



UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE
DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL ARTÍCULO 255 DEL CÓDIGO PENAL. UN DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

ROBERTO EMILIO VON BENNEWITZ BRENGI

PROFESOR GUÍA:
Eduardo Sepúlveda Crerar

SANTIAGO, CHILE
2020

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.” Nelson Mandela.

Índice

Resumen	7
Abreviaturas.....	8
Introducción	9
Capítulo Primero.....	11
Obligación de respeto al derecho a la integridad moral.....	12
Prohibición de afectación integridad moral	12
Regulación Específica de las Conductas Atentatorias de la Integridad Moral	13
A) La tortura	13
Paralelo de ambas definiciones	14
B) Los Apremios Ilegítimos y los malos tratos u otras penas crueles, inhumanas o degradantes	15
Jus Cogens.....	15
Capítulo Segundo.....	17
Análisis en común de los delitos contra la integridad moral	17
I.- La ley N°20.968	17
Bien Jurídico Protegido.....	20
Sujeto Activo.....	25
Sujeto Pasivo:.....	27
Concepto Tortura, Apremios Ilegítimos u Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y Vejaciones Injustas	27
Modalidad de Comisión	30
Reglas de delimitación de los delitos contra la integridad moral	32
La Gradualidad en gravedad y lesividad.....	33
Intencionalidad en la Tortura	37
Fin Subjetivo Especial en la Tortura	38
Capítulo Tercero	40
El Delito de Abuso contra Particulares por Vejaciones Injustas.....	40
I.-Introducción:.....	40
1) Historia de la ley	41
2) El Delito de Vejaciones en el derecho comparado	42
3) La Reforma de la ley N°20.968	44
II.-Bien Jurídico Protegido	45
III.-Tipicidad.....	51
III.-1 Antiguo artículo 255.....	51
III.-2 Actual artículo 255 del Código Penal.....	52
III.-3 Tipicidad Objetiva.....	52
III.-3.1 Sujeto activo	53

III.-3.2 Requisito típico complementario “ <i>desempeñando un acto de servicio</i> ”	56
III.-3.3 Sujeto Pasivo:.....	56
III.-3.4 La Acción Típica	57
III.-3.5 Figura Agravada: Inciso 2º Artículo 255.....	60
III.-3.6 La Omisión. Clases de Omisión. Posibilidad comisión por omisión en el delito de vejaciones injustas	61
III.-4 Tipicidad Subjetiva	65
III.-4 A) El Dolo. Concepto, Elementos y Clasificación	66
III.-4 B) El Dolo en el Delito de Vejaciones	66
III.-4 C) Cuasidelito de vejaciones injustas	68
IV.- Antijuricidad	68
IV.-1 Los elementos normativos del tipo y la antijuricidad.....	68
IV.-2 Concepto de Antijuricidad	69
IV.-3 Antijuricidad en el artículo 255	70
IV.4- la norma de clausura del inciso tercero.....	72
V.- Análisis Jurisprudencial de relevancia	73
V.-2 Principio de Legalidad y “Cualquier Vejación injusta” ¿Ley penal en blanco abierta?	77
V.- 2“Cualquier Vejación injusta” ¿Ley penal en blanco abierta?	78
Conclusión	80
Bibliografía.....	86
Doctrina	86
Jurisprudencia	89
Legislación Extranjera	89

Resumen

El objeto del presente trabajo es realizar un análisis dogmático del delito de abusos contra particulares del artículo 255 del Código Penal y su relación con los otros delitos contra la integridad moral. No obstante, la reducida doctrina nacional sobre el tipo de vejaciones injustas, advertimos un impulso doctrinal y jurisprudencial posterior a la ley 20.968 que tipificó en nuestro ordenamiento interno la tortura. Reforma que tuvo por objeto dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado surgidas a partir de la ratificación de las convenciones de Naciones Unidas e Interamericana sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La nueva regulación consagró el bien jurídico protegido integridad moral del cual forman parte tanto tortura, los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes como las vejaciones injustas. Y que, dada su imposibilidad de concurrencia conjunta se deben delimitar en atención a la gradualidad de afectación del bien protegido, intención y finalidad especial.

Palabras claves: Dignidad Humana -Integridad Moral- JUS COGENS- Tortura- Apremios Ilegítimos – Abusos Contra Particulares- Vejaciones Injustas.

Abreviaturas

Art.150 A: Código Penal Chileno vigente

Art.150 B: Código Penal Chileno vigente

Art.150 C: Código Penal Chileno vigente

Art.150 D: Código Penal Chileno vigente

Art.150 E: Código Penal Chileno vigente

Art.150 F: Código Penal Chileno vigente

CP: Código Penal Chileno vigente

CP Español: Código Penal de España vigente

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos

LOC: Ley Orgánica Constitucional

Otros Tratos: Otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes

TJOP: Tribunal Oral en lo Penal.

Introducción

La Comunidad Internacional ha desarrollado convenios, declaraciones y resoluciones que han sido adoptadas por sus Estados miembros a fin de prohibir sin justificación alguna las conductas constitutivas de tortura, los apremios ilegítimos, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el Protocolo de Estambul. En nuestra región, encontraremos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

El esfuerzo internacional nos da cuenta de normas Jus Cogens como abordaremos en la primera sección. Pudiendo adelantar que se tratan de normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Nuestra legislación a lo largo de la historia del Código Penal Chileno (CP¹) en materia de apremios ilegítimos, tortura, tormentos y las vejaciones injustas, ha evolucionado con retraso, se observa un impulso legislativo tardío, iniciado a consecuencia de las críticas y recomendaciones internacionales. Han sido los organismos internacionales quienes resaltaron la falta de concordancia entre la normativa internacional y la interna, los cuales han advertido el incumplimiento por parte del Estado de Chile a los compromisos adquiridos en la ratificación hace más dos décadas de los diferentes tratados sobre derechos humanos. En especial, la falta de tipificación en nomine iuris de la tortura incumplía gravemente la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes² y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³.

¹ Código Penal Chileno. En: <http://bcn.cl/2f6m7> A continuación “CP” o “CP Chileno”.

² En adelante la “Convención de Naciones Unidas”

³ En adelante la “Convención Americana”

La ley n°20.968 del año 2016 cumplió en parte las obligaciones internacionales del Estado, modificando los artículos 150, 255 y 256 CP. Su idea matriz, consistió en establecer un bien jurídico protegido en común, un tipo penal específico para la tortura y los apremios ilegítimos. Estos últimos, en regulación propia separada de los tormentos o de las vejaciones.

En el capítulo segundo, se abordará en detalle cada una de las conductas atentatorias contra la integridad moral y atendido la imposibilidad de concurso entre los tipos, analizaremos sus reglas de delimitación elaboradas principalmente por las Comisiones y Cortes Europeas⁴ e Interamericanas de Derechos Humanos⁵ las que han sido recogidas nuestros tribunales superiores de justicia.

Finaliza la presente memoria con un capítulo tercero da cuenta de un análisis en profundidad del delito de vejaciones injustas como objeto principal de esta obra. Se examinará su relación de gradualidad con las conductas de torturas y apremios ilegítimos; El bien jurídico protegido; Su sujeto activo especial y sujeto pasivo abierto a toda víctima sin requisito especial alguno; Definición del verbo rector “vejar”; La posibilidad de comisión por omisión; Elemento normativo injusto en sede antijuricidad; Y la imputación subjetiva tanto a título de dolo directo como eventual.

⁴ A continuación, “Corte Europea”

⁵ En adelante “Corte Interamericana”

Capítulo Primero

Previo a iniciar el tratamiento en común y particular de la tortura, los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y las vejaciones injustas. Debemos abordar la normativa internacional que impone a los estados signatarios la obligación de respeto a la integridad moral de las personas y que prohíbe sus diferentes formas de afectación. Toda vez que, como bien señala el profesor Claudio Nash “En el sistema internacional de derechos humanos el derecho básico consagrado es la prohibición de afectar ilegítimamente la dignidad personal (como fuente de los derechos fundamentales) mediante la práctica de la tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes”⁶

La Organización de Naciones Unidas⁷ por largo periodo ha promovido diversos convenios, declaraciones y adoptado resoluciones con sus estados miembros con el propósito de asegurar la protección sin excepciones contra la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas⁸, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Protocolo de Estambul, Conjuntos de Principios sobre la Detención, los cuatro Convenios de Ginebra y los Códigos de Conducta de los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y del Personal de Salud⁹. En nuestra región, encontraremos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁶ NASH CLAUDIO. Alcance del Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. Santiago. 2008. Página 2.

⁷ A continuación “ONU”

⁸ En adelante “Declaración Universal de Derechos Humanos”

⁹ OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protocolo de Estambul. Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes. Página 4.

A continuación, estudiaremos la principal normativa internacional agrupadas en aquellas que consagran el derecho a la integridad moral de las personas, las que prohíben sin excepciones las conductas atentatorias contra la integridad moral y las que regulan en específico la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Obligación de respeto al derecho a la integridad moral

A partir de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos de 1969¹⁰, en particular en sus artículos 5.1 y 11.1. Podemos construir la obligación de respeto para los estados miembros y como derecho protegido para las personas: Su integridad moral.

“Artículo 5.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

Artículo 11.1: Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en su artículo primero impone a los estados la obligación de garantizar “a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades del presente convenio”. Ello interpretado juntamente con el artículo 3, otorga a las víctimas el derecho y la obligación a lo Estados de una investigación oficial efectiva que debe conducir a la identificación y al castigo de los responsables, de lo contrario la prohibición de las conductas quedaría sin efecto en la práctica y daría lugar a la impunidad de ciertos actos¹¹.

Prohibición de afectación integridad moral

La Declaración Universal de derechos humanos en 1948 inició en el orden internacional la configuración de un espacio exento al poder político estatal.¹²

“Artículo 5 Declaración Universal de derechos humanos “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁰ A continuación “Convención Americana”

¹¹ ASSENOV Y OTROS CON BULGARIA. EN: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI. Párrafo102.

¹² CHUECA RICARDO. Artigos Docentes: El derecho a la Integridad moral. Universidad de la Rioja. Curso Académico, Belo Horizonte, v3, n5. enero 2015. página 163

“Artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”

Artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

Artículo 5.2 Convención Americana sobre derechos humanos: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”¹³

Regulación Específica de las Conductas Atentatorias de la Integridad Moral

A) La tortura

En la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas y en la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, encontramos un esfuerzo internacional por definir la tortura.

“Artículo 1 Convención de Naciones Unidas: Se entenderá por termino tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

¹³ NASH CLAUDIO. Ob.cit. Página 6.

“Artículo 2 Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura: se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderán también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo¹⁴”

Paralelo de ambas definiciones

De ambas definiciones podemos destacar como elementos en común a) La intencionalidad. b) Sujetos activos vinculados a una actividad de acción u omisión por parte de un funcionario público. c) Exigencia de finalidad.

Difieren en que: 1- La Convención de Naciones Unidas exige que el padecimiento sea grave cuestión no exigido por la Convención Americana, pero si se desprende del razonamiento que ha tenido en sus fallos tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2- El sistema interamericano amplía la noción de padecimiento por medio de considerar tortura un acto que, sin provocar este dolor o sufrimiento, este destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, lo que nos da cuenta de un bien jurídico protegido más allá de integridad física o la libertad. 3- En cuanto a la finalidad, la convención americana menciona una serie de fines, pero a diferencia de las Naciones Unidas, no establece un catálogo taxativo y cierra la enumeración con “cualquier otro fin”¹⁵.

¹⁴ NASH CLAUDIO. Ob cit. Página 7

¹⁵ NASH CLAUDIO. Ob cit. Página 9

B) Los Apremios Ilegítimos y los malos tratos u otras penas crueles, inhumanas o degradantes

Los tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes a diferencia de la tortura, no poseen en materia internacional un concepto detallado sino más bien son tratadas como una figura de menor entidad y gravedad en comparación a la tortura que constituiría su forma agravada. Así, el artículo 16 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas dispone:

“Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura como se define en el artículo 1º, cuando estos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”

De la definición citada, se desprende que los malos tratos constituyen un delito de menor gravedad en atención a la intensidad de afectación del bien jurídico protegido. Corresponden a la figura base y la tortura a la agravada. Además, de no hacer referencia a la intencionalidad ni a la finalidad que como veremos más adelante son parte de los elementos que delimitan las conductas tanto a nivel internacional como en nuestro ordenamiento interno donde se requieren su concurrencia en el artículo 150 A sobre tortura, pero no en los artículos 150 D de apremios ilegítimos y 255 del Código Penal (CP CHILENO) sobre vejaciones injustas.

Jus Cogens

El esfuerzo de la comunidad internacional que hemos reseñado, manifestado en declaraciones, convenciones y pactos, nos muestra una protección internacional a la integridad moral y nos da cuenta de normas imperativas de carácter superior y que no admiten excepciones. Como bien señala el abogado asesor técnico del Congreso Matías Meza-Lopehandia, la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, son conductas proscritas por el derecho internacional al igual que a nivel de costumbre internacional general o Jus Cogens.

Se trata, por tanto, de una prohibición universal e inderogable para los Estados¹⁶. La Convención de Viena sobre los Derechos de los Tratados en su artículo 53 define Jus Cogens como “Una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

En palabras del profesor Nash el derecho a no ser sometido a torturas constituye una norma Jus cogens, es decir, una norma imperativa del derecho internacional respecto de la cual ningún Estado puede sustraerse, por ejemplo, haciendo una reserva al momento de obligarse por un tratado de derechos humanos¹⁷.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema ha decidido reconocer el derecho a la indemnización del daño producido por la tortura y los malos tratos, crueles e inhumanos cometidos por agentes del Estado y la acción para hacerla efectiva, que tienen como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de esos agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por el país y la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5 de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado Chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁸.

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Tipificación del Delito de Torturas: derecho internacional y legislación extranjera. 2015. Página 2.

¹⁷ NASH CLAUDIO. Ob cit. Página 4.

¹⁸ EXCMA CORTE SUPREMA. Segunda Sala. Rol 30481-2020. Fecha 08-09-2020.

