indicado cuerpo reglamentario, estos auxiliares deberán desempeñar labores de apoyo diagnóstico y terapéutico y otras actividades auxiliares que se les asignen en los distintos niveles de atención, bajo la supervisión, control y dependencia directa de los profesionales correspondientes⁷⁰.

En el caso de estos profesionales la atribución de competencia no se realiza por ley sino que administrativamente⁷¹, con la salvedad esta-

⁶⁷ CÓDIGO SANITARIO: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595> [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁶⁸ DFL 2 del Ministerio de Educación, 2010. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1014974> [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁶⁹ CÓDIGO SANITARIO: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5595> [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁷⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR) N.º Dictamen 40343 de 10-08-2004. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/ulmo/BasesDocumentales/jurisprudencia.nsf/MarcoSCW?OpenFrameset>[fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁷¹ Mediante decretos se han dictado los reglamentos correspondientes a las siguientes profesiones: Podólogistas (1968); Auxiliares de Practicante (1970); Auxiliares de la Medicina, Odontología y Química y Farmacia (1994); Auxiliares Paramédico de Alimentación (1994); Auxiliares Paramédico de Radiología, Radioterapia, Laboratorio y Banco de Sangre (1994); Auxiliares Paramédicos de Odontología (1994), y Auxiliares Paramédicos de Farmacia. La regulación del auxiliar de enfermería fue motivo del DL 2147

blecida en el Oficio de alcance N.º 35.688, de 1994, con el que se cursó el Decreto N.º 1.704, de 1993, del Ministerio de Salud, que señala que las disposiciones de este reglamento no resultan aplicables a las personas que obtengan los títulos respectivos por estudios efectuados sea en Liceos Técnico Profesionales, como también, en Centros de Formación Técnica (CFT) u otros establecimientos de educación superior reconocidos oficialmente⁷².

(2.2.3.) En los últimos años se han extendido una variedad de terapias distintas a la medicina oficial, las que el Ministerio de Salud –siguiendo las recomendaciones de la OMS de reconocerlas– las regula conforme al artículo 112, inciso segundo del Código Sanitario, de manera de integrarlas a los sistemas de salud. De este modo recepciona las medicinas alternativas como *profesiones auxiliares de la salud*. Al efecto, la autoridad rectora, ha promulgado dos decretos específicos referidos a la *Acupuntura*⁷³ y a la *Homeopatía*⁷⁴. Actualmente se encuentra en estudio la regulación de la *Naturopatía, la Quiropraxia y la Terapia Floral*⁷⁵. De este modo, estas nuevas profesiones quedan incorporadas al RNPI.

2.3.) EL TÍTULO Y LOS ACTOS PROPIOS DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

(2.3.1.) El *título profesional* representa la garantía formal y general de que se cumple el nivel de preparación y formación necesario para ejercer

de marzo de 1978, luego recogido en el Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Auxiliares de Enfermería (Dto. N.º 261, de 1978, publicado en el *Diario Oficial* el 3 de febrero de 1979).

⁷² En correspondencia con reiterada jurisprudencia administrativa – contenida entre otros en los Dictámenes N. s. 31.549 y 31.553, de 1988, 16.317 y 33.852, de 1989, 26.758 de 1996, 18.051 de 1998, y 19.586 y 48.439, de 2001–, conforme al ordenamiento jurídico quienes están en posesión de un título otorgado por tales entidades se encuentran habilitados para ejercer su especialidad sin necesidad de satisfacer otros supuestos de conocimiento o competencia. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR) N.º Dictamen 40343 de 10-8-2004. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/ulmo/BasesDocumentales/jurisprudencia.nsf/MarcoSCW?OpenFrameset>. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁷³ DS. N.º 123, del Ministerio de Salud, 2008 que establece Reglamento para el reconocimiento de la Acupuntura como profesión auxiliar de la salud. Disponible en: http://juridico1.minsal.cl/CIRCULAR_21_08_ACUPUNTURA.doc. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁷⁴ DS. N.º 19 del Ministerio de Salud, reconoce y regula a la Homeopatía como profesión auxiliar de la salud. Disponible en: http://juridico1.minsal.cl/decreto_19_09.doc. [fecha de visita 1 de agosto de 2011].

⁷⁵ La prensa nacional junto con anunciar la regulación por parte del Ministerio de Salud del ejercicio de Naturopatía –utilización de plantas medicinales o suplementos alimenticios– da cuenta de la existencia de la Asociación Gremial de Yerbateros de Chile con 200 socios activos que ejercen en esta área de las Medicinas Alternativas y Complementarias. EL MERCURIO, 3 de febrero de 2011 (A9).

la profesión. El título es una presunción de una formación general y científica necesaria para un adecuado desempeño profesional⁷⁶. En Chile, en el ámbito de las profesiones de la salud se pueden distinguir dos clases de títulos: *académicos y oficiales*⁷⁷.

El *título académico* denota la “posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del [...] certificado o licencia”⁷⁸. En general se denomina título académico a aquellos que se otorgan en forma exclusiva en una universidad, como es el caso de las profesiones paradigmáticas explicitadas en el artículo 313 a). Como veremos en el párrafo siguiente, considerar la sistematización en la expedición de títulos que hace la Constitución Política de 1980, a partir del mandato del artículo 19 numeral 16, será relevante al momento de determinar las profesiones análogas⁷⁹.

El *título oficial*, en oposición, es el testimonio o instrumento otorgado por el Estado para ejercer un empleo, dignidad o profesión⁸⁰. En nuestro caso, la autorización de la autoridad sanitaria exigible a las profesiones auxiliares para su ejercicio. Esta autorización, correspondería a la categoría título oficial ya que no es otorgado por una entidad académica, sino que emana del Estado⁸¹. Hacemos notar que las profesiones auxiliares de las titulares y auxiliares de la salud pueden ser ejercidas, sin necesidad de la referida autorización de la autoridad sanitaria, por quienes cuenten con el título correspondiente otorgado por Instituciones de Educación Superior⁸².

⁷⁶ La CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CGR) ha señalado que “el título profesional es el que se otorga a un egresado de un instituto profesional o de una universidad que ha aprobado un programa de estudios cuyo nivel y contenido le confieren una formación general y científica necesaria para un adecuado desempeño profesional” Dictámenes de la Contraloría General de la República N.º 18. 663 de 1996; 24.332 de 2001; Disponible en: <http://www.contraloria.cl/ulmo/BasesDocumentales/jurisprudencia.nsf/MarcoSCW?OpenFrameset>. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁷⁷ Así, en general LLORIA (2001) 278 y ss.

⁷⁸ CHOCLÁN (1998) 122.

⁷⁹ Ya el párrafo N.º 14 del artículo 10 de la Constitución Política del año 1925, en lo que nos interesa establecía: “*Ninguna clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salud pública, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así*”. A su turno, el actual párrafo cuarto que se refiere a la misma materia y que se encuentra en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución vigente reproduce el texto anterior y luego añade: “[...] La ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas”

⁸⁰ LLORIA (2001) 299

⁸¹ GIBERT CALABUIG y VILLANUEVA CAÑADAS, interpretan el *título oficial* como aquel que se requiere más allá del título profesional para ejercer una especialidad. GIBERT CALABUIG, Juan Antonio (2004). Medicina Legal y Toxicológica. Enrique Villanueva Cañadas (Editor). Barcelona: Masson. 1394 pp., p. 62.

⁸² CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N.º 31.549, de 1988. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/DetalleDictam>

Por último diremos que el *título profesional competente* guarda relación con la facultad de quien lo confiere u otorga. En Chile el título profesional competente es el título universitario o profesional emanado de una Institución de Educación Superior habilitada para ello⁸³ o de una universidad extranjera que mediante convenios o lo dispuesto por la ley pueda otorgarlo para su ejercicio en nuestro país; o de un proceso de reválidación de un título extranjero.

(2.3.2.) Al momento de determinar las profesiones análogas, es necesario clarificar si el hecho de condicionar el ejercicio de una profesión de la salud al cumplimiento de una serie de requisitos que aseguren una cierta idoneidad vulnera la garantía constitucional a “la libertad de trabajo y su protección”. Será especialmente relevante precisar si es posible exigir el cumplimiento de ciertas condiciones para ejercicio de una profesión⁸⁴. Es frecuente que la ley penal afecte los derechos y libertades en forma directa. Esto no en el sentido de limitar los bienes jurídicos, ni de regular o modificar las condiciones de su existencia, sino que de tutelarlos⁸⁵. El Tribunal Constitucional chileno ha señalado –en el ámbito del ejercicio de una profesión vinculada a la salud– que esta garantía puede ser limitada legalmente⁸⁶.

El artículo 19 Nº 16 de la Constitución de la República, inciso cuarto, luego de consagrar la libertad de trabajo y su protección, establece que la ley determinará las profesiones que requieren grado o título universitario y las condiciones que deben cumplirse para ejercerlas⁸⁷. La referida ley

en?OpenForm&UNID=7F0E79D5C39D193B842571BD004F8AB5; Reglamentos de Acupuntura y Homeopatía (art. 9 en ambos). Disponibles en: http://www.redsalud.gov.cl/portal/url/page/minsalcl/g_temas/g_medicinas_alternativas/medicinasalternativas.html [fecha de visitas 1 de agosto de 2011]

⁸³ En general se denomina título académico a aquellos que otorga en forma exclusiva una universidad. En Chile, sin embargo, conforme al DFL Nº 2 de 2010 –Texto refundido de la Ley Nº 18.962, orgánica constitucional de enseñanza (LOCE)– los títulos profesionales pueden ser otorgados por una Universidad o un Instituto Profesional. Aclara la CGR “[...] para los efectos que interesan, la única diferencia que la citada ley Nº18.962 establece entre institutos profesionales y establecimientos universitarios consiste en que solo a estos últimos corresponde otorgar títulos profesionales respecto de los cuales la ley requiere haber obtenido, previamente, el grado de licenciado en las carreras que imparten”. CGR, Dictamen Nº 33.427 de 24/06/2009. Disponible en:<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>. [fecha de visitas 1 de agosto de 2010]

⁸⁴ Este derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio se ve condicionado en la mayoría de las constituciones. Tal es el caso de la Constitución española la que en su artículo 36 dispone que “*La Ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas*”.