Capítulo Segundo

Análisis en común de los delitos contra la integridad moral

I.- La ley N°20.968

El ordenamiento jurídico penal chileno, en relación con los delitos contra la integridad moral, no tenía incorporado la tortura, los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y las vejaciones injustas. A partir de la dictación del Código Penal de 1874, donde encontrábamos el antiguo artículo 150 sobre aplicación de tormentos y el 255 sobre vejaciones regulada juntamente con los apremios ilegítimos. Estos últimos poseían una inexplicable doble regulación tanto a propósito de los tormentos y como también de las vejaciones injustas. En la actual normativa reformada por la ley 20.968, se observa un impulso legislativo tardío, iniciado a consecuencia de la crítica internacional como, por ejemplo, el comité contra la tortura durante el año 2009. Han sido los organismos internacionales quienes resaltaron la falta de concordancia entre la normativa internacional sobre tortura y la legislación interna, quienes dieron cuenta del incumplimiento del Estado de Chile a los compromisos adquiridos en la ratificación de los diferentes tratados sobre derechos humanos. Como bien señala el profesor Durán “nuestra legislación recibió fuertes críticas por su incompatibilidad e incumplimiento sustantivo del mandato de tipificación contenido en una serie de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en estas materias¹⁹”

Ejemplo de la adecuación tardía de nuestra normativa nacional, fue primero la ley 19.567 del año 1998 que introdujo los artículos 150 A y 150 B, en un intento de dar cumplimiento, transcurridos 10 años desde las ratificaciones respectivas, a las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericana. Pero sin *nomine iuris* del delito de tortura.²⁰

Por lo que, la regulación del artículo 150 A debía ser complementada en su interpretación con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura.

¹⁹ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 203.

²⁰ TORRES LUIS. El delito de tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: balance y críticas. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2015. Página 56.

El 14 de mayo de 2009 el Comité Contra la tortura en preocupación por nuestro antiguo artículo 150 A CP señaló “Por el hecho de que, a pesar de sus recomendaciones anteriores, la definición de tortura en el Estado parte sigue sin estar plenamente en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la convención.”²¹ Además de instar a nuestro país a adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura sean considerados delitos, que se apliquen penas apropiadas teniendo presente la gravedad de los ilícitos y que se eliminara la prescripción de los mismos²². Podemos sintetizar las principales críticas tanto internacionales como nacionales en 1) Tipificación más restrictiva que la propia convención. 2) Exigencia adicional y ajena a las convenciones sobre que el sujeto pasivo se encontrara privado de libertad. 3) Falta de adecuación de las penas a la gravedad de las conductas. 4) Aplicación de la prescripción pese a las recomendaciones internacionales.

Para algunos autores al estar regulado bajo el epígrafe de “los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la constitución” y exigencia de privación de libertad por parte del sujeto pasivo, demostraba que el bien jurídico protegido se trataba de la libertad y la seguridad individual de la víctima, sobre otras consideraciones.²³ Al respecto los profesores Politoff, Matus y Ramírez, indicaban “(los tormentos y apremios ilegítimos) son atentados a la seguridad individual como presupuesto de la libertad, pues no se trata de castigar aquí las lesiones ni los malos tratos que se causan per se, sino que se castiga el empleo de violencias que causan o constituyen esos atentados contra la persona, como medio de quebrantar su voluntad de no declarar ante la autoridad gubernativa o judicial, en el caso más grave, o como medio de disciplinar ilegalmente al detenido, en el menos grave.”²⁴

Finalmente, la Ley N° 20.968 del año 2016 modificó los artículos 150, 255 y 256 CP y cumplió en parte la deuda del Estado respecto a sus compromisos internacionales en la materia. Su idea matriz, consistió en establecer un tipo penal específico para la tortura y los apremios ilegítimos.

²¹ Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/14 DE MAYO DE 2009, par.10. EN: TORRES LUIS. OB.CIT. Página 57.

²² MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Proyecto de ley que modifica el código penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura. Boletín N°9589-17. abril 2016. Página 5.

²³ TORRES LUIS. Ob.cit. Página 56.

²⁴ POLITOFF, MATUS y Ramírez. Ob. Cit. Página 217.

El párrafo 4 del título III del Libro Segundo CP vio modificada su denominación pasando a “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”. Se recogen las definiciones y requerimientos de los tratados internacionales ratificados por nuestro país y las recomendaciones de sus órganos de control²⁵. Además de establecer una nueva figura penal: Los apremios ilegítimos indistintos de los tormentos o de la vejación y en regulación separada en el artículo 150 letra D del Código Penal²⁶. Como también se elevan las penas de todos los delitos incluido el delito de negatividad de servicio del artículo 256 CP.

Además, se modificaron otras leyes en pos de su aplicación o sanción, como la Ley N°18.216 que establece las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; La ley N°20357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra; El Decreto Ley N°2.460 de 1979 del Ministerio de Defensa Nacional, que contiene la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile y la Ley N°20.477 que modificó la competencia de los Tribunales Militares²⁷.

Luego, tras la reforma de 2016, podemos clasificar nuestro artículo 150 en las hipótesis contenidas en su letras A a la F en: I) Delito de tortura figura base del artículo 150 letra A Código Penal) ; II) Delito Tortura Calificada (artículo 150 letra B CP); III) Delito de Apremios Ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes figura base (artículo 150 letra D CP) y IV) Delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes calificados (artículo 150 letra E CP)²⁸.

²⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Proyecto de ley que modifica el código penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura. Boletín N°9589-17. abril 2016. Página 2 y 10

²⁶ Ídem.

²⁷ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 204.

²⁸ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 213.

Bien Jurídico Protegido

Como hemos señalado y citado a propósito de la ley N°20.968, antes de su entrada en vigor, nuestra doctrina sobre los tormentos y apremios ilegítimos sostenía que se trataba de un presupuesto de libertad atendido el requisito de que la víctima se debía encontrar privada libertad (Politoff, Matus y Ramirez) o “Delitos contra la libertad ambulatoria y la seguridad individual” junto al secuestro, sustracción de menores, detenciones arbitrarias, detenciones ilegales, violación de prerrogativas y las condenas irregulares. (Bullemore y Mackinnon)²⁹

Respecto de las vejaciones se le asignaba un bien distinto de “normal desenvolvimiento de la administración pública”³⁰ o “la buena y ordenada marcha de los servicios públicos”³¹ y se le clasificaba a propósito de delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos y con infracción a sus deberes.

A partir de la nueva tipificación, nuestra doctrina nacional ha cambiado su interpretación del bien jurídico protegido en las diferentes hipótesis contenidas en el artículo 150 del Código Penal en sus letras A a D. Los profesores Matus y Ramírez exponen que con anterioridad la prohibición de la tortura se encontraba formalmente establecida en el inciso final del art.19 n°1 de la Constitución, vinculada a la protección de la integridad física y psíquica de las personas frente a la actuación de los órganos del Estado, aunque empleando la antigua fórmula lingüística de prohibir la aplicación de todo tormento ilegítimo.³² De lo anterior, se podía estimar que las torturas y los tratos crueles, inhumanos o degradantes protegían la libertad y seguridad de las personas. Con la actual redacción y la nueva denominación del párrafo, estiman que lo custodiado tiene que ver con las garantías constitucionales y que en dicho orden lo relevante es la afectación de la integridad física o psíquica como también el riesgo de la propia vida de la víctima³³.

²⁹ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal. Tomo III. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007. Página 107-116.

³⁰ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal. Tomo IV. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007. Página 159

³¹ LABATUT GLENA GUSTAVO. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Página 69.

³² MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. Tomo II. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017. Página 191.

³³ Ídem.

No obstante, las modificaciones del año 2016 y la evolución dogmática para con la tortura. El análisis, clasificación y determinación del bien jurídico protegido en relación con el artículo 255 CP, permanece excesivamente centrado en la calidad especial del sujeto activo y en la función que desempeña. Se le sigue clasificando como un delito funcionario cuyo bien jurídico protegido se trataría de la confianza pública depositada en ellos y en el buen funcionamiento de la administración (Matus y Ramírez)³⁴.

II. A) Concepto de la Integridad Moral

Las principales definiciones de la integridad moral, las encontramos en la doctrina española que posibilitó la inclusión del Título VII del CP Español en el año 1995.

Luis Arroyo la caracteriza como: “El conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo con su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, esto es, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona, lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior.”³⁵

Por su Parte, Mercedes García la aborda como “El derecho a la integridad moral es algo independiente del derecho a la integridad física y también respecto de la libertad. Ello no implica, a su vez, equiparar dicha integridad moral con integridad psíquica, por ejemplo, con el fin de darle un sustrato material a todos aquellos actos que no afecten a la integridad física. La integridad moral, como objeto de protección penal, adquiere autonomía respecto de otros bienes jurídicos que pueden igualmente verse lesionados por los padecimientos físicos o psíquicos que integran el trato degradante. Y como tal bien jurídico autónomo puede desplegar también su función interpretativa respecto de otros tipos penales incluidos en otros lugares del Código Penal”³⁶.

³⁴ MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. Tomo II. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2019. Página 309.

³⁵ ARROYO LUIS. Comentarios al código penal. Madrid. 1997. En: DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 208.

³⁶ GARCÍA MERCEDES. La Protección Penal de la Integridad Moral. EN: DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 208.

El profesor Rebollo nos da cuenta de la manera en que se puede atentar contra la integridad moral y como puede relacionarse con la integridad física sin constituir un requisito del tipo. “Se afecta a la integridad moral cuando a la persona se la cosifica, cuando se la trata como un objeto, es decir, cuando se la circunscribe a una pura realidad física que se instrumentaliza, quebrándose con ello un conjunto inescindible que le es inherente a su condición de persona, como es lo físico y lo moral; ese tratamiento como un objeto sin voluntad es lo que caracteriza la relación de la integridad moral con la integridad física. Pero ello no significa que el atentado a la integridad moral requiera una intervención directa (o agresiva) sobre la integridad física - en el sentido penal- como requisito esencial³⁷.”

II. B) La Integridad Moral como el bien jurídico protegido de la ley 20.968

Adelantamos en el análisis específico del delito de vejaciones y en la historia de la ley N°20.968 que modificó nuestros artículos 150 A, B, C, E y F, 255 y 256 del CP. Que en concordancia con el profesor Durán, es dable sostener que se ha incorporado un nuevo bien jurídico protegido en estos delitos y en los maltratos de los artículos 403 BIS y siguientes del CP. A saber, la integridad moral a la que nos referiremos a continuación.³⁸

Para Mario Durán el panorama respecto del bien jurídico protegido posterior a la reforma ha cambiado notablemente. I) Cuantitativamente mediante la ampliación de valores y ámbitos valorativos que se pretenden proteger: Tanto la libertad o seguridad como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual y la no discriminación de las personas, sea por ideología u opinión política, por raza o etnia, culto, identidad de género, entre otras. II) Cualitativamente: mediante la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido influenciado por las normas del Derecho Penal Internacional y por la aplicación extensiva de los artículos 19 en su numeral primero inciso 3 y del artículo 5 inciso 2 de la Constitución Política³⁹.

³⁷ VARGAS REBOLLO. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal. BOCG Congreso Diputados (España), Serie A, número 119-1, 15 de enero de 2007. Página 205.

³⁸ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 202.

³⁹ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 206

Si bien la normativa internacional sobre Derechos Humanos y Proscripción de la Tortura ha devenido en las modificaciones a los códigos y las leyes internas de la mayoría de los estados signatarios. La regulación que ha suscitado mayores congratulaciones y se ha constituido como el principal influyente en las posteriores modificaciones de cuerpos normativos extranjeros, es el Código Penal Español de 1995, en donde la rúbrica del título VII plasmó la titularidad del bien protegido denominándose “De la tortura y otros delitos contra la integridad moral.”⁴⁰ Debemos recordar que tanto los antiguos artículos 150 sobre tormentos y el 255 de vejaciones injustas o apremios ilegítimos, se encuentran presente en el Código Penal desde su dictación con fuente en el Código Penal Español de 1848 y dicha influencia continuó en las posteriores modificaciones al artículo 150 y las inclusiones de las hipótesis contenidas en las letras A y B, como también en la propia historia de la Ley N°20968 se tuvo presente en las respectivas discusiones legislativas en comisión y sala. Ejemplo de lo anterior, lo constituye el informe aportado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a la discusión parlamentaria, en su sección sobre derecho comparado da cuenta especial de los cuerpos penales español y argentino.⁴¹

Continuando con la historia de la Ley N°20.968 y la influencia del código español, Durán se refiere a que, si bien “lamentablemente la discusión parlamentaria sobre el bien tutelado se vio contaminada al vincularse a la polémica política generada en torno a la tipificación del sujeto activo del delito de tortura, esto es, el funcionario público como exclusivo versus las posturas que argumentaron en favor de incluir un sujeto activo indeterminado.”⁴² De todas formas, se puede extraer de la historia de la ley posturas a favor de la integridad moral y para ello tiene a la vista la discusión en sala del senado, como lo expuesto por el representante del Instituto Nacional de Derechos Humanos y lo resumido en el segundo informe sobre Derecho Comparado preparado por la Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional y al jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derecho humanos.

⁴⁰ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 207

⁴¹ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Proyecto de ley que modifica el código penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura. Boletín N°9589-17. abril 2016. Página 5

⁴² DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 209

Quienes coinciden en el carácter pluriofensivo de los delitos y que se trata de delitos especiales atendido su relación con un bien de carácter constitucional. Luego el debate se centra en si se trata de la integridad física o psíquica de las personas, la infracción de deberes del acto de servicio o la dignidad humana como dicta el derecho internacional.

La pugna se explica porque inicialmente en el tipo se define la tortura como “los dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos”, ello induce a pensar en la integridad física o psíquica. Pero continua el concepto con “los métodos tendientes a anular o disminuir la personalidad o voluntad de la víctima”, lo que apunta a un concepto jurídico más amplio, la integridad moral de la víctima⁴³. Concordamos con que la resolución se encuentra en el examen respecto si los delitos están basados en figuras comunes. Si se sostiene que los artículos 150 y 255 del CP tutelan la integridad física o psíquica, estarían entonces protegidos por el delito común de lesiones o en el caso de la libertad por el secuestro. Donde las figuras especiales actuarían en pos de cubrir el plus del injusto que implica la infracción de deberes funcionarios por parte del sujeto activo especial.⁴⁴El problema radicaría en la impunidad de ciertas conductas que no encuadren con el tipo común, en los ejemplos de delito de lesiones o de secuestro. Por lo que, se requiere un bien jurídico que vaya más allá de la integridad física y psíquica. Los tipos a los que nos referimos son pluriofensivos y pueden verse afectados diferentes bienes jurídicos pero aquel elemento en común que siempre estará detrás es un atentado a la dignidad humana.

A raíz de la dignidad humana la Real Academia Española de la Lengua la define como “Consiste en la inviolabilidad de las personas como manifestación directa de la dignidad humana⁴⁵”. Esta última, es la fuente y base de todos los derechos fundamentales⁴⁶ que ampliamente los ordenamientos protegen, y cuando a una personan se le niegue su condición de tal, se le cosifique, sea degradada y sometida a la voluntad de un tercero, el derecho fundamental particularmente vulnerado será la integridad moral, ello indistintamente exista o no una agresión física.

⁴³ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 210

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 2019. **EN** <https://dle.rae.es/integridadmoral> {Consultado el 25 de agosto de 2020}

⁴⁶ VARGAS REBOLLO. Ob. Cit. Página 210.

La integridad moral es un bien con autonomía legal plena⁴⁷, con categoría conceptual propia, distinta y separada del derecho a la vida, la integridad física y psíquica, de la libertad, del honor, la seguridad o de la salud. Lo que la caracteriza es el tratamiento a una persona como un objeto sin voluntad. Dicha pérdida de titularidad de la propia voluntad puede relacionarse con la integridad física cuando se lleve a cabo por una conducta agresiva mas no constituye un requisito especial.⁴⁸ Como también debemos abandonar la doctrina tradicional que suele centrarse en la condición especial del sujeto activo y o en la privación de libertad de la víctima activa. Los bienes protegidos no son la correcta función pública, aunque se considere el aumento del injusto, como tampoco la libertad. Pueden verse diferentes bienes involucrados dado el carácter pluriofensivo de los delitos, pero el común será un atentado al derecho fundamental integridad moral por medio de la instrumentalización y cosificación de una persona transformándola en un objeto.

En palabras de Durán: “Los ataques no justificados a la inviolabilidad de los derechos de las personas teológicamente deben vincularse, más que al sujeto activo que los realiza o a los efectos físicos que causan, a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Se protege el derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que conlleven humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización de la persona”⁴⁹.

Sujeto Activo

El concepto de funcionario público al cual nuestro ordenamiento le atribuye la condición específica, corresponde a un elemento normativo del tipo de la clase de aquellos que reclaman una especial valoración jurídica para configurar la tipicidad del hecho⁵⁰ En un análisis jurídico se advierte que tanto los delitos del párrafo IV título III consagrados en los artículos 148 y 161 del CP, donde se encuentran entre otros la tortura y los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, como los del título V entre los artículos 216 y 260 de CP, por ejemplo, las vejaciones injustas y la negatividad de servicio, comparten la misma amplia definición que nos entrega el artículo 260 del CP que abordamos en profundidad respecto del sujeto activo de las vejaciones.

⁴⁷ VARGAS REBOLLO. Ob.cit. Página 208.

⁴⁸ VARGAS REBOLLO. Ob.cit. Página 212-213.

⁴⁹ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 209.

⁵⁰ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. OP.CIT. Página 187

Recurriendo a la clasificación de los tipos penales atendida la modalidad del elemento sujeto activo. Encontraremos los delitos comunes y los especiales tanto propios como impropios. En relación con las vejaciones señalamos que nos encontramos ante un delito especial que solo pueden ser ejecutados por aquel a quien la ley le atribuya ciertas condiciones especiales. De acuerdo con la subclasificación de los delitos especiales en propios, y en estos casos de no mediar la condición especial de funcionario público por parte del sujeto activo o de encontrarse fuera de un acto de servicio, no existirá un delito común que sancione la misma conducta vejatoria. La calidad del sujeto activo constituye un fundamento de lo injusto y no una causa de su agravación.

Ahora bien, respecto de la tortura y los apremios ilegítimos, la modificación e inclusión del artículo 150 del CP en sus hipótesis de la letra A a F, introdujo la particularidad de que pueda ser tanto cometido directamente por un sujeto especial propio funcionario público o como figura residual autónoma cometida por agentes no calificados bajo ciertos supuesto que guardan relación con el sujeto especial. A quien el profesor Durán les denomina sujeto activo “cuasi común” particular⁵¹ que pueden cometer actos de tortura o apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, bajo determinadas circunstancias: i) Ejerciendo funciones públicas; ii) A instigación de funcionario Público iii) Con conocimiento o aquiescencia de este. Son sujetos indeterminados que no tienen título, cargo o empleo público, como tampoco parentesco con la víctima o alguna característica típica que lo delimite especialmente.

En la faz de acción de los delitos encontraremos que a) “Ordenar” y b) “Consentir” la aplicación de torturas o apremios ilegítimos corresponde a un delito especial propio que solo puede ser cometido por un funcionario público (art. 150 A inciso 1° y art. 150 D inciso 1° CP). Mientras c) “aplicar o ejecutar” (art. 150 A inciso 2°) puede ser llevado a cabo por un sujeto especial como por un particular bajo los supuestos citados. Mientras en la faz omisiva se trata únicamente de un delito de omisión propia y especial (art.150 A inciso 1° final y art. 150 D inciso 1° final)⁵²

⁵¹ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob. Cit. Página 223.

⁵² MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Ob. Cit. Página 193-194-

Como consideración final reiteramos que la importancia que se le otorgue al análisis del sujeto activo guarda relación con la concepción de bien jurídico protegido que se le atribuya. Así en concordancia con la integridad moral, volvemos a citar lo descrito por el autor Mario Durán “La Tipificación del sujeto activo abarca a individuos en situaciones que van mucho más allá del tradicional e histórico caso del agente de policía o del miembro de las fuerzas armadas, de orden o seguridad del Estado”⁵³

Sujeto Pasivo: “contra las personas”

El sujeto pasivo de acuerdo con lo establecido por el 150 del Código Penal en sus hipótesis de las letras A a F, son todas las personas, en nuestro postulado, que vean afectada su integridad moral por medio de una negación su condición de tal, donde exista humillación, envilecimiento, se le cosifique, sea degradada y sometida a la voluntad de un tercero.

Nuestra actual regulación guarda distancia con la condición y requisito de detenido o privación de libertad de la víctima. Como sucedía con el antiguo artículo 150 A y B. Reiteramos lo expuesto a propósito de las vejaciones injustas, nuestra normativa y jurisprudencia nacional sobre los delitos contra la integridad moral, los hacen extensibles a toda persona, indistintamente se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público. Lo que puede dar paso a una figura agravada, mas no constituye un elemento o requisito complementario del tipo. Así encontraremos tres categorías de sujetos pasivos: a) Sujeto indeterminado; b) El privado de libertad; c) Aquél que esté bajo el cuidado, la autoridad o el control de quien lleve a cabo las conductas típicas⁵⁴.

Concepto Tortura, Apremios Illegítimos u Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes y Vejaciones Injustas

El artículo 150 A CP Chileno siguiendo lo establecido por el artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas, define en sus incisos 3° y 4° lo que debe entender y en su inciso final aquello que no constituye tortura, correspondiendo a una norma de clausura relativa a un resguardo normativo del legislador.

⁵³ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob. Cit. Página 224.

⁵⁴ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 230.

“Artículo 150 A CP inciso 3°, 4° y final: Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

Desde este punto de vista el inciso 3° señalado nos da cuenta del primer rasgo distintivo de la tortura, la gravedad de la conducta. Se debe ocasionar, provocar, causar, dañar o imponer un castigo que provoque dolores o sufrimientos (dolencias, padecimientos, malestares, angustia, amarguras). Los primeros en relación con el cuerpo y los segundos con el alma sean de causa interna o externa. De carácter físico (aspecto corporal o físico material de la persona), sexual (ámbito genital, íntimo o reproductivo) o psíquico (aspecto mental, anímico o espiritual). Que representen una gravedad, entendida a partir de una calificación jurídico social. Deben adquirir una importancia, trascendencia, ser destacados y profundos. Que sean capaces objetivamente de generar un sentimiento de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización en el sujeto pasivo. Como resultado directo y causal de los actos intencionales que le produjeron dolor o sufrimientos⁵⁵.

⁵⁵ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 217-219.

En relación, al elemento intencional presente en el inciso tercero, constituye uno de los principales elementos distintivos de la tortura respecto a los otros delitos contra la integridad moral, pues como abordaremos a continuación se trata de un delito de resultado cortado⁵⁶. Como nos señala el profesor Durán “el elemento teleológico o de finalidad está representado conceptualmente en la necesidad de que el sujeto activo busque determinados fines – definidos en la ley- a través de la realización de los actos constitutivos de tortura”⁵⁷. Que los podemos agrupar en finalidad de obtener una declaración o confesión, castigo, intimidación o de discriminación.

El inciso 4° agrega el acto intencional que busque la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión. Constituye una innovación por parte de nuestra legislatura que la diferencia de las convenciones. Es un elemento positivo ⁵⁸ toda vez que, excluye la causación de dolor o sufrimiento en estos métodos, donde la intención del sujeto activo es precisamente anular o disminuir la personalidad de la víctima por medios indolores de acuerdo con la calificación socio jurídica del inciso 3°. Además de resolver el conflicto dogmático respecto del bien jurídico protegido. La redacción del inciso terceros al definir la tortura como “los dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos”, induce a pensar en la integridad física o psíquica. Pero incluir “los métodos tendientes a anular o disminuir la personalidad o voluntad de la víctima” da cuenta de la intención de legislador de apuntar a un concepto jurídico más amplio, la integridad moral de las personas.

Los apremios ilegítimos u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes a diferencia de la tortura, no poseen en materia internacional y nacional un concepto autónomo y detallado. Sino que, más bien se regulan en una definición negativa a partir de una figura residual de la tortura, como aquellas conductas que no alcancen a constituirla. Pero como elementos de delimitación respecto de la tortura, podemos destacar la falta de finalidad y menor gravedad en afectación al bien jurídico protegido. Y en relación con las vejaciones, su mayor gravedad y posibilidad atendido el artículo 150 letra F de ser cometido por un particular bajo ciertas circunstancias.

⁵⁶ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 233

⁵⁷ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 217.

⁵⁸ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 218.

Así, el artículo 16 de la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas dispone: *“Todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura como se define en el artículo 1°, cuando estos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”*

El artículo 150 D inciso 1°CP: *“El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”.*

Sobre las vejaciones injustas podemos concluir de acuerdo con las diferentes definiciones y sus elementos en común que abordaremos en mayor profundidad en el capítulo tercero que vejar es maltratar, molestar perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer. Se puede cometer y llevar a cabo tanto por actos materiales como inmateriales que dan cuenta de un trato que es injusto, denigrante y humillante. Que para la víctima tiene como resultado una mortificación, es decir, un menosprecio y menoscabo a su integridad moral, en una gradualidad menor a la tortura y los apremios conforme analizaremos más adelante en las reglas delimitación y gradualidad de los delitos contra la integridad moral.

Modalidad de Comisión

Un siguiente elemento en común de los diferentes tipos, es su posibilidad de comisión tanto como delito de acción o de omisión. Observamos en la tortura y los apremios ilegítimos la pertenencia a la clasificación “Delitos de Omisión Propia”. En que se encuentra expresamente tipificada la modalidad omisiva en la ley y suponen una infracción de una norma imperativa, mediante la abstención del cumplimiento de la conducta ordenada. Además de exigirse la calidad especial de funcionario público del sujeto activo por lo que la faz omisiva corresponde solo a un delito especial.

“Artículo 150 A (...) Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”.

“Artículo 150 D (...) Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”.

De la normativa citada extraemos que, existen dos deberes de un funcionario público: Primero no omitir su obligación de impedir: “Imposibilitar, frenar, suspender, evitar o imposibilitar la ejecución más o menos cercana en el tiempo, de tormentos o apremios sobre la víctima.”⁵⁹ Segundo hacer cesar y en ese contexto “el empleado público debe realizar actos, ejecutar acciones concretas y directamente destinadas a terminar, finalizar o acabar con las conductas típicas, siempre y cuando tenga la facultad o autoridad necesaria para ello (el derecho, el mando, el imperio o la potestad necesaria) o estando en posición (actitud, manera de pensar, obrar, conducirse)”⁶⁰.

La faz omisiva de las vejaciones en cambio, pertenecen a la omisión impropia o comisión por omisión. Donde la modalidad omisiva no se encuentra expresamente tipificada, pero se construye a partir de la faz comisiva del tipo. Exigiendo del autor una posición de garante (de fuente legal o contractual) respecto del bien jurídico penalmente protegido, en el sentido de que, dada su relación con él, le es exigible desplegar una conducta tendiente a evitar su lesión o puesta en peligro. En el caso de los funcionarios públicos la fuente de la posición de garante la encontramos en normativa de orden supra e infra legal que rigen el respectivo acto de servicio. Particularmente en las normas internacionales sobre derechos humanos, la Constitución Política de república, leyes orgánicas constitucionales, reglamentos y protocolos de cada institución pública.

⁵⁹ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 222.

⁶⁰ Ídem.

Reglas de delimitación de los delitos contra la integridad moral

El profesor Nash nos indica la importancia de la distinción de la conducta para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que las podemos enumerar en: 1- La tortura lleva consigo una estimación mayor; 2- La tortura genera obligaciones diferenciadas para el Estado; 3- Reparaciones; 4- Activación de mecanismos de protección a nivel de la convención de Naciones Unidas sobre la tortura⁶¹.