⁸⁵ Por todos, MIR (2004) 110-11.

⁸⁶ TC. Sentencia Rol Nº 804-07. Disponible en: http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/descargar_sentencia.php?id=988. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁸⁷ Véase: CEA EGAÑA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, v. p. 433-35. Según NOGUEIRA “aquí la libertad de trabajo se armoniza en beneficio del bien común de la sociedad [...]” en NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 3. Los derechos sociales fundamentales*. Talca: CECOCH

es el DFL 2 del Ministerio de Educación, del 2 de julio de 2010, orgánica constitucional de enseñanza la que en el artículo 63 señala las profesiones de formación universitaria obligatoria⁸⁸. CEA señala que el sentido de la referida norma constitucional es “autorizar al legislador para que, a los efectos académicos, determine cuáles son las únicas profesiones que requieren grado o título universitario” por lo que aquellas que no figuren en dicha lista no se sujetan a tal requisito aunque sean impartidas por las universidades⁸⁹.

Así, a partir de la Constitución Política de 1980, las profesiones de exclusiva formación universitaria se encuentran señaladas taxativamente en la ley⁹⁰. Conforme a esta disposición los títulos profesionales –en el ámbito de la salud– que requieren haber obtenido obligatoriamente el grado de licenciado son los siguientes: Bioquímico; Cirujano Dentista; Médico Cirujano; Psicólogo y Químico Farmacéutico⁹¹. Los restantes *títulos profesionales no universitarios* podrán ser otorgados por las universidades como también por otras instituciones de enseñanza superior no universitaria. Asimismo, las universidades –en el ejercicio de su autonomía– pueden conceder dichos títulos o crear otros distintos de los de exclusividad universitaria e incluso asignar grados académicos a títulos no universitarios.

Existen entonces profesiones que no son de obligatoria (exclusiva) formación universitaria que actualmente se imparten solo en universidades, las que en virtud de su autonomía otorgan a sus egresados el grado de licenciados. Conforme a los fines de nuestro estudio ponemos de manifiesto que las profesiones de la salud tales como la de enfermero, kinesiólogo, matrón o tecnólogo médico, no comprendidas en el recién mencionado artículo 63, que impartidas en una universidad reciben el grado de licenciados en forma previa a la titulación. De este modo no son carreras de exclusiva formación universitarias, sin embargo, a sus egresados se les puede otorgar el grado académico de licenciados. Es del caso recordar que hasta el año 1979 la totalidad de los profesionales titulados por una

(Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca) Librotecnia. 4 v. p. 441.

⁸⁸ DFL 2 del Ministerio de Educación, del 2 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1014974>

⁸⁹ CEA EGAÑA, José Luis (1988): *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 147.

⁹⁰ Cabe señalar que actualmente, se encuentra en su último trámite constitucional el Proyecto de Ley (Boletín N.º 3.849-04) que “Confiere el carácter de título profesional universitario a las carreras de Kinesiología, Fonoaudiología, Enfermería, Obstetricia y Puericultura, Nutrición y Dietética, Tecnología Médica y Terapia Ocupacional”. Disponible en: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

⁹¹ En el caso de las profesiones de la salud no señaladas en el mencionado artículo 63, el título podrá ser otorgado tanto por un instituto como por una universidad. Véase DFL 2, Ministerio de Educación, de 2 de julio de 2010. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navagar?idNorma=1014974&idParte=&idVersion=2010-07-02>. [fecha de visita 1 de agosto de 2011]

universidad del Estado o por universidades particulares reconocidas por el Estado, en las condiciones previstas en la ley, se consideraban “profesionales universitarios”⁹².

Cabe preguntarse si el artículo 313 a) cuyo origen data del año 1969 responde a la lógica de aquella época. Justamente en las discusiones parlamentarias suscitadas durante la tramitación del proyecto de ley se menciona a la profesión de enfermera y matrona entre las supuestas profesiones análogas, consideradas en aquel tiempo profesiones universitarias⁹³. ¿A la luz de los cambios legislativos que han modificado el régimen formativo de estas y otras profesiones de la salud, en la actualidad esto es así? En una interpretación objetiva o progresiva o evolutiva ¿cabría recoger el cambio de contexto en el texto?⁹⁴. Precisamente, estas son algunas de las interrogantes a las que pretende hacer frente nuestra propuesta.

(2.3.3.) La importancia de los *actos propios de cada profesión* radica en que en ellos encontramos el *contenido esencial de la prohibición* del tipo. Como hemos adelantado precisar los actos propios de las profesiones es fundamental para establecer su ejercicio ilegítimo. Sin embargo, es muy difícil llegar a determinarlos, más aún en sede penal; de ahí que en este ámbito, como ya lo hemos podido apreciar, se configura una ley penal en blanco⁹⁵.

En la determinación de los actos propios se observan, al menos, dos corrientes: *la jurídica y la sociológica*.

La *corriente jurídica* entiende por *actos propios de cada profesión* aquellos cuya realización es atribuida por el ordenamiento jurídico única y exclusivamente a los individuos de determinadas profesiones. Se sostiene que: “En la regulación del ejercicio de una profesión, en cuanto se le reserva el desarrollo de específicas actividades, se está, a la vez, limitando inevitablemente su ejercicio a otras personas que no están amparadas por dicha reserva. Discernir los límites racionales de cada actividad es atribución del legislador, a quien incumbe regular las bases esenciales de todo ordenamiento jurídico, sin otra restricción que el respeto de los principios y derechos constitucionales”⁹⁶.

⁹² CEA (2004) 433-35.

⁹³ Historia de la Ley N.º 17.155 de 11 de junio de 1969 en Boletín N.º 10.881. Sesión 45º, en miércoles 6 de septiembre de 1967.p. 327.

⁹⁴ Sobre interpretación objetiva ver COBO Y VIVES (1999) 115-121.

⁹⁵ En otros ordenamientos –como el francés y el italiano– la dificultad que encierra la determinación de los actos propios de las profesiones y sus límites ha llevado a establecer la falta del título profesional como único requisito para configurar el delito de ejercicio ilegal. COBO DEL ROSAL (2005) 78.

⁹⁶ Tribunal Constitucional. Sentencia Rol 804 de 28/12/2007 Requerimiento de inaplicabilidad de ÓPTICAS SANTA VICTORIA LIMITADA y JEANNYE MENESSES CUBIDES respecto de los artículos 113, inciso primero, 128, inciso primero y 129, inciso final, todos del Decreto con Fuerza de Ley N.º 725 del año 1967, publicado en el *Diario Oficial* el 31 de enero de 1968, aprobatorio del Código Sanitario, en causa caratulada “Óptica Santa Victoria Ltda. con Secretaría Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, del 29º Juzgado Civil de Santiago, Rol N.º 20.734-2006. Considerando

Se trata de “actos reservados a una profesión reglamentada legalmente”⁹⁷. Así, son *actos propios* de una profesión aquellos que el ordenamiento jurídico positivo atribuye única y exclusivamente a una profesión concreta⁹⁸. Para CHOCLÁN MONTALVO, son aquellos que se encuentran reservados a una profesión reglamentada, por disposición de la ley. Esto, sin perjuicio que puedan ser compartidos con otras profesiones tituladas, o con sus colaboradores⁹⁹. En Chile, actualmente, los actos propios de las profesiones de la salud, se encuentran regulados en los artículos 113 y ss. del Libro V y 120 del Libro VI, del Código Sanitario. Con anterioridad a esta normativa, para conocer los actos propios de las profesiones se recurría a las leyes orgánicas de los respectivos Colegios Profesionales¹⁰⁰.

Para la corriente sociológica, en cambio, los *actos propios*, al no señalarlos el legislador penal, son el producto de una labor de integración con normas extralegales: reglamentos, código de ética, normas técnicas y administrativas, protocolos o guías, documentos provenientes de las entidades formadoras, sociedades científicas, u otros.

En la doctrina comparada predomina la tendencia jurídica. Esta postura se fundamenta en que en el ámbito penal no es posible exigir conductas de abstención, sin una regulación de amplio conocimiento. Así, se sostiene que la falta de atribución normativa, con su correspondiente publicidad, determinaría que la conducta fuera atípica¹⁰¹. Nuestros tribunales, sin embargo en ocasiones han seguido la corriente sociológica¹⁰².

⁹⁷ Vigésimo Séptimo. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/988>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]

⁹⁸ ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita (2002): “El intrusismo en las profesiones sanitarias”. En *Responsabilidad penal del personal sanitario*. Coruña (España): NETBIBLO S.A, p. 174.

⁹⁹ LLORIA (2001) 371, Sobre la propiedad de los actos, p. 376.

¹⁰⁰ CHOCLÁN (1998) 158-159.

¹⁰¹ Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas (1955) (Jorge Ugarte Vial). Vol. 9-10, p. 80. Editorial Jurídica de Chile.