En nuestro ordenamiento penal la distinción de las conductas a partir de la nueva tipificación guarda importancia toda vez que la intensidad de afectación de las conductas respecto de la integridad moral de las personas difiere y conlleva una estimación, disvalor y penalidad mayor en la tortura que respecto a los apremios ilegítimos o las vejaciones injustas. Su no adecuada delimitación como ha ocurrido en polémicos fallos internacionales como el de Irlanda con Reino Unido resuelto por la Corte Europea o en nuestros tribunales en el caso de Lorenza Cayuhan, han generado incertidumbre respecto de la calificación jurídica y diferenciación en el primero respecto a la tortura versus los malos tratos y en el segundo sobre apremios ilegítimos o vejaciones injustas. Incertidumbre jurídica que puede derivar en indefensión de la víctima y contravención a la obligación internacional y nacional del Estado sobre respeto y promoción de la dignidad humana como fuente de los derechos fundamentales, entre ellos aplicables al caso la integridad moral de las personas.

Concordamos con Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en fallo recurso nulidad Rol 5499 del año 2019, relativo a un caso de funcionarios de carabineros que prestaban servicios en la comuna de Estación Central condenados por torturas. Donde la ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que los elementos constitutivos de la tortura y a partir de los cuales se puede diferenciar las conductas típicas son “a) Acto intencional; b) consistente en causar dolores o sufrimientos graves, físico, sexuales o psíquicos y, por último, c) Que persiga una finalidad de aquellas contempladas en la norma o se base en motivos de discriminación que también se describen”⁶².

⁶¹ NASH CLAUDIO. Ob.cit. Página 5.

⁶² Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Penal 5499 2019. Considerando 32.

La Gradualidad en gravedad y lesividad

Como mencionamos en la introducción respecto de las vejaciones injustas, existe una vinculación en razón a la gradualidad en la gravedad y lesividad contra el bien jurídico protegido integridad moral. La tortura como la figura más grave y lesiva, a la vejación injusta como la menor. Por ello y considerando que el bien jurídico protegido es el mismo, la integridad moral, y en concordancia con el tenor literal de los artículos 150 D y 255, se excluye la posibilidad de aplicación conjunta de los tres delitos y requiere delimitación⁶³.

Para dar cuenta de la intención de legislador, anteriormente citamos la tramitación de la Ley N°20.968 en el Congreso Nacional, donde el representante del Ministerio de Justicia, Ignacio Castillo, refiriéndose a la modificación del artículo 150 E, señaló que “la regla de gradualidad que siempre debe existir en esta materia, explicando que los tribunales y la doctrina internacional han señalado que lo razonable en la legislación de un país es sancionar la tortura, los tratos crueles e inhumanos o degradantes y, luego, las vejaciones, que constituyen una forma mínima de degradación”⁶⁴.

De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte Europea) “La tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o castigo cruel, inhumano o degradantes⁶⁵.” También respecto a la gradualidad el Tribunal Constitucional Español ha fallado que “*La tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio*”⁶⁶.

⁶³ Centro de Derechos Humanos UDP. Amicus Curiae sobre tortura, malos tratos y tratos degradantes y la responsabilidad jerárquica en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre la tortura y apremios ilegítimos en el derecho interno de Chile. Página 9. En: http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Centro_de_DDHH_Amicus_torturas_y_responsabilidad_jera%C3%ACrquica.pdf

⁶⁴ Historia de la Ley 20.968; pág. 173. **EN** Cristián Irrarrázaval, Carlos Verdejo. Minuta Sobre el Delito de Tortura. Departamento de Estudios Defensoría Nacional, Santiago, diciembre 2017. Página 99

⁶⁵ TEDH. “Irlanda c. Reino Unido. **En:** BUENO GONZALO. El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos. Nueva doctrina penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2003. Página 608

⁶⁶ Tribunal Constitucional Español. En: ZUÑIGA LAURA. El tipo penal de tortura. OB. Cit. Nota n°12. Página 888.

Siguiendo lo expuesto por Mario Durán, la tortura constituye la figura más grave y lesiva contra el bien jurídico protegido integridad moral. Exigiendo siempre el hecho o acto material de infligir dolores o sufrimientos graves, de forma intencional, sumado a la existencia de un propósito especial y concreto por parte del agente. A su vez, los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes implican infligir un nivel considerable de malos tratos a la víctima relevantes, pero menos graves que la tortura. Por nuestra parte, agregamos que no requieren intencionalidad y finalidad alguna. La Corte Europea los ha caracterizado como aquel que provoca en las víctimas un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillarlas y degradarlas y de romper su resistencia psíquica y moral⁶⁷.” En las vejaciones injustas se exige un nivel considerable y relevante, más allá de simples molestias o consecuencias de un acto de servicio en cumplimiento de la normativa, de humillación o degradación en menor graduación en comparación tanto con la tortura y a los apremios⁶⁸.

Nuestra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago al respecto a ha señalado que los padecimientos graves (dolores o sufrimientos graves, físicos, sexuales o psíquicos) sufridos por la víctima, junto a la intencionalidad y finalidad delimita la frontera entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos del artículo 150 letra D del CP Chileno⁶⁹.

Respecto de la frontera entre los apremios y las vejaciones se ha mencionado por nuestros tribunales que las vejaciones corresponden a maltratos, molestias o perjuicios que se hacen padecer a las víctimas y que se encuentran prohibidas en los actos de servicios. Pero son inferiores en cuanto a su intensidad respecto de los apremios ilegítimos⁷⁰.

Ahora bien, ya examinada la regla gradualidad en el atentado al bien jurídico protegido integridad moral, nos corresponde abordar los factores de determinación de la gravedad y lesividad de las conductas. Para ello, los tribunales suelen recurrir a la severidad del maltrato y la intensidad del sufrimiento.

⁶⁷ TEDH. “Irlanda c. Reino Unido. **En:** BUENO GONZALO. Ob.cit. Página 608.

⁶⁸ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 214.

⁶⁹ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso Nulidad Penal 5499 2019. Considerandos 27, 32 y 33.

⁷⁰ TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL. Ruc 1601191684-1 Rit 71-2008. Sentencia de 24 de enero de 2019. Considerando 16.

El primer caso donde se pronunció la Corte Europea sobre el alcance y contenido de las figuras fue en el caso Irlanda con Reino Unido de 1975. La Corte sentó el criterio de que un maltrato debe reunir un nivel de severidad para constituir tortura y es la intensidad del sufrimiento infringido (muy serio y cruel) que marca su diferencia. El problema se produjo en la parte resolutive del fallo dividido en que prevaleció la calificación de Tratos inhumanos y degradantes, conductas que versaban sobre condiciones de detención y de interrogatorios que pretendían la desorientación o privación sensorial de la víctima. Por medio de imposición de posturas en que debían permanecer por largas horas, se les cubría la cabeza con bolsas negras, se les interrogaba en cuartos con fuerte ruido constante, se les privaba de la posibilidad de dormir y se les sometía a una dieta reducida de agua y comida⁷¹.

No obstante, la polémica internacional suscitada, del fallo podemos destacar que, aplicando los mismos criterios, pero agregando la regla que dispuso la Corte Europea en Selmouni con Francia, consisten en que ciertos actos que en el pasado fueron clasificados como tratos inhumanos o degradantes pueden ser más fácilmente categorizados como tortura en el futuro atendida la necesidad de implementar mayores estándares de protección en el área de los derechos humanos⁷².

El factor de la relatividad⁷³ en la determinación de la severidad es un elemento para destacar del fallo Irlanda con Reino Unido que sumado a la corrección de Selmouni con Francia, han influenciado a los siguientes pronunciamientos de la Corte Europea e incluso a nuestra Corte Interamericana de Derechos Humano llevándola a señalar “el alcance de este derecho (bien jurídico protegido) tiene diversas connotaciones de grado y abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos⁷⁴.

⁷¹ BUENO GONZALO. Ob. Cit. Página 607

⁷² TEDH. Selmouni con Francia. Sentencia del 25 de septiembre de 1997. En: BUENO GONZALO. Ob. Cit. Página 611.

⁷³ Ídem. Página 607 y 608.

⁷⁴ CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs Perú. Sentencia de 27 noviembre de 1998. Serie C No. 42. Párrafo 57.

De lo estipulado por ambas Cortes Internacionales, extraemos dos contenidos: unos de orden objetivo y otros de naturaleza subjetiva. Los objetivos se refieren a las circunstancias del caso concreto como premeditación, institucionalización de los malos tratos, método aplicado, duración y forma de ejercicio. En cambio, la estimación del sufrimiento en su contenido subjetivo se analiza caso a caso. Esta directamente vinculada a la víctima, a sus condiciones específicas como su edad, salud, consecuencias físicas o mentales producto del trato, tensión y miedo provocado y por su naturaleza puede variar en el tiempo⁷⁵.

La importancia de analizar el elemento subjetivo caso a caso la vemos en hechos que tengan relación con menores de edad o personas con capacidades diferentes. Donde la misma conducta que para un adulto en condiciones físicas y mentales plenas no alcanza el nivel de intensidad, si puede constituir tortura para menores o personas en situación de discapacidad. Dado que en atención a las características de la víctima se tuvo en cuenta un estándar riguroso sobre el grado de sufrimiento⁷⁶. Mismo razonamiento encontramos en la Comisión Interamericana Derechos Humanos en el caso Luis Lizardo Cabrera con República Dominicana, señalando que aun cuando la Corte Interamericana consideró en varias oportunidades que la incomunicación coactiva es per se un trato cruel, inhumano o degradantes, en las circunstancias concretas debía ser calificada como tortura. Puesto que, la incomunicación fue aplicada de forma deliberada con el propósito de castigar al detenido además consideró grave el sufrimiento atendida la enfermedad gastrointestinal derivada de las condiciones de la detención y además de la incomunicación se le privo de alimentos, bebidas y luz solar por 7 días⁷⁷.

En nuestra jurisprudencia nacional, encontramos el citado caso del personal de Carabineros de Chile condenados por tortura, la estimación de gravedad efectuada por ltima Corte de Apelaciones de Santiago siguió los factores elaborados por la Corte Interamericana, estimando que los sufrimientos afectaron el funcionamiento síquico de la víctima de manera prolongada en el tiempo, al punto que, se constató alguna clase de trastorno del ánimo mediante la prueba testimonial y pericial rendida en el juicio oral.

⁷⁵ GALDÁDAMEZ LILIANA. Ob. Cit 3.

⁷⁶ CORTE SUPREMA MEXICANA. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de Tortura y Malos Tratos. En: <https://www.scjn.gob.mx/registro/formulario/protocolo-tortura-y-malos-tratos> Página 26.

⁷⁷ COMISIÓN IDH. Informe 35/96 párrafo 85. En: BUENO GONZALO. Ob. Cit. Página 624.

Esta última, obtenida de acuerdo con el Protocolo de Estambul y sugirió la adopción de tratamiento psicológico para reparar una integridad (moral) que se vio afectada como consecuencia de las agresiones vividas.⁷⁸

Intencionalidad en la Tortura

De lo expuesto a propósito de los elementos en común de las definiciones de las Convenciones de Naciones Unidas e Interamericanas sobre tortura tratadas en el capítulo primero y a lo que podemos agregar siguió la tipificación nacional, como podemos observar a continuación:

*“Artículo 1 Convención de Naciones Unidas: Se entenderá por termino tortura todo acto por el cual se inflija **intencionadamente** (...)*

*Artículo 2 Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura: se entenderá por tortura todo acto realizado **intencionalmente** (...)*

*Artículo 150 A CP inciso 3º: Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija **intencionalmente** (...)*”

La intencionalidad forma parte de los elementos propios y únicos de la tortura que ayudan en su delimitación de las otras figuras contra la dignidad moral. Donde se exige por parte del sujeto activo la intención de cometer la conducta típica. Se ha definido como “voluntad, intención o ánimo del sujeto activo de torturar o causar dolor físico o psíquico.”⁷⁹ “Conocimiento y querer.”⁸⁰ “Debe ser deliberada la intención de causar daño”⁸¹ “El delito de tortura puede cometerse por acción u omisión, siempre y cuando la acción u omisión haya sido intencional, es decir, haya sido un acto que, objetivamente, sea deliberado y no accidental.”⁸²

⁷⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Recurso Nulidad Penal 5499 2019. Considerandos 27, 32 y 33.

⁷⁹ GALDÁDAMEZ LILIANA. La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad Valladolid. Revista 89 año I número 2. septiembre 2016. Página 3.

⁸⁰ CORTE SUPREMA MEXICANA. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de Tortura y Malos Tratos. En: www.scjn.gob.mx Página 24.

⁸¹ TEDH. “Irlanda c. Reino Unido. Opinión separada del juez Fitzmaurice. **En:** BUENO GONZALO. Ob. Cit. Página 609.

⁸² GALDÁDAMEZ LILIANA. Ob. Cit. Página 54.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) agrega que se encuentran excluidas del ámbito de protección del artículo 5 de la Convención Interamericana, los hechos fortuitos o en uso legítimo y proporcional de la fuerza.⁸³ Lo que a consecuencia exigiría la concurrencia de ánimo o intención del agente y excluye la imprudencia, negligencia grave y el caso fortuito. Dicho razonamiento sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Buenos Alves vs Argentina donde respecto al elemento intencionalidad indicó “los actos cometidos fueron deliberadamente infligidos en contra de la víctima y no producto de una conducta imprudente, accidente o caso fortuito⁸⁴.

La jurisprudencia nacional, ha considerado a la intención como un elemento distintivo de la tortura, donde el actor deliberadamente la pretende. En el caso de los dos Carabineros de Estación Central condenados por tortura recientemente, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del recurso de nulidad, estimó que “El funcionario deliberadamente – en conocimiento de tenía frente a si a un ser humano y que sus acciones eran aptas para causarles congoja considerable – provocaron dolor y sufrimiento grave, en una dimensión física como psicológica”⁸⁵.

Fin Subjetivo Especial en la Tortura

Además de la mayor gravedad y concurrencia de la intencionalidad, un tercer rasgo específico y característico de la tortura es la exigencia por parte de la normativa internacional y del legislador nacional, de un determinado fin subjetivo especial que debe acompañar a la conducta del sujeto activo y que de ser distinto a los señalados en la ley “como el ánimo de lucro, el odio, la venganza, el mero maltrato de menor, adulto mayor o de incapaz, o el animus necandi, el injuriandi o, en fin, el ánimo lúbrico-, independientemente de si se obtienen o no, haría derivar la conducta a otro tipo penal por tratarse de un delito de resultado cortado”⁸⁶.

⁸³ GALDÁDAMEZ LILIANA. Ob.cit. Página 9.

⁸⁴ Caso Buenos Alves (2007) Párrafo 81. En: NASH CLAUDIO. Ob. Cit. Página 12.

⁸⁵ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Penal 5499 2019. Considerando 32.

⁸⁶ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 233.

Es decir, un “tipo de delito que se encuentra acompañado de un específico elemento subjetivo del injusto adicional al dolo y consistente en el ánimo de obtener un ulterior resultado, que no es preciso que se produzca para la consumación, por eso el delito se corta antes del resultado⁸⁷”

Los fines subjetivos especiales, en nuestro ordenamiento nacional, se encuentran en el inciso 3° del artículo 150 A CP, de manera alternativa y no copulativas, además de como se ha mencionado precedentemente siendo un delito de resultado cortado, no requieren ser conseguidas para la consumación del mismo. Las podemos agrupar en: i) Obtener de la víctima o de un tercero, información, una declaración o una confesión. II) Castigarla por un acto que haya cometido o se le impute haber cometido. III) Intimidarla o coaccionar a la víctima. IV) Discriminación fundada en motivos de ideología, opinión política, religión, creencias, nación, raza, etnia, grupo social, sexo, orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o situación de discapacidad⁸⁸.

En este sentido y sobre la finalidad en estos delitos Corte Interamericana en el caso Bueno Alves determinó que la finalidad subjetiva específica correspondía a forzar la confesión de la víctima y que, sin mediar dicho fin, no nos encontraríamos ante tortura⁸⁹. Por lo que, el propósito que persiga el sujeto activo es un requisito fundamental en la determinación de concurrencia de la tortura u otros delitos atentatorios de la integridad moral.

En esa misma línea ha fallado nuestra Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago,⁹⁰ señalando que la existencia en la tortura de un propósito concreto e intencionalidad, la diferencia de los tratos crueles o inhumanos de los cuales no se requiere un fin concreto más bien la concurrencia de una afectación de un nivel considerable de humillación o de degradación.

⁸⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 2019. **EN** <https://dpej.rae.es/lema/delito-cortado-de-resultado> {Consultado el 09 de diciembre de 2020}

⁸⁸ Centro de Derechos Humanos UDP. Ob. Cit. Página 10

⁸⁹ NASH CLAUDIO. Ob. Cit. Página 13.

⁹⁰ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Penal 5499 2019. Considerando 28.

En el caso en particular, las agresiones constitutivas de tortura tuvieron como objeto castigar a las víctimas por el delito presuntamente cometido que lo mantenía en detención a la espera de audiencia de control de detención y a la segunda por retrasar la exhibición de su cedula de identidad y dificultar su ingreso al piquete.

Capítulo Tercero

El Delito de Abuso contra Particulares por Vejaciones Injustas

I.-Introducción:

Nuestro Código Penal en su artículo 255 del Libro Segundo, Título Quinto, Párrafo XII “Abusos Contra Particulares” consagra el delito de Vejaciones Injustas y que no obstante su ubicación guarda estrecha relación con el Título Tercero, Párrafo IV “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”. Vinculación se abordará, presentan un bien jurídico protegido en común: la integridad moral y en razón a la gradualidad de intensidad en la afectación de dicho bien jurídico por parte de las conductas sancionables. Encontraremos la tortura como la figura más grave y a la vejación injusta como las menos atentatoria.

Así, en la tramitación de la ley N°20.968, el representante del Ministerio de Justicia, Ignacio Castillo, refiriéndose a la modificación del artículo 150 E, señaló que “la regla de gradualidad que siempre debe existir en esta materia, explicando que los tribunales y la doctrina internacional han señalado que lo razonable en la legislación de un país es sancionar la tortura, los tratos crueles e inhumanos o degradantes y, luego, las vejaciones, que constituyen una forma mínima de degradación”⁹¹.

⁹¹ Historia de la Ley 20.968; pág. 173. **EN** Cristián Irrázaval, Carlos Verdejo. Minuta Sobre el Delito de Tortura. Departamento de Estudios Defensoría Nacional, Santiago, diciembre 2017. Página 99

1) Historia de la ley

El Artículo 255 se encuentra presente en el Código Penal desde la fecha de su entrada en vigor el año 1875 sin mayores modificaciones hasta el año 2016. Su origen es herencia del Código Penal Español (CP Español) de 1848 y ha estado vigente en dicho cuerpo normativo en diferentes regulaciones hasta la actualidad. Como delito en el antiguo artículo 620 CP Español y a partir del año 2015 como el delito leve de vejaciones injustas del artículo 173.4.

Si bien la actual tipificación española difiere de nuestra figura penal del artículo 255 CP en cuanto a que no se trata de un delito especial y además de que requiere de una relación de parentesco entre el actor y la víctima. La promulgación del nuevo código penal español de 1995 resulta de vital importancia a la hora de consagrar explícitamente el bien jurídico protegido integridad moral y luego de analizar en el presente capítulo nuestra vejación injusta, podremos encontrar mayor concordancia con el delito atentación contra la integridad moral del artículo 175 CP Español.

A pesar de su dilatada presencia en el tiempo como integrante de nuestro ordenamiento jurídico penal, para los autores Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez se preguntan, luego de la reforma de 2016, sobre la intención del legislador en mantener este “viejo delito” en el código y exponen su “utilización practica ha sido escasa sino nula en todo el tiempo de vigencia de nuestro Código, según se desprende de la falta absoluta de tratamiento jurisprudencial (en fallos publicados) de casos en que resulten aplicables las disposiciones penales contenidas en este párrafo”⁹².

No obstante, advertir una reducida doctrina nacional y jurisprudencia sobre el tipo penal de vejaciones injustas. Hemos abordado principalmente la reciente doctrina y jurisprudencia nacional surgida a partir la ley N°20.968 que tipificó el delito de tortura en Chile y que como adherimos al trabajo del profesor Mario Duran⁹³ ha creado un nuevo

⁹² MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. Página 480.

⁹³ DURAN MIGLIARDI, Mario. Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. *Polít. crim.* [online]. 2019, vol.14, n.27 [citado 2020-09-01], pp.202-241. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000100202&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100202>.

bien jurídico protegido: la integridad moral, del cual forma parte el artículo 255 y los maltratos de los artículos 403 bis y siguientes del CP.

El caso de Lorenza Cayuhan constituye el aporte jurisprudencial principal e integral en cada título del presente trabajo. En tanto, por lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema conociendo de la apelación al recurso de amparo interpuesto en su favor, por la Ilustrísima Corte de Apelaciones en fallo del recurso de nulidad penal interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) contra la sentencia y juicio oral en que recayó, del Juzgado de Garantía de Concepción que tuvo por absueltos a los tres funcionarios de Gendarmería de Chile acusados de vejación injusta. Como la sentencia en procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad que finalmente condenó por el delito de vejación injusta a los dos funcionarios de Gendarmería.

Fallos que han sido de gran utilidad en la delimitación del delito de vejaciones injustas respecto de las infracciones más graves atendida la regla de gradualidad; A la concepción de bien jurídico protegido; Tratamiento del sujeto activo especial y sujeto pasivo; Definición del verbo rector “vejar”; Elemento normativo “injusto” presente en el tipo que más bien responde a una interrogante de antijuricidad relativa a la causa de justificación obrar en un cumplimiento de un deber; La posibilidad de la comisión por omisión; Y la imputación subjetiva tanto a título de dolo directo y eventual.

2) El Delito de Vejaciones en el derecho comparado

Como se ha expuesto el artículo 255 CP Chileno se encuentra presente en el código penal desde su texto original de 1874 sin ser modificado hasta el año 2016. Sus orígenes se remontan a su modelo español, así el Código Penal de España de 1848 en su artículo 291 establecía en su primera parte “El empleado público que desempeñando un acto de servicio cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de premios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión y multa de 10 a 100 duros”. Luego, el código español de 1995 en su artículo 620 dispuso “*serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:*

2°los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”⁹⁴

En una búsqueda de derecho comparado encontramos el delito leve de vejaciones en el artículo 173.4 CP Español. Como se ha expuesto, las vejaciones en España se han reformado a lo largo del tiempo, en un periodo intermedio fueron consideradas una falta y actualmente un delito común y leve siempre y cuando entre el actor y la familia medie una relación de parentesco. Además de no requerir de la calidad especial de funcionario público por parte del sujeto activo y estar regulada juntamente con un delito de acción penal privada como la injuria:

“Art.173 – 4 CP Español. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.”⁹⁵

Mas bien, conforme a la descripción del delito de vejaciones injustas en Chile, como se abordará, guarda mayor similitud con el delito título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral no grave”:

“Artículo 175 CP Español: La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.”⁹⁶

⁹⁴ EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14. Considerando Quinto.

⁹⁵ CODIGO PENAL ESPAÑOL. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. En: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

⁹⁶ CODIGO PENAL ESPAÑOL. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. En: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

Más cerca en Sudamérica, se encuentra el delito de vejaciones, severidades y apremios ilegítimos en artículo 144 BIS del Código Penal de la Nación Argentina (CP Argentino), en particular el inciso segundo posee similar regulación a nuestro antiguo artículo 255 antes de ser modificado.

Art. 144 Bis: “Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

2.- El funcionario que desempeñando un acto de servicio cometiera cualquier vejación contra las personas o les aplicare apremios ilegales”. -

3.- El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales;”⁹⁷

Es en la vecina república donde han surgido importantes obras doctrinarias como la del Profesor Carlos Creus de la Universidad Mayor de San Andrés y la del profesor Edgardo Alberto Donna que han abordado las vejaciones en el derecho penal argentino y que han servido de fundamentación en nuestros tribunales superiores de justicia. Más adelante se hará especial análisis toda vez que, en Argentina existe consenso en admitirse únicamente dolo directo y recientemente en la vista del recurso de nulidad contra la sentencia de un caso de relevancia nacional y luego del estudio de las obras señaladas, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción ha diferenciado nuestro delito de vejaciones injustas respecto a la interpretación dogmática argentina, negando la exclusión del dolo indirecto.

3) La Reforma de la ley N°20.968

A partir de la ley N°20.968 vigente en Chile desde 22 de noviembre de 2016 el artículo 255 “castiga ahora con la pena de reclusión menor en su grado mínimo el empleado público que, desempeñando un acto de servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas. Salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sola la pena asignada por la ley a este”.

⁹⁷ CÓDIGO PENAL NACIONAL ARGENTINO. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Información legislativa INFOLEG. En: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999>. {CITADO 05-09-2020}. Artículo 144 bis inciso 2.

La nueva redacción del tipo penal, si bien mantiene la expresión genérica de vejaciones injustas como definición del hecho punible, eliminó la que antes se contenía a los apremios ilegítimos y estableció una figura agravada en el caso de cometerse contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; O en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado”⁹⁸

II.-Bien Jurídico Protegido

Si bien en atención a su ubicación en el código y a diferencia de la regulación conjunta que realiza el Código Penal Español sobre la tortura y los otros delitos contra la integridad moral. En nuestro caso, en un inicio podría entenderse como una intención del legislador en pos de la protección de la correcta función pública y en la confianza depositada en ella; Presupuesto de libertad; O un resguardo frente al uso indebido de la fuerza pública.

En la tramitación parlamentaria en la comisión y en sala del proyecto de ley 20.968 que tipificó el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes y modificó los artículos 255 y 256 CP. Hubo una ardua discusión respecto al bien jurídico protegido, donde se señalaron como tal la dignidad humana, la integridad moral, la integridad personal, la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.⁹⁹

En la doctrina argentina se ha discutido si pertenecía a uno de los delitos concebidos como presupuesto de la libertad. Debate surgido a partir de la interpretación del artículo 144 bis del Código Penal Argentino que regula tanto el delito de vejaciones contra cualquier persona en su inciso segundo como en contra de un detenido en su inciso tercero. Similar a la doctrina nacional sobre el antiguo artículo 150 A de tormentos y los apremios ilegítimos previa a la reforma, donde el bien jurídico a proteger se analizaba a partir del requisito de que la víctima se hallare privada de libertad. Así, en Argentina de la condición del sujeto pasivo, se interpretó como bien jurídico protegido la libertad y seguridad de las personas.

⁹⁸ MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018. Página 481.

⁹⁹ Historia de la ley 20.968 **EN** Mathei Elisabeth, Z. M. AMICUS CURIAE SOBRE TORTURA, MALOS TRATOS Y TRATOS DEGRADANTES. Centro de Derechos Humanos UDP - Facultad de Derecho. Santiago. 2019. Página 7.

El profesor Carlos Creus adhiere a lo anteriormente argumentando que “ El art. 144 bis, inc.2° y 3° del Cód. Penal toma en cuenta ciertos procedimientos que, por la mortificación que imponen al sujeto pasivo, atacan a su libertad, la cual se manifiesta en el derecho que todo individuo tiene a no sufrir tales procedimientos de parte de los funcionarios públicos que tienen en sus manos el poder que les otorga la función, o a no ver agravada con ellos la privación de libertad que ya sufren”.¹⁰⁰

En cambio, para el profesor Edgardo Alberto Donna, postulado con el cual nos encontramos en plena concordancia, la protección guardaría relación con los derechos fundamentales, las garantías que cada Constitución Política debiese asegurar a los individuos, su integridad moral inherente a su personalidad. “En realidad lo que se protege, nuevamente, son las garantías que toda persona detenida tiene, que surgen del artículo 18 de la Constitución (Argentina) en cuanto prohíbe toda especie de tormentos y los azotes, y que determina de un modo taxativo el límite de la coerción penal. (...) “De modo que: Cualquier transgresión a esos límites constituye delito siempre que, de acuerdo con el precepto constitucional represente una mortificación.”¹⁰¹

En nuestra jurisprudencia, se ha sostenido que nos encontramos ante un delito cometido por un Funcionario Público que en un acto de servicio contrario a justificación normativa alguna, vulnera la dignidad humana de la víctima. La que debemos entender como la base y fuente de los derechos fundamentales y en particular al tipo, y por ello señalamos que la integridad moral de cada individuo es el derecho protegido por los artículos 150 en todos sus numerales y en el 255 CP.