¹⁰² CHOCLÁN (1998) 160.

Nuestra Corte Suprema en causa por ejercicio ilegal de una profesión (artículo 213) ha dicho que “es necesario hacer presente que la ejecución de los actos propios, se refiere a todas aquellas actividades normalmente inherentes a dicha actividad o que se encuentren dentro del ámbito de su competencia, sin que sea necesario que se encuentren determinadas en una ley o reglamento” (CORTE SUPREMA. 2 de mayo de 2006, Rol N.º 1594-2006, “Ministerio Público contra Mario Osvaldo Illanes Avendaño.”) Reafirmado lo dicho agrega “Que en este punto no se comparte la opinión de la defensa, que señala que es preciso para sancionar el ejercicio ilegal que los actos propios de dicha profesión estén enumerados en alguna norma de rango legal, compartiendo en este punto la opinión del profesor Mario Garrido Montt, que en su libro Derecho Penal, parte especial, Tomo IV, Editorial Jurídica, edición 2002, páginas 132 y 133, que señala al respecto lo siguiente “los actos que se realicen han de ser propios de esas profesiones o cargos, deben quedar comprendidos entre aquellos que están en el ámbito de la competencia, de la función o de la profesión, no es necesario que una ley o reglamento los sindique específicamente, basta que sean normalmente inherentes a dicha

3) LAS PROFESIONES ANÁLOGAS

3.1.) NATURALEZA, SENTIDO Y ALCANCE DEL VOCABLO “ANÁLOGAS”

Con el propósito de conocer los elementos que nos ayuden a construir los fundamentos y establecer las relaciones posibles entre las profesiones expresadas en el tipo y las supuestas profesiones análogas se hace necesario interpretar el vocablo “*análogas*” que utiliza el legislador en el artículo 313 a). Diremos que un término es análogo cuando se aplica a diversos sujetos en un sentido, o según una “razón”, no entera ni perfectamente idéntica, o en sentido distinto pero semejante desde un punto de vista determinado o desde una cierta y determinada proporción¹⁰³. Se trata de atribuir los mismos predicados a diversos objetos. Predicados que en nuestro caso vienen señalados por el propio legislador: i) al explicitar las profesiones que servirán de modelo (médico, dentista, farmacéutico y bioquímico) para determinar que otras son merecedoras por analogía ser consideradas como aquellas, y ii) por el ámbito de acción: ciencia y arte de curar y prevenir enfermedades.

Lo análogo no es unívoco ni equívoco. Refleja una semejanza entre conceptos o términos parecidos, equivalentes, sinónimos pero no idénticos. GENTNER y MARKMAN grafican la idea al decir “no estamos muy interesados en analogías que captan series de coincidencias, por muchas que sean”¹⁰⁴. Según MARRAUD se entiende por analogía “un proceso de transferencia de información de un dominio (fuente, análogo o foro) a otro (término o tema) o la expresión lingüística de ese proceso. La palabra también se usa en ocasiones para referirse a la relación entre la fuente y el

actividad” (CORTE SUPREMA. 10 de agosto de 2005, Rol N° 3203-2005, “Mauricio Dunner Torres contra Pedro Antonio Muñoz Hernández”). A su turno, nuestros tribunales han extendido esta corriente al punto de hacer análogas las profesiones de veterinario y médico cirujano, veamos uno de sus fallos “*Al respecto resulta ilustrador lo dispuesto [en] el Código Sanitario respecto al ejercicio de la medicina humana, en cuanto en su artículo 113 señala: que se considerará ejercicio ilegal de la profesión todo acto realizado con el propósito de formular diagnóstico, pronóstico o tratamiento por personas que no están legalmente autorizadas. Así se puede determinar el contenido del ejercicio de la profesión de médico veterinario, el cual, a juicio de esta sentenciadora, implica la realización de diagnósticos, pronósticos y además la indicación de tratamientos con el objeto de prevenir y curar las enfermedades en los animales*” (CS. Rol N.º 3203-2005.)

¹⁰³ FERRATER MORA, José (1990): Diccionario de Filosofía. 7^a Edición. Barcelona: Alianza Editorial, p.45. Para Aristóteles los seres análogos permiten una relación entre un ser y otro, sin que estos sean totalmente unívocos ni totalmente equívocos. De lo que se trata es de constatar las semejanzas en lo diverso en una relación horizontal dentro de un mismo orden ARISTÓTELES (1994). *Ética a Nicómaco*. 6^a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 28.

¹⁰⁴ Citado por MARRAUD, Hubert (2007): La analogía como transferencia argumentativa Theoría (59) Vol. 22, Nº 2. pp. 167-188. Disponible en: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/THEORIA/article/view/466>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]

término”¹⁰⁵. Visto así el asunto, la analogía se da cuando se atribuyen los mismos predicados a diversos objetos pero esta atribución no se entiende como una determinación unívoca de estos objetos sino como la expresión de una correspondencia, semejanza o correlación establecida entre ellos¹⁰⁶. En concordancia, ALEXY, en atención al principio de universalidad y por ende al de igualdad, atribuye a supuestos de hechos semejantes –desde un punto de vista jurídico– las mismas consecuencias jurídicas¹⁰⁷.

Y por análogas, entenderemos estructuras que pueden adoptar un aspecto semejante por cumplir ambas una determinada función, pero que no son iguales. En este contexto lo semejante exige vincular elementos y relaciones similares. Esta semejanza es máxima cuando hay relaciones idénticas y cuando los elementos conectados tienen muchos atributos idénticos¹⁰⁸. En biología, ámbito donde es habitual el uso del término “análogas”, las estructuras denominadas análogas cumplen funciones parecidas por medios semejantes, sin que se requiera que tengan el mismo origen evolutivo¹⁰⁹. Se trata así de una analogía cualitativa atributiva fundada en la semejanza, donde, en nuestro caso, para establecer las profesiones análogas habrá que ir –caso a caso– de lo semejante a lo semejante¹¹⁰. Explicitar, sin embargo, las diferencias será tan importante como señalar las semejanzas. Ambos ejercicios facilitarán la tarea de establecer la analogía, a la vez que ayudarán a su mayor precisión.

Desde lo dicho podemos asumir la definición de lo análogo como “la comparación o proporción entre cosas esencialmente distintas en virtud de alguna semejanza relativa entre ellas”¹¹¹. Semejanza que en nuestro caso habrá de ser jurídicamente relevante. Y, entender por “término análogo” aquel que se predica de muchos según una significación y sentido en parte idéntico y en parte diverso (*intrínsecamente*), o aquel que significa en muchos sentidos coherentes entre sí (*extrínsecamente*). La vertiente extrínseca se funda en muy variadas relaciones de semejanza, de causa y

¹⁰⁵ MARRAUD (2007) 167.

¹⁰⁶ FERRATER MORA (1990) pp. 44-50.

¹⁰⁷ ALEXY, Robert (1997) (2). p. 215-268-269.

¹⁰⁸ YORIS, Corina: *La fuerza de los argumentos por analogía*. Inédito. Trabajo de fin de máster, máster en Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~afmbib/mayteAFM/Ponencias/25022.pdf> en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

¹⁰⁹ Del lat. *analōgus*, y este del gr. ἀνάλογος). 1. adj. Que tiene analogía con algo. 2. adj. Bot. y Zool. Dicho de dos o más órganos: Que pueden adoptar aspecto semejante por cumplir determinada función, pero que no son homólogos; p. ej., las alas en aves e insectos. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española (2001). Vigésima segunda edición. Disponible en: http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=PROFESIÓN, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

¹¹⁰ FERRATER MORA (1990) pp.44-50

¹¹¹ A. DEL CURA (1973), “Sobre la analogía. Síntesis del pensamiento de S. Ramírez”, *Estudios Filosóficos*, Nº 22, p. 91.

efecto, de continente y contenido, de significante y significado, del todo y las partes, de particular y general¹¹². Habrá que identificar qué atributos o propiedades comparte *la fuente* (las profesiones que señala el tipo penal) y *el término* (las profesiones de características análogas de aquellas) para saber si la inferencia que pretendemos se encuentra justificada. Ahora bien, es claro que también habrá entre ellas algunas divergencias puesto que de otro modo ambas serían idénticas y no cabría tal distinción. De lo que se trata es de salvaguardar las diferencias en el margen de cierta unidad¹¹³. La búsqueda de esta analogía tendrá que ser guiada por ciertos criterios referidos tanto a los aspectos *intrínsecos* como *extrínsecos* de la norma.

3.2.) EL ÁMBITO DE RELACIÓN EN LAS PROFESIONES ANÁLOGAS

(3.2.1.) Lo análogo que nos preocupa se da en el ámbito de la *ciencia y arte de prever y curar las enfermedades del cuerpo humano*. En la historia de la ley que incorporó el artículo 313 a) observamos que durante la tramitación del proyecto de ley se hacía referencia tan solo a las profesiones relacionadas con el “arte de curar” o simplemente se refería a “las artes curativas”. Muy adentrada la tramitación, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento agregó el término “ciencia”¹¹⁴. El tipo penal al referirse a la “ciencia y arte de curar” hace confluir el nuevo carácter científico de la medicina, con el antiguo arte de curar médico en el entendido de que cada vez más el mencionado arte necesita apoyarse en la evidencia científica haciéndose progresivamente menos empírica. Esta precisión que podría parecernos extemporánea e inconducente nos orientará con todo a determinar las profesiones análogas que nos preocupan por el real sentido de la norma.

Al incorporar, el legislador, la concepción científica, se asume un nuevo paradigma de la atención médica a la que asiste tanto el saber universal sobre la enfermedad como el conocimiento concreto del individuo enfermo dando origen así a dos aspectos gravitantes en las intervenciones en salud: i) el estudio y la investigación para la generación de nuevos

¹¹² Definición tomada de: Tratado de Lógica 2. Capítulo II Del término externo Artículo I Del origen del lenguaje y de la noción de signo. Disponible en: http://www.mercaba.org/Filosofia/summa_02-2.htm

¹¹³ DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2002): “Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura”. *El otro derecho*, N° 26-27. p. 230 Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-10.pdf> [fecha de visita 4 de agosto de 2010].

¹¹⁴ Desconocemos las razones que se tuvo para su incorporación ya que su fundamentación no se encuentra registrada en el Diario de Sesiones del Senado, del 13 de noviembre de 1968 (Anexos, p. 508-529). A la época, eso sí, se desarrollaba un movimiento que al día de hoy reclama a las intervenciones en salud un sustento científico.

conocimientos científicos (ciencia) y ii) la aplicación de estos mediante técnicas y procedimientos validados científicamente (arte)¹¹⁵. Como consecuencia de esta nueva forma de concebir la medicina, la intervención del médico se centra, principalmente, en ofrecer un tratamiento específico –para cada caso en particular– derivado de las leyes, mecanismos y reglas generales que le proporciona la ciencia médica. Para apreciar este cambio de paradigma cabe recordar que la medicina concebida como el “arte de curar” comprendía el “saber y el hacer”, es decir, el “saber hacer”, pero no tan solo eso. En cuanto un saber hacer virtuoso: el saber hacer bien médico. Ese saber prudente, en tanto moral, hacía que el médico solo interviniere en aquellas situaciones en que su mediación podría ser eficaz. Mientras que en aquellas enfermedades invencibles, se abstenería de intervenir, lo que no significaba que dejaba de actuar –en lugar de aplicar o prescribir un tratamiento–, *acompañaba al enfermo*¹¹⁶.

Sabemos que el curar las enfermedades va más allá de una prescripción o de una simple práctica. Este ir más allá de la aplicación de conocimientos científicos consiste en ese *acompañar al enfermo* como parte de una relación de ayuda, cuyo fin es la recuperación de la salud. Nos parece que en la medida que los médicos se ven absortos por la ciencia y las nuevas modalidades de relación con los pacientes no fueron dando respuesta a este componente de la atención. Y, como consecuencia, hemos ido asistiendo a la fragmentación de la medicina vía la aparición de *nuevas profesiones relativas tanto a la ciencia como al arte de prever y curar enfermedades*¹¹⁷. Estas nuevas profesiones –presuntas análogas– a su vez se han

¹¹⁵ GRACIA GUILLÉN, Diego (1995): “Jurisprudencia y *Lex Artis*” en MARTÍNEZ, D (editor): *Responsabilidad del personal sanitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Salud y Consumo, pp. 53-58.

¹¹⁶ RILLO, Arturo G (2006): “El arte de la medicina: una investigación hermenéutica”, *Gaceta Médica de México*, vol. 142, N° 3, pp. 253-260. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0016-38132006000300013&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 4 de enero de 2010].

¹¹⁷ ROSSELOT frente al asentamiento del pensamiento científico en la atención médica reflexiona: “Sin embargo, refleja la postergación de principios que la humanidad no puede transar, aun cuando haya alcanzado logros importantes en bienestar y seguridad [...]” en ROSSELOT J, Eduardo (2003): Reivindicando la medicina como profesión científico-humanista, *Revista médica de Chile*, vol. 131, n.4, pp. 454-456. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003000400015&lng=es&nrm=iso en línea [fecha de visita 4 de enero de 2010]. Ya, la Declaración de Edimburgo sobre Educación Médica (1988) señalaba que: “El objetivo de la educación médica es producir médicos que fomenten la salud de todas las personas [...]. “Las investigaciones científicas continúan produciendo fructíferas recompensas; pero el hombre necesita más que solo la ciencia y son las necesidades de salud de la raza humana en general, y de toda la persona, lo que los educadores médicos deben afirmar”. Documentos XXXIII Reunión del Consejo Directivo de la Organización Panamericana de la Salud XL; Reunión del Comité Regional de la Organización Mundial de la Salud. Resolución XII. Informe sobre la conferencia mundial de educación médica. Disponible en: http://bvs.sld.cu/revistas/ems/vol14_2_00/ems11200.htm [fecha de visita 5 de enero de 2010].

ido desarrollando bajo el modelo científico que impera en la atención en salud generando nuevas disciplinas y adquiriendo paulatinamente mayor autonomía en su quehacer.

(3.2.1.1.) Teniendo en cuenta lo ya tratado, en cuanto a que la variable crítica en las profesiones curativas es la metodología científica que se utiliza en la resolución de los problemas reales o potenciales de salud, la pregunta ahora es ¿las profesiones auxiliares de la salud basadas en la medicina alternativa son de aquellas que se podrían suponer análogas? Para responder tendremos que considerar que el artículo 313 a) acoge la tendencia de resaltar los conocimientos científicos como elemento esencial e inobjetable del verdadero “arte de curar”¹¹⁸, carácter que marca una diferencia significativa entre el empírico y el médico con formación académica¹¹⁹. Si bien el legislador, no se desarraiga del concepto de “arte de curar”, el precepto penal nos devela que se orienta principalmente hacia las profesiones científicas que encierran formación académica¹²⁰.

Es difícil delimitar actividades próximas a la medicina científica como la llamada medicina alternativa (acupuntura, homeopatía, terapias florales, naturopatía, otras)¹²¹. Entendidas estas, en Chile, como aquellas actividades que se lleven a cabo con el propósito de recuperar, mantener e incrementar el estado de salud y bienestar físico y mental de las personas, mediante *procedimientos diferentes a los propios de la medicina oficial, que se ejerzan de modo coadyuvante o auxiliar de la medicina*¹²². En nuestro país, se trata de procedimientos diferentes a la terapéutica científico-médica que se realizan en el contexto de una atención de salud convencional (auxiliando o coadyuvando). Este tipo de medicina usa elementos de la naturaleza como agua, sol, barro, alimentos, hierbas y muchas otras tera-

¹¹⁸ AGOSTINI, Claudia (2008). Médicos ecuestres, el arte de curar y los galenos en la historia nacional (Ciudad de México, 1877-1911). *Ciênc. saúde coletiva* [online]. vol. 13, Nº 3. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000300019&lng=en&nrm=, en línea [fecha de visita 04 de enero de 2011]. p. 975-984.

¹¹⁹ AGOSTINI (2008) 957-984.

¹²⁰ Ley N.º 17.155, Cámara de Diputados, Sesión 45.ª, en miércoles 6 de septiembre de 1967. Boletín 10. p. 3726. Aunque en un contexto diferente al de hoy día en que para ejercer la medicina alternativa no se requería de una autorización durante la tramitación del proyecto de ley que devino en el actual artículo 313 a) se interpuso una indicación fallida que solicitaba agregar un inciso que dijera: “*La recomendación y práctica de tratamientos naturistas no constituye delito*”. A lo que, anecdotíicamente, responde uno de los diputados: “*Entendemos que es así, sin decirlo*”.

¹²¹ Las prácticas médicas no tradicionales podrán denominarse indistintamente como prácticas médicas alternativas y complementarias.

¹²² REGLAMENTO PARA EL EJERCICIO DE LAS PRÁCTICAS MÉDICAS ALTERNATIVAS COMO PROFESIONES AUXILIARES DE LA SALUD Y DE LOS RECINTOS EN QUE ESTAS SE REALIZAN. DTO. N.º 42. Ministerio de Salud de 2004. Publicado en el *Diario Oficial* de 17.06.05. Disponible en: <http://www.seremisaludrm.cl/sitio/download/normativaseremi/Decreto42.PDF>, en línea [fecha de visita 4 de enero de 2011]

pias también llamadas energéticas y vibracionales, ancestrales y modernas, que su estudio no forma parte de la malla curricular de las carreras de la salud. La diferencia relevante entre la medicina alopática (convencional) y la natural (alternativa) es el método empleado en la curación o tratamiento de las enfermedades.

A la fecha, por regla general, la aplicación de métodos naturales no requiere necesariamente de una *formación científica* y no exige obligatoriamente la posesión de un *título académico* que autorice la actividad¹²³. No obstante en Chile, al incorporarse la medicina alternativa al sistema de salud oficial, para ejercer en esta área se exigirán ciertos estudios. A modo de ejemplo, el “Práctico Homeópata”, deberá acreditar los conocimientos y destrezas relativos a la biología, anatomía, fisiología, fisiopatología, farmacología, salud pública, bioética y materias propias de la actividad del homeópata, adquiridos a través de un programa regular de 1.600 horas.

Según Cobo y Quintanar (2005) y otros autores, el delito de intrusismo de la legislación española solo es concebible en la medida que se aplique un método científico experimental resultando atípicas las intervenciones basadas en métodos naturales, que no se enseñan en las facultades de medicina¹²⁴. Así estas profesiones fundadas en la medicina alternativa, al no basar sus intervenciones en métodos científico-médicos, nos parece que no serían susceptibles de ser categorizadas entre aquellas “relativas a la ciencia y arte de curar y prever enfermedades” del artículo 313 a)¹²⁵. Sin embargo, nada obsta a que se configure, a modo de ejemplo, el delito de ejercicio ilegal de la profesión acupunturista.