La Excm. Corte Suprema conociendo de la apelación del recurso de amparo interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos en favor de doña Lorenza Cayuhan estima que, en el caso se produjo un trato injusto, denigrante y vejatorio que atenta contra la dignidad humana (fuente y base del derecho fundamental integridad moral). Dada su condición de mujer, gestante y parturienta, privada de libertad y perteneciente a la etnia mapuche, se puso innecesariamente en riesgo su vida y salud como la de su hija y da cuenta de una situación paradigmática de interseccionalidad en la discriminación que se potencian e impactan negativamente en la amparada.

¹⁰⁰ CREUS CARLOS. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. 6ta Edición. Astrea. Buenos Aires. 1998. Página 302.

¹⁰¹ DONNA EDGARDO ALBERTO. Ob cit. Página 178.

Reitera el concepto de bien jurídico dignidad humana en su considerando noveno “Existe un marco normativo que rige al Estado de Chile en cuanto a la situación jurídica de los privados y privadas de libertad, en orden a ser un mandato legal, supra legal y constitucional, el respecto a la dignidad humana, como principio básico rector de la relación entre Gendarmería de Chile y las y los internos, sujetos a su protección, cuidado y custodia en lo que deviene en un límite a cualquier acción de Gendarmería de Chile.” Luego cita el artículo 10 n°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”¹⁰²

En concordancia con lo dispuesto por la Excma. Corte Suprema, en el caso de doña Lorenza Cayuhan, la fiscalía en su alegato de apertura y en el de clausura, destacó encontrarse ante un delito funcionario atentatorio contra los derechos y dignidad humana y da cuenta entre otros de la transgresión del artículo 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile “El personal deberá otorgar a cada persona bajo su custodia, un trato digno, propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será deliberadamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes”¹⁰³.

En misma senda argumentativa tanto los Abogados representantes de la víctima y el del Instituto Nacional de Derechos Humanos, concordaron en sostener que la actuación de las imputadas e imputado no encuentra justificación normativa alguna, contraviene una expresa orden de autoridad jerárquica y del establecimiento de salud, que derivó en un trato injusto, denigrante y vejatorio provocando en la víctima un menoscabo en sus derechos fundamentales y dignidad. Adherimos al análisis efectuado por el abogado querellante que representa a la víctima en su alegato de clausura “Que, este delito es contra la integridad moral de la persona, y lo configuran también conductas activas u omisivas que consistan en un trato denigrante, menoscabando gravemente la integridad moral de la víctima que son realizados de tal manera, que dan lugar a un sentimiento de humillación.

¹⁰²EXCMA.CORTE SUPREMA. Apelación Recurso Amparo ROL 82.795-2016 Considerando noveno y decimosexto

¹⁰³ JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Sentencia Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6

Que, puede entenderse por integridad moral, la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona, valor autónomo independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona”¹⁰⁴.

Para el Abogado Asesor de la Unidad Especializada Anticorrupción de la Fiscalía Nacional, Roberto Morales Peña, en comentario a una sentencia de vejación injusta en la Revista Ministerio Público “En el Fallo se aborda un tema fundamental que tiene que ver con las garantías constitucionales y que señala el ámbito matriz desde el cual deben analizarse los hechos, porque al fin y al cabo estamos hablando de la dignidad de la persona humana. Es decir, del más profundo y básico de los valores que caracterizan el género humano y que constituyen la expresión más inmediata de los derechos fundamentales.” Luego a modo personal, fuera de lo dispuesto por la sentencia comentada, relaciona la dignidad con el artículo 19 en su numeral cuarto de la Constitución, que consagra el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, precepto que debe relacionarse con la dignidad de la persona, contemplado en el artículo 1 inciso 1, como, asimismo, con la integridad de ella, asegurada por el artículo 19 n°1 inc1. La conducta del personal de Gendarmería consistente en filmar, observar y exhibir imágenes de internas desnudas supone una invasión de tal magnitud que hiere un sentimiento personal y social muy fuerte, vulnerando la honra que esta íntima e indisolublemente unida a la dignidad de la persona y a su integridad.¹⁰⁵

No concordamos con determinar el bien jurídico protegido mediante un análisis centrado solo en la calidad especial o en una concepción restringida de funcionario público por parte del sujeto activo, de detenido por parte del sujeto pasivo o en el resultado de secuelas físicas. Toda vez que, resulta en desmedro de la vulneración a los derechos fundamentales efectivamente sufrida por la víctima, consistente en un bien jurídico superior como lo es su integridad moral que puede concurrir conjuntamente o ser independiente de la integridad personal, física, psíquica como sexual. Va más allá y no finaliza en dicho punto.

¹⁰⁴ JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Sentencia Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6. Página 20.

¹⁰⁵ MORALES PEÑA ROBERTO. Comentario a Sentencia de Vejación Injusta. Unidad Especializada Anticorrupción. Revista Jurídica del Ministerio Público N°34. Santiago. 2008. Página 103 a 105.

Es más, el código penal español nos da un ejemplo de que el mismo hecho puede revertir diferentes delitos y poner en peligro o lesionar diferentes bienes jurídicos, donde la integridad moral es independiente a la vida o integridad física, al señalar textualmente “Artículo 177 CP Español: Si en los delitos descritos en los artículos precedentes (tortura y otros delitos contra la integridad moral), además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley”¹⁰⁶.

La integridad moral debe entenderse como la dignidad inherente a toda persona y al libre desarrollo de la personalidad. Una concepción errada puede provocar indefensiones en casos que se alejen del caso tradicional perpetrado por sujeto activo funcionario público agente policial o penitenciario en contra de un particular en un contexto de control de identidad, detención, o en privación de su libertad por cumplimiento de una prisión preventiva o sentencia condenatoria. Si bien es cierto que, a diferencia de la normativa argentina nuestro artículo 255 no hace referencia alguna a la condición de detención del sujeto pasivo. Interpretar el delito en un marco clásico como uno atentatorio contra la libertad o la correcta función pública, abandona la protección, fuera de dichos casos, de la víctima en su respeto como persona, a no ser humillada ni perturbada en su dignidad. “Debe entenderse que lo importante son los actos que lesionan o ponen en peligro el bien jurídico y no el sujeto activo que los realiza”¹⁰⁷

Las vejaciones injustas, escapa y va más allá del sujeto activo, conducta y medios que tradicionalmente suelen emplearse en contexto de un acto de servicio policial o penitenciario. Pueden ser perpetradas como delitos de acción tanto por un sujeto activo especial, en un caso clásico cometido por el agente policial o funcionario de gendarmería.

¹⁰⁶ CODIGO PENAL ESPAÑOL. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. En: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

¹⁰⁷ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit. Página 225.

Como incluso, se ha iniciado una persecución penal y llevado a cabo los respectivos juicios orales en lo penal, en contra de sujetos activos menos usuales como, por ejemplo, una funcionaria de un hogar de acogida del Servicio Nacional de Menores (Sename) o una educadora de párvulos de una escuela municipal, ambas ajena a las fuerzas de orden, pero que igualmente llevan a cabo actos de servicio.¹⁰⁸ Por medios materiales, como es la fuerza indebida en la reducción a un detenido¹⁰⁹¹¹⁰. A través de la realización de tareas humillantes e indecorosas, como palabras y exigencias indebidas¹¹¹. Como también puede tratarse de un delito de omisión en comisión por omisión a una obligación de actuar en su posición de garante del bien jurídico protegido.

Respecto a los funcionarios que tiene la obligación de actuar conforme a la posición de garante, encontramos al personal de gendarmería. Son custodios de una persona privada de su libertad ambulatoria y deben velar por la efectiva protección de sus derechos fundamentales. El abandono intempestivo de sus funciones puede afectar la dignidad moral de una persona por medio del padecimiento de vejaciones. Así lo determinó la sentencia condenatoria en el caso de Lorenza Cayuhan, quien fue vejada por la imposición en el parto de su hija de medidas de seguridad (grillete en su tobillo izquierdo con amarre a la camilla) en contravención a las órdenes de autoridades superiores jerárquicas y médicas, normativa internacional y nacional sobre derechos fundamentales y tratamientos de personas privadas de libertad (determinó lo injusto)¹¹². Situación que iremos analizando en mayor detalle y profundidad en cada sección del presente trabajo.

El respeto a los derechos fundamentales garantizados por nuestra Constitución Política de la Republica, proviene de la obligación de respeto irrestricto a la dignidad humana. Ella es la base y fuente de todos los derechos fundamentales y según nuestro punto de vista de la integridad moral. Este último derecho fundamental, vincula al artículo 255 con la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁰⁸ JUZGADO DE GARANTÍA DE VALDIVIA. Causa RIT 3236-2013 RUC 1300634254-4. Sobreseimiento definitivo

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DE ANGOL. Causa RIT 71-2018 RUC 1601191684-1. Condena.

¹¹⁰ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL SANTIAGO. Causa RIT 267-2018 RUC 1410028860-6. Condena

¹¹¹ DONNA EDGARDO ALBERTO. Derecho Penal Parte Especial. TOMO II-A. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001. Página 179.

¹¹² JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6.

Si bien, dentro de una regla de gradualidad y orden de afectación menor, encontramos un bien jurídico protegido en común, con protección en orden internacional, constitucional, supra legal y legal en nuestro ordenamiento penal a partir de la reforma contenida en la ley 20.968.¹¹³

III.-Tipicidad

La tipicidad responde a las siguientes interrogantes ¿la conducta en cuestión realiza cada uno de los elementos de un tipo legal? ¿Encuadra con la descripción del hecho punible?¹¹⁴ Para dar respuestas dichas preguntas debemos estudiar las vejaciones a partir de la descripción efectuada por el legislador.

A efecto de iniciar el análisis del tipo, de cada uno de los elementos que describen el delito de abusos contra particulares por medio de vejaciones injustas. Debemos considerar que con la modificación introducida por la Ley N° 20.968 del año 2016 se reformuló el artículo 255 código penal con la manifiesta intención del legislador de graduar atendida la gravedad de los delitos con la tortura como la más grave, luego los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, para finalizar con las vejaciones injustas. Así también, eliminar la doble referencia a los apremios ilegítimos, reformar su penalidad, establecer una figura agravada y finalizar en concordancia con los artículos 150 CP en sus distintas hipótesis contempladas entre las letras A a la F, mediante una norma de clausura denominada en nuestra doctrina como resguardo legislativo.

III.-1 Antiguo artículo 255

Con la modificación introducida por la Ley N°20.968 del año 2016. El actual artículo 255 CP dispone que:

“El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.”

¹¹³ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob cit.

¹¹⁴ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. OP.CIT. Página 164.

III.-2 Actual artículo 255 del Código Penal

“El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste¹¹⁵.

Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.

No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

De esta manera, se extrajeron los apremios ilegítimos que ahora forman parte de un delito independiente “Apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y en un grado superior en la regla de gradualidad referida.¹¹⁶ En el vigente inciso segundo podemos encontrar una agravante por discriminación¹¹⁷ y en similar regulación a la tortura y los otros malos tratos, finaliza con una norma de clausura relativa a como señalan los profesores Matus y Ramírez:¹¹⁸ “Constituye un resguardo normativo, el legislador se cuida de aclarar lo que no se consideraran como vejaciones injustas en el inciso final”.

III.-3 Tipicidad Objetiva

El tipo penal comprende el conjunto de elementos que integran la descripción legal de un delito¹¹⁹. En el caso delito de vejación injusta de nuestro artículo 255 del Código Penal encontramos entre sus elementos un sujeto activo especial con un requisito del tipo complementario, un sujeto pasivo extensivo a toda víctima, una conducta punible descrita por el verbo rector “vejar” acompañado de un elemento normativo del tipo que responde

¹¹⁵ Código Penal en <http://bcn.cl/2f6m7>. Artículo 255.

¹¹⁶ Historia de la Ley 20.968; pág. 173. **EN** Cristián Irrazábal, Carlos Verdejo. Ob. Cit. Página 99

¹¹⁷ MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Op cit. Página 481.

¹¹⁸ Ídem

¹¹⁹ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RAMÍREZ MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004. Página 183

más bien, a interrogantes de antijuricidad y un resultado de lesión del bien jurídico protegido integridad moral. Elementos de los que se extraen los tres requisitos de la figura típica que deberán concurrir en la tipicidad “para que la conducta del mundo real se adecue a la descripción legal”. A saber, ellos son: 1) Se cometa una vejación injusta en contra persona, 2) Tal acción se realice por un funcionario público y 3) Que se encuentre el marco de desempeño de sus funciones públicas o acto de servicio¹²⁰.

III.-3.1 Sujeto activo “*El empleado público que, desempeñando un acto del servicio (...)*”

Recurriendo a la clasificación de los tipos penales atendida la modalidad del elemento sujeto activo, encontraremos los delitos comunes que constituyen la regla general donde el sujeto podrá ser todo aquel que ejecute la acción típica. Excepcionalmente cuando así lo dispone el legislador, estaremos ante delitos especiales que solo pueden ser ejecutados por todo en quien la ley atribuya ciertas condiciones especiales. Ejemplo, que usualmente se da en los manuales sobre Teoría del Delito, el empleado o funcionario público.

A su vez, los delitos especiales se subclasifican en delitos especiales propios “los que describen una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.”¹²¹ Cita el profesor Mir Puig, “el delito de prevaricación, pues la sentencia injusta dictada (así, en autoría mediata) por quien, carece de la condición de Juez es impune en cuanto tal. Y en contrapartida, en los delitos especiales impropios “guardan, en cambio, correspondencia con un delito común, del que puede ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción”¹²².

De acuerdo con la categorización citada, el delito de Vejación Injusta corresponde en Chile a uno especial propio. Ya que, de no mediar la condición especial de funcionario público por parte del sujeto activo o de encontrarse fuera de un acto de servicio, no existirá un delito común que sancione la misma conducta vejatoria. Constituye un fundamento de lo injusto y no una causa de su agravación.