(3.2.2.) Antes bien, no podemos olvidar que el contexto de origen del delito de ejercicio ilegal “es de curar o prever enfermedades”¹²⁶.

¹²³ En igual sentido, Lloria (2001), 376 y ss. y Orts y Roig (2002) pp.183-87, entre otros.

¹²⁴ COBO Y QUINTANAR (2005) pp. 142-144. En igual sentido LLORIA (2001) p.380 Encontramos un análisis comparativo entre la formación del médico cirujano y el médico cirujano homeópata en: FERNÁNDEZ PÉREZ, Jorge A (2002). Estructura y Formación Profesional. El caso de la profesión médica. México D.F.: Benemérita Universidad de Puebla. Facultad de Filosofía y Letras. Disponible en: <http://www.filosofia.buap.mx/estructurayformacion.pdf>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]. No obstante, a modo de ejemplo, recientemente en la Universidad de Zaragoza se ha creado una cátedra universitaria sobre docencia y divulgación de la homeopatía para mejorar el conocimiento de esta materia entre los profesionales de la salud. Esto ha motivado el estudio crítico de estas profesiones. Véase: Introducción a la homeopatía como base para evaluar la creación de la Cátedra de Homeopatía (Universidad-Empresa) en la Universidad de Zaragoza Autores: María Teresa Alfonso Galán, L. Ramón Cuesta Laso Actualidad del Derecho Sanitario, N.º 177, 2010, pp. 899-903

¹²⁵ En igual sentido, Choclán (1998) 92. El autor, sin embargo plantea que la teoría ha manejado dos acepciones de “acto médico” una restringida a la medicina convencional y otra amplia que define el acto médico con independencia que el método utilizado sea o no el propio del arte médico oficial.

¹²⁶ La consideración de una enfermedad como su objeto central es el criterio que diferencia universalmente a la medicina de otros campos disciplinarios. Ello se reafirma en el inciso tercero del mismo artículo 113, a propósito de la relación existente entre el médico psiquiatra y el psicólogo, circunscribiendo la última profesión a la terapia de personas mentalmente sanas y derivando a un médico especialista la atención de los individuos

Recordemos que si bien el concepto de salud¹²⁷ en cuanto equilibrio y como contraposición la enfermedad es de antigua data, es recién a partir de la segunda mitad del siglo XX que el objeto de estudio de la medicina es el proceso salud-enfermedad. Así lo han entendido, por lo demás, nuestros tribunales al decir que conforme se infiere del artículo 313 a) del Código Penal, las *profesiones médicas* tienen como finalidad la “ciencia y arte de prever y curar las enfermedades del cuerpo humano, a lo que obviamente debe agregarse también prever que los procesos naturales, como lo es el del embarazo, tengan un curso óptimo, según sus circunstancias”¹²⁸.

(3.2.3.) Bajo una concepción de atención en salud integral son sujetos activos de la actividad médica el personal sanitario en su conjunto: médicos generales, especialistas, becados; enfermeras; auxiliares técnicos u otros.

4) FUNDAMENTOS PARA DETERMINAR LAS PROFESIONES ANÁLOGAS

La revisión hecha hasta ahora nos permite, en esta última parte, delinear algunos criterios que sirvan de base para la determinación de las profesiones análogas en el contexto del artículo 313 a). Al efecto definiremos un *criterio general básico* y *criterios específicos*.

4.1.) CRITERIO GENERAL

- a) El universo de profesiones que analizaremos se encuentra constituido por aquellas que integran el RNPIS.
- b) Las profesiones de médico-cirujano, cirujano-dentista, farmacéutico y bioquímico serán las profesiones que servirán de modelo comparativo para determinar las otras de características análogas a aquellas.

mentalmente enfermos. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 28 de diciembre de 2006. Sentencia Rol 804. “Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Óptica Santa Victoria Ltda. respecto de los artículos 113, inciso primero, 128, inciso primero y 129, inciso final, todos del Decreto con Fuerza de Ley N.º 725”. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/988> [fecha de visita 15 de mayo de 2010]

¹²⁷ Según la Organización de la Salud (OMS): “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de enfermedad o afección”. La salud implica que todas las necesidades fundamentales de las personas estén cubiertas: afectivas, sanitarias, nutricionales, sociales y culturales. Se ha sostenido que esta definición es utópica, pues se estima que bajo este parámetro solo entre el 10 y el 25% de la población mundial se encuentra completamente sana. No obstante ello para efectos de nuestro estudio es útil ya que nos da cuenta de la necesidad de concurrencia a la atención en salud de otras profesiones más allá de la medicina.

¹²⁸ CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE. 5 de marzo de 2008. Rol N.º 32-2007. “Marisol Monjes Núñez con José Francisco Redondo Caro y otros”. La cursiva es nuestra.

- c) Las restantes profesiones que conforman el RNPIS las dividiremos en titulares y auxiliares.
- d) En consecuencia, las profesiones incluidas en el análisis que nos permita concluir las profesiones análogas son: 1) Enfermeros; 2) Matrones; 3) Tecnólogos Médicos; 4) Psicólogos; 5) Kinesiólogos; 6) Nutricionistas; 7) Fonoaudiólogos; 8) Terapeutas Ocupacionales y 9) Las profesiones auxiliares señaladas en el inciso segundo del artículo 112 del Código Sanitario¹²⁹.

Definidas cuáles son las “profesiones de la salud” en su sentido técnico por las máximas autoridades que las regulan, debemos tener presente que para determinar las profesiones análogas del artículo 313 a) este criterio, por sí solo, no es suficiente. Se proponen, entonces, diferentes criterios específicos los que en su conjunto permitan concluir –según las reglas de la ponderación– las profesiones análogas que nos preocupan.

4.2.) CRITERIOS ESPECÍFICOS¹³⁰

Estos criterios representarán:

- a) Las *variables intrínsecas*, es decir aquellas establecidas por el legislador, contenidas en el propio tipo penal. Se trata de las premisas universales que se aducen como fundamentación¹³¹. Las que en nuestro caso corresponden a: i) ejercer “actos propios” de una determinada profesión; ii) en el ámbito de la “ciencia y arte de curar enfermedades”; iii) sin el “título profesional competente o autorización legalmente exigible”, y iv) la pena asignada.
- b) Las *variables extrínsecas* que son aquellas que sin formar parte expresa del tipo penal constituyen su razón de ser. Dichas variables se subdividirán en *variables sistemáticas-normativas* (el bien jurídico, el marco constitucional), *variables empíricas* (teoría del rol, otras).

4.2.1.) Criterios intrínsecos

PRIMER CRITERIO INTRÍNSECO: LOS ACTOS PROPIOS

Para determinar, conforme a este criterio, las profesiones análogas habrá que revisar la fuente de los actos reservados a cada una de las profesiones que constituyen el RNPIS. Nos encontraremos que estos o son establecidos por ley, o se contemplan en una norma de rango inferior, o no

¹²⁹ Más información disponible en: <http://www.supersalud.cl/568/fo-article-5068.pdf>

¹³⁰ En la definición de los criterios propuestos se tuvo a la vista el libro “La teoría de la argumentación jurídica” de Robert Alexy, en especial el capítulo. “Rasgos fundamentales de la argumentación jurídica” ALEXY (1997) (2) p.213-271.

¹³¹ ALEXY (1997) (2) p. 214.

se encuentran definidos y se atribuyen socialmente. Siguiendo la corriente doctrinaria mayoritaria suscribimos que para que los actos de una profesión sean considerados propios y por tanto susceptibles de ejercicio ilegal, en virtud del principio de legalidad y consiguiente publicidad, se deben encontrar regulados por ley. En igual sentido el “Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005”, señala como requisito que las profesiones se encuentren reguladas en la legislación sanitaria¹³². Esto no solo por la importancia de la función social asignada a cada profesión sino más bien por el *principio de publicidad* condición *sine qua non*, para que las normas tengan validez.

A) Actos propios profesionales regulados por ley. El Código Sanitario en el Libro V y VI, define los actos propios de las profesiones explicitadas en el tipo penal de médico, dentista y farmacéutico, no así los actos reservados al bioquímico. Además regula algunas de las profesiones no explicitadas en el tipo, tales como psicólogo, enfermera, matrona. Según este criterio: son profesiones análogas todas aquellas profesiones que sin estar explicitadas en el tipo penal forman parte del RNPIIS y sus actos propios se encuentran definidos por ley.

B) Actos profesionales no regulados por ley. Se trata de un grupo de profesiones que si bien cumple con la exigencia del título profesional sus actos profesionales no se encuentran regulados por ley. A modo de ejemplo señalamos a los terapeutas ocupacionales, nutricionista, tecnólogos médicos¹³³ y kinesiólogos¹³⁴. Se incluye en este grupo la profesión de bioquímico que encontrándose explicitado en el tipo penal, sus actos no se encuentran regulados por ley.

C) Actos propios de profesiones auxiliares regulados por disposiciones ministeriales. Es el caso de las profesiones auxiliares que integran el equipo de salud tradicional y de las que ejercen la medicina alternativa. Este grupo cumple con la exigencia de una autorización administrativa, legal o

¹³² El mencionado artículo 249 del Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005 se refiere a las “[...] profesiones relacionadas con la salud humana reguladas en la legislación sanitaria [...]”, (la cursiva es nuestra). Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal. *Polít. crim.* n° 1, D1, p. 1-92. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

¹³³ Ley N.º 20.470, modifica Código Sanitario determinando la competencia de los Tecnólogos Médicos en el área de la Oftalmología. Disponible: <http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?session=F325538O71464.1169925&profile=bcn&uri=link=3100008-!479153-!3100001-!3100002&aspect=subtab146&menu=search&ri=1&source=-!horizon&term=CHILE.+LEY+n.o.+20.470&index=SUBJEC#focus>

¹³⁴ Proyecto de ley (Boletín 8106-11), en trámite modifica D.F.L. N° 725, Código Sanitario, a objeto de permitir a los kinesiólogos, otorgar atención directa a pacientes en casos que se indica. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php> [fecha de visita 28 de diciembre de 2011].

título profesional para ejercer y sus actos propios se encuentran regulados, por lo general, en una norma administrativa¹³⁵.

SEGUNDO CRITERIO INTRÍNSECO: LA FORMACIÓN PROFESIONAL

A) Título profesional. Las profesiones titulares de la salud no explicitadas en el tipo, al igual que la profesión de médico y demás mencionadas en el tipo requieren de un título profesional de similar competencia, es decir un título otorgado por una Institución de Educación Superior. Según este criterio se pueden presentar dos situaciones: *i) Título profesional de exclusiva formación universitaria.* En este caso: son análogas todas aquellas profesiones que sin estar explicitadas en el tipo penal forman parte del RNPIIS y son de exclusiva formación universitaria. *ii) Título profesional otorgado por una Institución de Educación Superior, aunque no de exclusiva formación universitaria.* En esta situación: son profesiones análogas todas aquellas profesiones que sin estar explicitadas en el tipo penal forman parte del RNPIIS y teniendo un título profesional competente no son de exclusiva formación universitaria¹³⁶. En el primer caso se encuentra el psicólogo y en el segundo el enfermero, matrón, kinesiólogos y otros.

B) Autorización de la autoridad sanitaria: Es el caso de las “profesiones auxiliares de las titulares” que se encuentran reguladas en el inciso segundo del artículo 112 del Código Sanitario. Según este criterio: las mencionadas profesiones auxiliares no serían profesiones análogas por tratarse de profesiones que para su ejercicio no requieren de un título profesional (académico) que acredite la formación profesional que demanda el tipo penal. Las profesiones auxiliares bajo este criterio plantearían el problema que indistintamente se pueden ejercer mediante una autorización de la autoridad sanitaria o un título técnico profesional.

Un criterio similar ha sido utilizado por la legislación española, un referente nuestro en estas materias. El tipo penal de intrusismo contenido en el artículo 403 del Código penal, distingue entre *título académico* y *título oficial*. El legislador reserva esta última denominación para aquellos

¹³⁵ Cabe señalar que en el caso del auxiliar de enfermería sus actos propios tienen base legal en Decreto Ley 2147, de 31 de marzo de 1978. Disponible en: http://juridico1.minsal.cl/2147_DE_1978.doc [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

¹³⁶ La ley N.º 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N.º 1, de 2010, del Ministerio de Educación, en su artículo 63 señala las carreras de exclusiva formación universitaria. Se encuentra actualmente en trámite Proyecto de Ley, Boletín N.º 3849-04 que confiere el carácter de título profesional universitario a las carreras de Kinesiología, Fonoaudiología, Enfermería, Obstetricia y Puericultura, Nutrición y Dietética, Tecnología Médica y Terapia Ocupacional, del 20 de abril de 2005. A efecto de la mencionada ley orgánica el título profesional comprende a los otorgados por una institución de educación superior.

títulos que acreditan la capacitación necesaria, sin que obligatoriamente, deban ser otorgados por una institución de educación superior y habilitan legalmente para el ejercicio de una determinada profesión. En el contexto del artículo 403, el término “título académico”, en cambio reclama una formación sistemática que encierra altos estudios, tales como los universitarios o los correspondientes a otras instituciones de educación superior¹³⁷.

TERCER CRITERIO INTRÍNSECO: EL ÁMBITO DE ACCIÓN

El ámbito de acción que señala el artículo 313 a) es el de la “ciencia y arte de prevenir y curar enfermedades [...] y la atención en salud]”. Se observa que la totalidad de las profesiones comprendidas en el RENPIS responden a las bases de una medicina científica cuya finalidad es “prevenir y curar” con excepción de las “profesiones auxiliares de la salud”, las que, si bien reciben formación general sobre ciencias básicas (anatomía, fisiopatología, farmacología) responden a criterios formativos alternativos a la medicina convencional cuya finalidad son las técnicas terapéuticas por sobre los aspectos preventivos. En consecuencia, se estima que conforme a este criterio dichas profesiones auxiliares de la salud no serían análogas, por tanto no susceptibles de la tutela penal del artículo 313 a), lo que no obsta a que su ejercicio por personas no autorizadas constituya el ejercicio ilegal de la profesión de acupunturista o homeópata.

CUARTO CRITERIO INTRÍNSECO: UNIDAD DE PENA

El artículo 313 a) contempla una pena copulativa aplicable a todas las conductas por igual –presidio menor en su grado medio y multa de seis a veinte sueldos vitales– lo que sirve de fundamento para argumentar que el tipo penal está referido a un grupo de profesiones –aquellas que requieren un título profesional–, cuyos actos han de tener una misma o similar entidad o gravedad. Una interpretación en contrario –es decir abierta a toda clase de profesiones– plantearía una posible falta de proporcionalidad de la pena, que cabría esperar entre la entidad de los actos correspondientes a las profesiones que requieren de un *título profesional académico* y aquellos pertenecientes a las profesiones que solo requieren de una *autorización de la autoridad sanitaria o título técnico*¹³⁸. Es del

¹³⁷ En general, LLORIA (2001) pp. 285-303.

¹³⁸ El reciente proyecto de ley sobre aumento de las penas en el caso de los delitos de ejercicio ilegal de la profesión (Boletín 8089-07) propone aumentar y asimilar las penas de las profesiones en general. Sostiene que las figuras de los artículos 213 y 313 a) deben ser consideradas como un atentado a la fe pública y que ambas deberían tener similar penalidad. Disponible en: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index>.

caso recordar que en la determinación de la pena –en abstracto– se tiene en consideración tanto el fin de protección de la norma, es decir el bien jurídico, como las conductas capaces de lesionarlo¹³⁹. Además, acreditar el riesgo para los bienes protegidos permite evitar excesos al castigar conductas que, conforme con los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima, no deberían sancionarse en sede penal sino en el ámbito administrativo o en último término asignárseles penas menores.

4.2.2) Criterios extrínsecos

PRIMER CRITERIO EXTRÍNSECO: LA AFECTACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico ofrece un criterio material decisivo en la interpretación de los tipos penales en particular¹⁴⁰. Es ilegítimo el castigo de conductas inocuas. La puesta en peligro o lesión del bien jurídico viene a fundamentar el castigo¹⁴¹. Será necesaria la protección penal de un bien frente a algunas formas de ataque especialmente peligrosas y no frente a otras. Es preciso, que no sean suficientes para su tutela otros medios de defensa menos lesivos (intervención administrativa o civil)¹⁴². En todo caso, en cuanto a lo innecesario de la protección frente a ciertas formas de ataque no podrá decidirse con el solo criterio de la entidad del bien¹⁴³. La entidad del bien jurídico es insuficiente por sí sola como criterio rector de la interpretación. Se deberán tener en cuenta otros criterios tales como la

php. [fecha de visita 28 de diciembre de 2011]. En su momento el Anteproyecto del Código Penal (2005), planteó un solo delito para el ejercicio ilegal de una profesión, manteniendo una diferenciación de penas entre las profesiones en general y aquellas “relacionadas con la salud humana reguladas en la legislación sanitaria”. Ver artículos N.º 248 y 249, del anteproyecto. Anteproyecto de Código Penal Chileno de 2005, elaborado por la Comisión Foro Penal. *Polít. crim.* nº 1, D1, p. 1-92. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/d_1.pdf [fecha de visita 14 de agosto de 2011].

¹³⁹ Bustos Ramírez, Juan (2007 a). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 370-71.

¹⁴⁰ COBO Y VIVES (1999) 315.

¹⁴¹ COBO Y VIVES (1999) 315, 324.

¹⁴² Sobre el tema: CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2000) “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 N.º 1. pp.135-153. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/listaarticulos?tipo_busqueda=VOLUMEN&revista_busqueda=10893&clave_busqueda=27 [fecha de visita 5 de enero de 2011]; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2008): “*Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*”. *Ius et Praxis*, Vol. 14, N.º 1, p.13-48. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext [fecha de visita 15 de enero de 2011]; HEFENDEHL, Roland (2001) “¿Debe ocuparse el Derecho penal ocuparse de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. (Traducción Eduardo Salazar Ortúño) *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 19.2001. pp.-147-158. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501> [fecha de visita 15 de enero de 2011]

¹⁴³ MIR (1991) 205.

ratio legis. La finalidad objetiva de la norma no necesariamente debe coincidir con el bien jurídico; podría existir una causal de política criminal que justificara el delito¹⁴⁴.

Bajo este criterio habrá que valorar la entidad de los actos propios de cada profesión en cuanto a su capacidad de poner en verdadero peligro –aunque abstracto– la salud pública, “valor central de justificación de nuestra normativa penal”. La protección penal de los bienes jurídico-penales es solo fragmentaria: no se castigan la totalidad de los ataques sino –en virtud del principio de intervención mínima– solo aquella más peligrosa¹⁴⁵. Lo que se ha de medir es la probabilidad de riesgo. En cuanto a la evaluación de la peligrosidad de la acción, la conducta debe ser capaz, *ex ante*, de la puesta en peligro de la salud pública. Si tal peligro no existe es tan solo una infracción formal de una norma. En el caso concreto, cuando ha de estimarse relevante o peligrosa una acción –en sentido jurídico-penal– es un problema eminentemente de valoración judicial.