¹²⁰ Ídem

¹²¹ MIR PUIG SANTIAGO. Derecho Penal Parte General. 10° Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2016. Página 236.

¹²² Ídem

Corresponde en este punto, analizar el concepto de funcionario público al cual nuestro ordenamiento le atribuye la condición específica. Nos encontramos ante un elemento normativo del tipo de la clase de aquellos que reclaman una especial valoración jurídica para configurar la tipicidad del hecho¹²³

En un análisis jurídico del elemento normativo del tipo, se advierte que tanto los delitos del párrafo IV título III del Código Penal Chileno consagrados en los artículos 148 y 161, donde se encuentran los de la tortura y los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Como los del título V entre los artículos 216 y 260, por ejemplo, las vejaciones injustas y la negatividad de servicio. Comparten una definición empleado o funcionario público de elaboración administrativa y otra expresamente regulada en nuestro código penal. A partir de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y de la ley N°18.834 Sobre Estatuto Administrativo, se puede construir un concepto de funcionario público desde la óptica del derecho administrativo. En el ámbito del Código Penal el artículo 260 dispone:

*“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.*¹²⁴

Del citado artículo, se colige que serán empleados públicos quienes desempeñen un cargo o función pública en la administración central como ministerios, subsecretarías, seremi, gobierno regional y provincial; En un servicio fiscal o semi fiscal como empresas públicas o semifiscales; Los funcionarios municipales como, por ejemplo, personal de un establecimiento educacional dependiente de la corporación municipal. Personal de servicios, oficinas, programas, centros, divisiones, dependencias- creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del jefe de la República ni reciban sueldos del Estado, así quedan incluidos trabajadores del Servicio Nacional de Menores entre otras funciones en el cuidado de la intervención o la internación de niños, niñas y

¹²³ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. OP.CIT. Página 187

¹²⁴ Código Penal en <http://bcn.cl/2f6m7>. Artículo 260.

adolescentes. Además, no existe exclusión por un criterio económico respecto de percibir o no sueldos del estado o en atención a la pertenencia a planta, contrato u honorarios.

Respecto del delito tortura en la tramitación e historia de la Ley N° 20.968 surgió el debate si se debiese entender el sujeto activo concebido en virtud del artículo 260 de manera amplia como se ha expuesto precedentemente o de manera restringida en atención a quienes participen en acciones de investigación y persecución penal, custodia de detenidos, fuerza armada o apliquen sanciones administrativas¹²⁵. En el debate de la comisión, surgió el ejemplo del funcionario de la Contraloría General de la Republica si pudiese cometer tortura o apremios ilegítimos en el desempeño de sus funciones. Misma interrogante se puede plantear a propósito del artículo 255, si bien no existe en nuestra jurisprudencia un condenado funcionario de la Contraloría o de la Tesorería General de la República, es dable postular la posibilidad que se cometido por personal de establecimientos de educacionales municipales, hospitales públicos, servicio nacional de menores en el ejercicio de sus respectivos actos de servicios.

En Argentina se discute sobre las tareas de un funcionario público que se incluyen en acto de servicio que puede derivar en una conducta vejatoria. Por una parte, quienes sostienen que son todas las funciones inherentes a la naturaleza del servicio público que presta un determinado empleado. Otros exponen que serán los actos de un funcionario público legalmente facultado o aquel administrativo que ilícitamente se atribuya labores relacionadas con la detención de personas, cuidar presos, prevención o represión de delitos, o con el mantenimiento de orden público¹²⁶.

La importancia que se le otorgue al análisis del sujeto activo guarda relación con la concepción de bien jurídico protegido que se le atribuya. Será primordial para quienes propugnan el presupuesto de libertad o la correcta función de la fuerza pública, establecer un concepto restringido de funcionario público, restringido a labores policiales, de fuerzas armadas o penitenciarias. En cambio, para quienes defienden la integridad moral, concordaran con lo descrito por el autor Mario Durán “La Tipificación del sujeto activo abarca a individuos en situaciones que van mucho más allá del tradicional e histórico caso

¹²⁵ Historia de la Ley 20.968; pág. 173. EN Cristián Irrarrázaval, Carlos Verdejo. Ob. Cit. Página 53.

¹²⁶ BOMBINI GABRIEL y DI TORO JAVIER. Severidades, Apremios y Vejaciones. Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires. 2013. Página 20

del agente de policía o del miembro de las fuerzas armadas, de orden o seguridad del Estado”¹²⁷

Podemos concluir que el intérprete deberá centrar su análisis en los actos típicos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico más que excesivamente en el sujeto activo que los lleve a cabo y así aplicando los factores de delimitación nos encontraremos ante la presencia del delito de tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles inhumanos o degradantes o de vejaciones injustas.

III.-3.2 Requisito típico complementario “desempeñando un acto de servicio”

Clasificado el delito del artículo 255, en atención al elemento sujeto activo del tipo, como especial propio. Abordada la condición especial de funcionario público respecto a su concepto en el código penal, en el derecho administrativo, en nuestra doctrina nacional y comparada, y en jurisprudencia de relevancia. Es turno de dar cuenta sobre el requisito adicional y complementario del tipo, no basta que el sujeto activo reúna la condición de empleado o funcionario público, además la ejecución ilícita debe ser llevada a cabo con ocasión al desempeño de un acto de servicio. Quedando excluida la calificación especial en el ámbito privado de la vida del empleado, cuando este no se encuentre en el ejercicio de funciones públicas. Entiéndase como esfera particular no solo el espacio temporal fuera del horario o lugar de prestación de servicio. El funcionario, para ser considerado como sujeto común, no debe arrogarse atribuciones, deberes y prerrogativas propias ni los medios e instrumentos de su función pública.

III.-3.3 Sujeto Pasivo: “contra las personas”

El sujeto pasivo de acuerdo con lo establecido por el artículo 255 Código Penal Chileno son todas las personas que vean afectada su integridad moral por medio de vejámenes, maltratos, molestia, perjuicio o gravamen. Nuestra regulación guarda distancia con la condición y requisito de detenido o privación de libertad por parte de la víctima. Como sucede en inciso tercero del artículo 144 bis del Código Penal Nacional Argentino:

“Artículo 144 bis. Será reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo:

¹²⁷ DURAN MIGLIARDI, Mario. Ob. Cit. Página 224.

3. *El funcionario público que impusiere a los presos que guarde, severidades, vejaciones o apremios ilegales.*¹²⁸

Como se ha expuesto precedentemente, el análisis del artículo 144 bis en especial por su numeral tercero, ha llevado a parte de la doctrina argentina a señalar que se trata de un delito cuyo bien jurídico protegido es un presupuesto de la libertad y seguridad de las personas.

Similar discusión respecto a nuestro artículo 150 previo a la tipificación del delito de tortura. Donde el bien jurídico a proteger se analizaba a partir del requisito de que la víctima se hallare privada de libertad.

A diferencia, nuestra regulación y jurisprudencia nacional sobre el tipo penal vejación injusta, la hace extensible a toda persona, que el acto injustamente vejatorio sea cometido en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, dará lugar a una figura agravada, mas no constituye un elemento o requisito complementario del tipo objetivo.

III.-3.4 La Acción Típica

Para efecto de entregar una definición de la acción de carácter normativa y comprensiva de la omisión. Seguimos lo dispuesto por Bacigalupo “toda conducta humana exterior evitable”¹²⁹. Luego para que dicha conducta humana sea típica, deberá adecuarse a la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por el legislador penal¹³⁰

III.-3.4 A) La Conducta

De lo estipulado por el artículo 255 del Código Penal, se extrae como núcleo de la acción *cualquier vejación injusta contra las personas*. Siempre y cuando quien realice el tipo posea la condición especial funcionario público y se encuentre en el desempeño de sus funciones.

¹²⁸ CÓDIGO PENAL NACIONAL ARGENTINO. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Información legislativa INFOLEG. En: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999>. {CITADO 08-09-2020}. Artículo 144 bis inciso 3.

¹²⁹ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007. Página 6.

¹³⁰ Ídem. Página 12.

Ahora bien, en relación con lo injusto del tipo, estimamos pertinente advertir lo que la doctrina denomina elementos normativos del tipo de clase “Aquellos que, aunque aparecen injertados en el tipo, claramente conciernen a preguntas atinentes a la antijuricidad.”¹³¹ Como lo son “sin derecho, ilegítimamente o en abuso de autoridad”. Corresponde a un llamado de atención por parte del legislador a la eventual existencia de reglas de derecho público o privado que pueden conceder a esa conducta legitimidad, cuya exclusión debiera ser averiguada con premura previo a la dictación de una medida cautelar como la prisión preventiva que suponga la existencia del hecho punible.¹³² Es un elemento que, de no existir, de todas formas, se produciría la misma interrogante en sede de antijuricidad como analizaremos. Así sucede con el artículo 144 bis 2° del Código Penal Argentino, en el que a diferencia no existe referencia normativa alguna en relación con el injusto de la vejación en el tipo objetivo. Lo que de ninguna manera implica suprimir el respectivo análisis de antijuricidad.

III.-3.4 B) Carácter de Última Ratio del Derecho Penal y Concepto de Vejación:

Previo a dar cuenta sobre el concepto de vejación resulta importante tener en consideración que vejar no es una simple molestia o descortesía dado el carácter de ultima ratio del derecho penal. “El recurso al sistema penal debe ser la última ratio (último medio), a la que debe preceder el ensayo de otros recursos estatales o sociales.”¹³³ Junto con un carácter de subsidiario que impone al derecho penal la prohibición de una reacción excesiva

Ahora bien, de lleno en el concepto de vejación la Real Academia de la Lengua Española define en su Diccionario de la Lengua Española, la vejación como: “Vejar es maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer”.¹³⁴

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en apelación de recurso de amparo, ha analizado la vejación como aquel trato injusto y denigrante¹³⁵.

¹³¹ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. Op.cit. Página 184.

¹³² POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. Op.cit. Página 184.

¹³³ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. Op.cit. Página 67.

¹³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Madrid. 2019. **EN** <https://dle.rae.es/vejar> {Consultado el 25 de agosto de 2020}

¹³⁵ EXCMA.CORTE SUPREMA. Apelación Recurso Amparo ROL 82.795-2016. Considerando Octavo.

El Excelentísimo Tribunal Constitucional, en requerimiento de inaplicabilidad Rol 2670 del año 2014, determinó que: “Vejar, cuyo sentido natural y obvio es evidente y conocido en el idioma -maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer-.”¹³⁶

En sentencia del Juzgado de Garantía de Santiago, encontramos un importante razonamiento “En el lenguaje común la vejación no es cualquier maltrato o molestia, sino que, es aquel que ridiculiza; Tiene cierto carácter humillante, de menosprecio, de menoscabo en la honra o dignidad del que lo sufre. No es posible pretender que el derecho, y particularmente el derecho penal, pretenda sancionar únicamente la molestia que se produce en la administración pública cada vez que se atiende mal al usuario, sino en la medida en tal molestia tiene un sentido infamante”.¹³⁷

En la doctrina nacional dominante la compone el trabajo del profesor Labatut quien explica las vejaciones como “Cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona”. En mismos términos los autores Matus y Ramírez la tratan como “maltratar, molestar, perseguir a alguien”.¹³⁸

Es en las obras de los autores argentinos Edgardo Donna y Creus que encontramos un exhaustivo análisis del concepto y formas de realización. Donna expone “Vejar significa tanto molestar, maltratar, perseguir o hacer padecer a una persona. Las vejaciones pueden consistir en todos los actos humillantes que puedan perjudicar psíquicamente a la persona, que ataca también a la dignidad o el respeto que la persona merece como tal”. Agrega que se puede cometer por diversos medios “Tanto pueden ser actos materiales, como empujones o realización de tareas humillantes e indecorosas, como palabras y exigencias indebidas”¹³⁹. En tanto, Creus propugna que tiene más trascendencia psíquica que física. “Es todo trato humillante que mortifica moralmente a la persona, atacando su sentimiento de dignidad o de respeto que se merece como tal y con el que espera ser tratada.”

¹³⁶ EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14. Considerando Sexto.

¹³⁷ JUZGADO GARANTÍA SANTIAGO, sentencia procedimiento simplificado. Causa RIT 926-2006 ROL 610003870-4. Considerando Noveno.

¹³⁸ Labatut/Zenteno EN MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Op. cit. Página 481.

¹³⁹ DONNA EDGARDO ALBERTO. Op. Cit. Página 178.

Finaliza ejemplificando “tratamientos físicos como empujones o actos puramente morales como la exigencia de adoptar actitudes indignas ante la presencia de funcionarios o terceros”¹⁴⁰.

Concordamos con el alegato de clausura en el caso de Lorenza Cayuhan, por parte del abogado querellante representante del INDH “En el lenguaje común, no es cualquier maltrato o molestia. Sino que es aquel que ridiculiza, tiene cierto carácter humillante, de menosprecio, de menoscabo en la honra o en la dignidad de quien lo sufre.”¹⁴¹

Podemos concluir de las diferentes definiciones y sus elementos en común, que vejarse es maltratar, molestar perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer. Se puede cometer y llevar a cabo tanto por actos materiales como inmateriales que dan cuenta de un trato que es injusto, denigrante y humillante. Que para la víctima tiene como resultado una mortificación, es decir, un menosprecio y menoscabo a su integridad moral.

III.-3.5 Figura Agravada: Inciso 2° Artículo 255

“Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.”

En el vigente inciso segundo podemos encontrar una figura agravada cuando la conducta se cometiere en contra de un menor de edad, así lo estimo el Tribunal Oral en lo Penal de Angol citado precedentemente a propósito del uso excesivo de la fuerza policial contra un menor de edad. Se agrava también cuando la víctima está en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez. O finalmente, cuando se atenta en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público. Caso paradigmático en este punto, no obstante, de tratarse un caso perpetrado con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo delito de vejación, es el caso de Lorenza Cayuhan quien fue vejada por la omisión al deber de cuidado y custodia de dos funcionarias de Gendarmería de Chile.

¹⁴⁰ CREUS CARLOS. Op. Cit. Página 302.