SEGUNDO CRITERIO EXTRÍNSECO: LIMITACIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO

La libertad de trabajo es la norma general en nuestra Constitución, teniendo como límites el orden público, la seguridad y la salubridad y, en el sistema de profesiones, la exigencia para el ejercicio de alguna de ellas de un título profesional universitario, con la previa obtención del grado académico procedente. Estas limitaciones son excepcionales, las que quedan justificadas cuando se compromete algún bien público, como la salud. Así, el legislador penal se encuentra legitimado para sancionar ciertas conductas, aun “limitando” una garantía constitucional –en este caso la libertad de trabajo–, con el fin de proteger un bien que se estima más relevante –en nuestro caso la salud pública–. Según este criterio habrá que determinar si la realización de actos propios de cada una de las profesiones de la salud: titulares y auxiliares, por personas sin una formación sistemática (intruso), afecta un derecho fundamental específico de entidad semejante a aquellas que el legislador penal ha tutelado explícitamente.

TERCER CRITERIO EXTRÍNSECO: EL ÁMBITO DE RELACIÓN

Se consideran dentro de este criterio: i) el *ejercicio liberal de la profesión*, y ii) las *expectativas del rol*. Ambos aspectos tendientes a demostrar que aquellas profesiones que, conforme a la división del trabajo, ejercen

¹⁴⁴ COBO y VIVES(1999) 320.

¹⁴⁵ MIR (2004) 96.

autonomía profesional y afectan bienes jurídicos de relevancia social, son acreedoras de una mayor protección y control estatal.

i) El ejercicio liberal: Si bien todas las profesiones de la salud tienen el potencial de afectar en mayor o menor grado la salud o la integridad física de las personas, aquellas susceptibles de ser ejercidas liberalmente –sin sujeción a dependencia intelectual ni laboral– presentan un contexto más propicio para ser ejercidas en forma ilegal por falta de control. Son ejemplos clásicos de este tipo de ejercicio las profesiones de médico, odontólogo, y farmacéutico. Entre las supuestas profesiones análogas tienen mayor opción de ser ejercidas liberalmente: psicólogo, kinesiólogo, fonoaudiólogo y terapeuta ocupacional. En cambio, su ejercicio liberal es más restringido en el caso de la profesión de bioquímico, tecnólogo médico (con excepción de la mención oftalmología), enfermero, matrón. Las profesiones auxiliares de la salud (acupuntura, homeopatía) son generalmente ejercidas de forma liberal. No así las profesiones auxiliares de la medicina, odontología, laboratorio y enfermería.

ii) Conducta socialmente tolerada: Según JAKOBS la división del trabajo fija con claridad el actuar de quienes intervienen en la vida social de modo que las personas no han de ser ya individualmente consideradas sino como portadoras de un rol –en nuestro caso: el rol de médico, el rol de enfermera, de auxiliar paramédico, de odontólogo– y ese rol genera expectativas en los demás respecto de la forma en que lo desempeñará cada quien. Por tanto la imputación objetiva propende a imputar las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol, las que a su vez configuran el esquema de la interpretación imprescindible para que las acciones individuales puedan adquirir un “significado socialmente relevante”. Este criterio se comporta como un complemento para el criterio teleológico del bien protegido. Según MIR PUIG existen hechos que correspondiendo a la literalidad típica no implican una afectación suficiente al bien jurídico lo que acarrea ausencia de tipicidad penal¹⁴⁶. Sí, puede significar una infracción de la norma o simplemente se trata de una conducta inocua.

De manera que cuanta más relevancia social tuvieran los bienes jurídicos comprometidos por una actividad profesional mayor sería el grado de conocimientos requeridos para el desempeño de dicha actividad, mayor el control estatal y más grave la sanción imponible ya que la actividad para que pueda ser realizada de modo socialmente relevante, lo habrá de ser hecha por especialistas¹⁴⁷. Desde este punto de vista, nos parece, que solo las profesiones titulares que inciden directamente sobre bienes jurídicos

¹⁴⁶ MIR (2004) 159.

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther (1997) *La imputación objetiva en el Derecho penal* (Dirección Dr. Rubén Villela). Editorial AD-HOC S.R.L, Buenos Aires. pp. 71-74.

cos de la máxima relevancia merecen la especial protección que garantiza el instrumento penal¹⁴⁸. Como se ha dicho, en el caso de profesiones que inciden sobre intereses sociales de menor entidad –en virtud del principio de legalidad y proporcionalidad– bastaría la imposición de una sanción administrativa para quienes realicen ilegalmente los correspondientes actos profesionales, o aplicar el artículo 213, que asigna una menor penalidad.

En concordancia con el punto anterior la antijuricidad penal reclama un resultado grave y/o peligroso imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad¹⁴⁹. Este criterio se vincula al objeto de la norma y a los criterios de imputación, que sirven para completar lo injusto.

CONSIDERACIONES FINALES

Para los fines de este estudio, en el contexto de la *interpretación analógica extensiva*, hemos interpretado el concepto “análogas” principalmente como semejantes. En la búsqueda de dicha semejanza entre las profesiones explicitadas en el tipo y las supuestas análogas analizamos algunos elementos críticos relativos al tipo penal –*intrínsecos* y *extrínsecos*– que nos permitieran hacer una *propuesta para la determinación de las profesiones análogas*. *Entre los primeros*: la regulación de los actos propios; el carácter del título profesional; el carácter científico del ámbito de acción, y la entidad de la pena que prescribe el tipo penal. *Entre los segundos*: el bien jurídico; la limitación a la libertad de trabajo; el ámbito de relación: la adecuación social, el rol social, la división del trabajo, entre otros.

A modo de conclusión, conforme a los parámetros descritos, se puede sostener que:

1. *Las profesiones auxiliares de la salud* (acupunturitas, homeópatas) por no responder su quehacer al ámbito de la medicina científica no podrían ser consideradas análogas y por tanto objeto del delito de ejercicio ilegal del artículo 313 a).

2. *Las profesiones de la salud: técnicas o auxiliares*, al no requerir de un título académico para su ejercicio como la falta de suficiencia de sus actos propios para poner en peligro la salud pública establecen una diferencia insalvable con el patrón de profesiones que sirven de referencia por lo que no cabría la analogía, no obstante compartir con aquellas el mismo ámbito de acción y otras características.

3. *Las profesiones que requieren de un título profesional para su ejercicio* no son todas ellas análogas a las explicitadas en el tipo penal. Cumplen

¹⁴⁸ COBO Y QUINTANAR (2005) 85; referido a la sentencia del Tribunal Constitucional Español 111/1993.

¹⁴⁹ MIR (2002) 166.

con los requisitos para ser consideradas profesiones análogas a las explícitadas en el tipo penal aquellas profesiones que ostenten un título profesional, que sus actos propios se encuentren establecidos por ley, y que su quehacer encierre un peligro de dañosidad para la sociedad. Las restantes *profesiones titulares* estimamos que no serían consideradas análogas principalmente por la falta de regulación legal de sus actos propios. La falta de precisión que se observa en el artículo 313 a) al definir las profesiones tuteladas, deja en manos del juez, sin una clara delimitación, la facultad de sancionar de forma idéntica una diversidad de conductas, no todas de igual relevancia o incluso irrelevantes para el Derecho penal. Esta situación se ve agravada por el carácter del bien jurídico (supraindividual) y del delito de que se trata (de peligro abstracto y concreto). Situaciones estas últimas que podrían llegar a afectar garantías ciudadanas o el equilibrio proporcional entre la entidad del delito y la entidad de la pena.

Por último, a la luz de las facultades de la SIS, se sugiere un estudio que permita determinar la factibilidad que el ejercicio ilegal de ciertas y determinadas profesiones sea sancionado en sede administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- A. DEL CURA (1973): “Sobre la analogía. Síntesis del pensamiento de S. Ramírez”, *Estudios Filosóficos*, Nº 22.
- AGOSTINI, Claudia (2008). Médicos ecuestres, el arte de curar y los galenos en la historia nacional (Ciudad de México, 1877-1911). *Ciênc. saúde coletiva* [online]. vol. 13, Nº 3. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232008000300019&lng=en&nrm=, en línea [fecha de visita 4 de enero de 2011]. p. 975-984.
- ALEXY, Robert (1997 a): *Teoría de la argumentación jurídica* Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. pp.346.
- ALEXY, Robert (1997 b). *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de Jorge Malem. Gedisa, Barcelona.
- ALFONSO GALÁN, María Teresa L; CUESTA LASO, Ramón (2010). “Introducción a la homeopatía como base para evaluar la creación de la Cátedra de Homeopatía (Universidad-Empresa) en la Universidad de Zaragoza”. Actualidad del Derecho Sanitario, N.º 177, 2010. pp. 899-903.
- ARGENTINA. MINISTERIO DE SALUD Y AMBIENTE (2005): Resolución Nº 604/2005 Incorporase al ordenamiento jurídico nacional la Resolución Grupo Mercado Común Nº 27/2004. Disponible en: http://www.puntoprofesional.com/P/0720/MS_604-05.HTM [fecha de visita 5 de abril de 2011]

- ARISTÓTELES (1994). *Ética a Nicómaco*. 6^a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 174 pp.
- BEDREGAL G, Paula y CORNEJO A, Carlos (2005): “El movimiento de la medicina basada en evidencia: Alcances conceptuales y teóricos”, *Revista médica de Chile*, vol. 133, Nº 8, Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003498872005000800015&lng=es&nrm=iso , en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007 a). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 567 pp.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2007 b). *Obras Completas. Derecho Penal. Tomo II Control Social y Otros Cambios* Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 541 pp.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREÁ, Hernán (2007 c). *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Madrid: Trotte. 249 pp.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2000): “Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales” *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 27 Nº 1. pp. 135-153.
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl (2008): “Derecho Penal como *última ratio*. Hacia una política criminal racional”. *Ius et Praxis*, Vol. 14, Nº 1, p.13-48. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext [fecha de visita 16 de abril de 2011].
- CEA EGAÑA, José Luis (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 402 pp.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004). *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II, Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2 V.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio (1998). “*El delito de intrusismo*”. Barcelona: Bosch, 257 pp.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y QUINTANAR DIEZ, Manuel (2005). *El Delito de Intrusismo (Estudio Doctrinal, Legislativo y Jurisprudencial, especialmente en las profesiones de Abogado, Procurador, Médico, Farmacéutico, Ingeniero y Arquitecto)*. Madrid: Editorial CESEJ, 298 pp.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás S (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch. 998 pp.
- CRUZ COKE, Ricardo (1995). *Historia de la Medicina Chilena*. Santiago de Chile: Andrés Bello, 584 pp.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio (2002). “Algunos fundamentos teóricos del uso alternativo del derecho desde la judicatura”. *El otro*

- derecho*, N° 26-27. pp. 229-243. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdr026-27/elotrdr026-27-10.pdf> [fecha de visita 4 de agosto de 2010].
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: *Seguridad colectiva y peligro abstracto. sobre la normativización del peligro.* Disponible en: http://www.molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf [fecha de visita 28 de diciembre de 2011]
 - FERNÁNDEZ PÉREZ, Jorge A (2002). Estructura y Formación Profesional. El caso de la profesión médica. México D.F.: Benemérita Universidad de Puebla. Facultad de Filosofía y Letras. Disponible en: <http://www.filosofia.buap.mx/estructurayformacion.pdf>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]
 - FERRAJOLI, Luigi (1997). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal.* 2^a edición. Madrid: Editorial Trotta, 991 pp.
 - FERRATER MORA, José (1990). Diccionario de Filosofía. 7^a Edición. Barcelona: Alianza Editorial.
 - GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio (2006). *Introducción al Derecho Penal.* 4^a Edición. Madrid: Editorial Universitaria, Ramón Areces. 815 pp.
 - GISBERT CALABUIG, Juan Antonio (2004). *Medicina Legal y Toxicológica.* Enrique Villanueva Cañadas (Editor). Barcelona: Masson. 1394 pp, p. 62.
 - GRACIA GUILLÉN, Diego (1995). “Jurisprudencia y *Lex Artis*” en MARTÍNEZ, D (editor): *Responsabilidad del personal sanitario.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial. Ministerio de Salud y Consumo, pp. 53-58.
 - GYARMATI, Gabriel, et al. (1997). *Las profesiones dilemas del conocimiento y del poder.* Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 169 pp.
 - HART, H.L.A (1995). *El concepto de Derecho.* Buenos Aires: Abeledo Perrot. 332 pp.
 - HEFENDEHL, Roland (2001) “¿Debe ocuparse el Derecho penal ocuparse de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. (Traducción Eduardo Salazar Ortuño) Anales de Derecho. Universidad de Murcia. Número 19.2001. pp.-147-158. Disponible en: <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/56531/54501> [fecha de visita 15 de enero de 2010]
 - JAKOBS, Günther (1995). *Derecho Penal, Parte General Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1113 pp.
 - JAKOBS, Günther (1997). *La imputación objetiva en el Derecho penal (Dirección Dr. Rubén Villela).* Editorial AD-HOC -S.R.L, Buenos Aires. 119 pp.

- KAUFMANN, Arthur (1976) *Analogía y “naturaleza de la cosa”. Hacia una teoría de la comprensión jurídica*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 109 pp.
- LABATUT Glena, Gustavo (2007). *Derecho Penal. Tomo II, 7ª edición actualizada*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. pp. 257.
- LAZO, Santiago (1915). *Los Códigos chilenos anotados. Código Penal. Orígenes, concordancias, jurisprudencia*. Santiago de Chile: Poblete Cruzat Hnos. Editores, 560 pp.
- LLORIA GARCÍA, PAZ (2001). *El delito de intrusismo profesional (El bien jurídico y la configuración del injusto)*. Valencia: Tirant lo Blanch Tratados, 543 pp.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (2002). *Enciclopedia penal básica de Derecho*. Granada: Editorial Comares. 1772 pp.
- MANTILLA ESPINOZA, Fabricio (2009). “Interpretar”: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. n.33, pp. 537-597. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512009000200015&lng=es&nrm=iso, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]
- MARRAUD, Hubert (2007): La analogía como transferencia argumentativa *Theoría* (59) Vol. 22, Nº 2. pp. 167-188. Disponible en: <http://www.ehu.es/ojs/index.php/THEORIA/article/view/466>, en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011]
- MIR PUIG, Santiago (1991). “Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como Límites del Ius Puniendi”. En *Estudios penales y criminológicos*, XIV, pp. 205. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/bien-juridico-y-bien-juridico-penal-como-limites-al-ius-puniendi-s-mir-puig/> [fecha de visita 4 de febrero de 2011].
- MIR PUIG, Santiago (2004). *Derecho penal: Parte general*. 7ª ed. Barcelona: Reppertor, 761 pp.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2009). *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 3. Los derechos sociales fundamentales*. Talca: CECOCH (Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca) Librotecnia. 4 v.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I*. Santiago, de Chile: Editorial Jurídica de Chile (ed., reimpresión)
- ORTS BERENGUER, Enrique y ROIG TORRES, Margarita (2002): “El intrusismo en las profesiones sanitarias”. En *Responsabilidad penal del personal sanitario*. Coruña (España): NETBIBLO S.A, 198 pp.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2009). “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”. *Revista de*

- Derecho.* Vol. XII, N.º1, julio 2009. pp. 159-183. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art08.pdf> [fecha de visita 14 de mayo 2011]
- POLITOFF L., Sergio; GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan (1993). *Derecho Penal Chileno, Parte especial: "Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas"* 2^a ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 293 pp.
 - POLITOFF L., Sergio; MATUS A., Jean Pierre; RAMÍREZ G., María Cecilia (2006). *Lecciones de Derecho penal chileno: Parte especial.* 2^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 - RILLO, Arturo G (2006): "El arte de la medicina: una investigación hermenéutica". *Gaceta Médica de México*, vol. 142, Nº 3, pp. 253-260. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0016-38132006000300013&lng=es&nrm=iso [fecha de visita 4 de enero de 2010].
 - ROMEO CASABONA, Carlos María: Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores? En ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001. p.630. Disponible en: <http://www.uclm.es/aidp/pdf/barbero2/27.pdf> [fecha de visita 28 de diciembre de 2011]
 - ROSSELOT J, Eduardo (2003). Reivindicando la medicina como profesión científico-humanista. *Revista médica de Chile*, vol. 131, n.4, pp. 454-456. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003000400015&lng=es&nrm=iso en línea [fecha de visita 4 de enero de 2010].
 - ROXIN, Claus (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Traducción, y notas DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, [et al.]. Madrid: Civitas. S.A.
 - ROXIN, Claus (2004). *Problemas actuales de dogmática penal.* Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: ARA Editores, 243 pp.
 - SACKETT, D (1996). "Evidence-Based Medicine: what it is and what it isn't (Editorial)". *British Medical Journal*, Vol. 312: pp. 71-72.
 - VERA, Robustiano (1883). *Código Penal de la República de Chile. Comentado por Robustiano Vera.* Santiago de Chile: Impr. de P. Cabot i Ca., 840 pp.
 - YACOBUCCI, Guillermo (2002). *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal.* Buenos Aires: Abaco, 480 pp.
 - YORIS, Corina: *La fuerza de los argumentos por analogía.* Inédito.

Trabajo de fin de máster, máster en Lógica y Filosofía de la Ciencia, Universidad de Salamanca. Disponible en: <http://www.filosoficas.unam.mx/~afmbib/mayteAFM/Ponencias/25022.pdf> en línea [fecha de visita 4 de febrero de 2011].

JURISPRUDENCIA CITADA

- CORTE DE APPELACIONES DE COYHAIQUE. 5 de marzo de 2008. Rol N° 32-2007. “Marisol Monjes Núñez con José Francisco Redondo Caro y otros”.
- CORTE SUPREMA. 2 de mayo de 2006. Rol N° 1594-2006, “Ministerio Público contra Mario Osvaldo Illanes Avendaño”.
- CORTE SUPREMA. 10 de agosto de 2005. Rol N° 3203-2005, “Mauricio Dunner Torres contra Pedro Antonio Muñoz Hernández”.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 9 de noviembre de 2006. Rol N° 468, “Requerimiento para que se declare la inaplicabilidad del artículo 299, N° 3º, del Código de Justicia Militar”.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE. 28 de diciembre de 2006. Sentencia Rol 804. “Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Óptica Santa Victoria Ltda. respecto de los artículos 113, inciso primero, 128, inciso primero y 129, inciso final, todos del Decreto con Fuerza de Ley N.º 725”.