¹⁴¹ JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Sentencia Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6. Página 26.

Reiteramos lo abordado en el análisis del sujeto pasivo, que el acto injustamente vejatorio sea cometido en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, dará lugar a una figura agravada, mas no constituye un elemento y requisito del tipo objetivo ni que nos encontremos ante un delito presupuesto de la libertad o seguridad de los detenidos.

III.-3.6 La Omisión. Clases de Omisión. Posibilidad comisión por omisión en el delito de vejaciones injustas

III.-3.6 A) La Omisión

De lo preceptuado por el artículo 1 del Código Penal:

“Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. (...)”

Se colige que un tipo legal puede presentar dos modalidades: de acción u omisión. Al respecto el profesor Santiago Mir Puig nos ilustra: “En cuanto a su estructura, mientras que los tipos de acción se realizan si se efectúa la conducta que describen, los tipos de omisión se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista —en absoluto es necesaria la pasividad. Por lo que, afecta al distinto significado normativo de los tipos de acción y de omisión, mientras que los primeros (tipos de acción) son la base de la infracción de una norma prohibitiva de una intervención activa indeseable por su nocividad, los segundos (tipos de omisión) son la base de la infracción de una norma preceptiva, que obliga a una determinada cooperación deseable. El injusto del delito de acción consiste en una intervención activa nociva que en principio una norma prohíbe; el injusto de la omisión consiste en hacer algo distinto a la prestación deseable obligada en principio por una norma preceptiva. Adviértase que el tipo de omisión no requiere la pasividad física del autor, sino que precisamente suele cometerse mediante la realización de una conducta activa distinta de la ordenada. Ejemplo: Quien encuentra a un excursionista en una situación de grave peligro para su vida, puede cometer el delito de omisión de socorro a través, precisamente, de la conducta positiva representada por el marcharse del lugar de peligro”¹⁴².

¹⁴² MIR PUIG SANTIAGO. Op. Cit. Página 318

III.-3.6 B) Clases de Omisión

En las clases de omisión podemos encontrar una clasificación de acuerdo con la doctrina mayoritaria en “A) Omisión Propia” y en “B) Comisión por Omisión u Omisión Impropia”. En otra posición, el sector doctrinal minoritario no admite la equivalencia entre comisión por omisión y la omisión impropia.

Así para Armin Kaufmann, Bacigalupo, Novoa Monreal y Mir Puig, la omisión se subdivide I.- “De la misma forma que los tipos de acción se dividen en tipos de mera actividad y de resultado, los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, o requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros, contrapartida de los delitos de mera actividad en la omisión, constituyen tipos de **omisión pura**, en tanto que los segundos, equivalentes a los delitos de resultado, reciben el nombre de **comisión por omisión**”. La omisión en el socorro es un delito de omisión pura por cuanto no contempla un resultado y se contenta con el solo no prestar auxilio. En cambio, y cita como ejemplo el Profesor Mir Puig al artículo 385,2 del Código Penal Español, castiga al que «origine un grave riesgo para la circulación» ... «no restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo», exigiendo, como se ve, que el no hacer origine un resultado (de riesgo): se trata, pues, de un delito de comisión por omisión¹⁴³. Un segundo ejemplo en la jurisprudencia nacional, podemos encontrar el caso de vejación injusta por comisión omisiva de funcionarias de Gendarmería, en custodia de una persona en una intervención médica de gravedad, que, en vez de permanecer en el lugar, mantenerse en funciones y dar respuesta a los requerimientos del personal médico, se retiran intempestiva e injustificadamente a desempeñar funciones propias de la vida privada.

II.- Otra forma de clasificar, es atendiendo a si la **omisión se encuentra prevista como tal por la ley** y la **omisión no descrita expresamente por la redacción legal**. En la primera nos encontraremos los ejemplos citados precedentemente, de omisión en el socorro como omisión pura y el artículo 385,2 del Código Penal Español como comisión por omisión. Y en la segunda no prevista por el tipo legal, solo encontraremos casos de comisión por omisión.

¹⁴³ MIR PUIG SANTIAGO. Op. Cit. Página 321

A efecto, nos señala Mir Puig “En el segundo grupo cabe sólo la comisión por omisión, porque el asiento legal —indirecto— ha de buscarse en los tipos de resultado (ej.: «el que matare a otro», art. 138 CP), que se entienden realizados tanto por conducta positiva como por la no evitación del resultado en ciertas condiciones”¹⁴⁴.

Efectuada la prevención respecto a la discusión doctrinaria sobre la subclasificación de los delitos de omisión. Para efecto de proseguir con el análisis de la posibilidad de comisión por omisión del delito de vejaciones conforme a como se ha suscitado en nuestra jurisprudencia y en especial en el caso de Lorenza Cayuhan. Entenderemos la omisión y la comisión por omisión en atención a lo expuesto los profesores Bullemore y Mackinnon:

- A) **“Delitos de Omisión Propia:** Se encuentran expresamente tipificados en la ley y suponen una infracción de una norma imperativa, mediante la abstención del cumplimiento de la conducta ordenada.
- B) **Delitos de Omisión Impropia o Comisión por Omisión:** No se encuentran expresamente tipificados, sino que son delitos construidos a partir de los delitos comisivos. Se exige del autor una posición de garante respecto del bien jurídico penalmente protegido, en el sentido de que, dada su relación con él, le es exigible desplegar una conducta tendiente a evitar su lesión o puesta en peligro. Las fuentes de la posición de garante, que se señalan en la doctrina, son: la ley y los contratos”¹⁴⁵.

A primera vista, concebir un delito regulado en modalidad de acción y no de manera omisiva explícitamente, como sucede en delito de omisión de socorro, podría alertar sobre la vulneración al principio de reserva legal “Nullum Crimen Nulla Poena sine Lege” que tutela nuestro derecho penal. Si analizamos el artículo 492 inciso 1 CP, de manera explícita consagra que tanto las acciones como las omisiones pueden constituir crimen o simple delito contra las personas. A su vez, como exponen los profesores Politoff, Matus y Ramírez conforme a la doctrina mayoritaria, la constitución se refiere a conductas

¹⁴⁴ MIR PUIG SANTIAGO. Op. Cit. Página 322

¹⁴⁵ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op.cit. Página 17.

“lo que parece comprender tanto acciones como omisiones- y no restringiendo expresamente la ley, las modalidades de comisión de un resultado punible, puede admitirse la omisión entre ellas sin contrariar la garantía constitucional”.¹⁴⁶

Respecto de la Posición de Garante en Alemania que ha tenido gran desarrollo en la teoría, se le entrega a la doctrina y jurisprudencia, determinar los supuestos en que el específico deber jurídico de evitar el resultado y la equivalencia de acción y omisión tienen lugar. Ello de acuerdo lo estipulado expresamente por el Código Penal Alemán, permitiendo que un tipo formulado positivamente sea realizado por omisión. “En su párrafo 13: El que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será castigado por la ley si le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer”¹⁴⁷.

Nuestra doctrina ha establecido, como exponen los autores Politoff, Matus y Ramírez, “ los requisitos de la omisión para que pueda afirmarse su tipicidad respecto de un resultado previsto comisivamente por la ley: a) Producción del resultado típico que la acción omitida pudo evitar; b) Evitabilidad del resultado (causalidad hipotética), e imputación objetiva del mismo a la acción omitida; c) Posición de garante del omitente, es decir, que tenga un deber jurídico especial de protección que lo obligue a evitar el resultado lesivo y que haya asumido efectivamente dicha posición; y d) Que la omisión equivalga a la comisión y sea por lo mismo "directamente subsumible en el correspondiente tipo legal"¹⁴⁸

III.-3.6 C) Posibilidad comisión por omisión en el delito de vejaciones injustas

En concordancia a lo expuesto sobre la omisión pura y propia, debemos descartar su calificación respecto del delito de vejación injusta. En razón a que, se trata de un delito de resultado y no de mera actividad. Tampoco se encuentra expresamente tipificada la conducta omisiva que suponga la infracción de una norma imperativa, mediante la abstención del cumplimiento de la conducta ordenada. Como si sucede respecto de la tortura en el artículo 150 letra A del Código Penal Chileno.

¹⁴⁶ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. 2º Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004. Página 198

¹⁴⁷ MIR PUIG SANTIAGO. Op. Cit. Página 323

¹⁴⁸ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Op. Cit. Página 199

Si es dable la comisión por omisión del delito regulado en el artículo 255 Código Penal. Pues se trata de un delito de resultado y que no habiendo restringido expresamente la ley la modalidad de comisión del resultado punible, podemos admitir la comisión por omisión sin que contradiga garantía constitucional alguna¹⁴⁹. Además, debemos considerar que nos encontramos ante un delito de carácter especial atendido la clasificación respecto de su sujeto activo. A dicha calidad especial de funcionario público, las normas internacionales por ejemplo sobre derechos humanos, la Constitución Política de la República, leyes orgánicas constitucionales, reglamentos y protocolos de cada institución pública.

Como también el concepto mismo de función pública que hace referencia el artículo 260 Código Penal, le atribuyen al empleado público facultades y prerrogativas que tienen como contrapartida deberes de cuidado superior al exigible a cualquier ciudadano. Es así como, de las normas que regulan cada función pública que realiza un funcionario, se extrae una posición de garante respecto del bien jurídico penalmente protegido, en el caso de la vejación, de la integridad moral de las personas. Serán garantes de las personas privadas de libertad ambulatoria, el personal de gendarmería y judicial. En el caso de alumnos de un establecimiento educacional municipal, por ejemplo, las educadoras de párvulo.

III.-4 Tipicidad Subjetiva

Habiendo ya analizado los elementos descriptivos y normativos presentes en el artículo 255 del código penal, nos corresponde abordar en este punto, todos aquellos elementos que tengan una carga de subjetividad se encuentren o no formalmente descritos en el tipo¹⁵⁰. Que guardan relación con la disposición de voluntad del autor al ejecutar una acción típica. Así puede ejecutarse con la disposición de voluntad dolo o culpa, no con ambas por ser incompatibles, a excepción de los delitos preterintencionales.¹⁵¹

¹⁴⁹ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Op. Cit. Página 198.

¹⁵⁰ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit. Página 26.

¹⁵¹ Ídem. Página 40.

III.-4 A) El Dolo. Concepto, Elementos y Clasificación

El dolo puede definirse, de acuerdo con Bullemore y Mackinnon, como “el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y la voluntad de realización de este. Es decir, sencillamente, conocimiento y voluntad de realización”¹⁵².

Del concepto se extrae como elementos el conocimiento y la voluntad de realización. A partir de este último, el dolo admite una triple clasificación tradicional:

“A) Dolo Directo: “el sujeto sabe lo que hace y quiere lo que hace. La verificación del tipo objetivo es, precisamente, la meta del sujeto activo. **B) Dolo de Segundo Grado:** Es una especie de dolo directo, caracterizado por el hecho de no estar la acción específicamente dirigida al resultado, pero que es realizada sabiendo que ese resultado es consecuencia segura e inevitable de ella. **C) Dolo Eventual:** Refleja una indiferencia absoluta frente a la posibilidad de que el tipo objetivo se produzca o no como consecuencia de la acción. El sujeto se representa tal verificación como posible, pero ello no lo detiene para ejercer su acción, que lleva a cabo con indiferencia ante ese resultado”¹⁵³.

La principal diferencia entre el dolo directo y el eventual radica en que el primero la verificación del tipo objetivo es la meta de la voluntad del sujeto y su conducta es el medio escogido para tal verificación, en tanto que en el dolo eventual la verificación del tipo penal es una consecuencia previsible de la propia conducta del agente, pero que no es perseguida ex profeso por el agente, de tal modo que su conducta no es un medio escogido para arribar a tal verificación, sino el medio para alcanzar otros fines, siendo la verificación del tipo objetivo solo una consecuencia colateral previsible y ante la cual el sujeto activo manifiesta indiferencia para el caso de producirse.¹⁵⁴

III.-4 B) El Dolo en el Delito de Vejaciones

En el delito de vejaciones injustas el funcionario público dispondrá de su voluntad dolosa, atendida la clasificación citada, de manera directa cuando sabe y quiere vejar. Es decir, el autor está al tanto de que su conducta implica un medio para arribar a la verificación del tipo objetivo, pese a las consecuencias concomitantes para la víctima.

¹⁵² BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit. Página 41.

¹⁵³ Ídem. Página 46.

¹⁵⁴ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit. Página 47.

Es más, la conducta está dispuesta a la voluntad de cumplir con lo dispuesto por el tipo. Entiende y pretende la mortificación de la persona. Existe un ánimo de humillar y degradar, de menoscabar su honra y dignidad. Aquí podríamos ejemplificar con lo resuelto por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal en el caso del funcionario de carabineros que, en un acto de servicio de detención, donde reduce a la víctima y la mantiene en el suelo boca abajo por más allá del tiempo necesario y además adiciona colocar su pie en el cuello, con la intención exclusiva de lesionarle, humillar y menoscabarla¹⁵⁵.

Respecto de la posibilidad de la admisión del dolo eventual. Los autores argentinos Creus y Donna, previamente abordados, nos señalan que tanto la vejación como el apremio tiene un contenido subjetivo en el agente que únicamente admite dolo directo¹⁵⁶. “La doctrina (argentina) es unánime en aceptar que el tipo penal exige el dolo directo, ya que es imposible vejar un tercero con ninguna otra intención que no sea la de este tipo dolo (saber y querer)”¹⁵⁷

Lo expuesto sobre la doctrina argentina y el dolo eventual fue recogido en el caso de Lorenza Cayuhan por la defensa de los gendarmes acusados. Sosteniendo que por la naturaleza de las vejaciones solo se pueden cometer con dolo directo. “La vejación per se tiene exclusivo propósito de denostar, de mortificar al destinatario, y eso no es otra cosa que saber y querer vejar”. La sentencia del Juzgado de Garantía de Concepción acogió el argumento y citando a los autores argentinos excluyó el dolo eventual del tipo subjetivo.

Concordamos con lo señalado al respecto por la ILTMA Corte de Apelaciones de Concepción en fallo de recurso de nulidad¹⁵⁸. Debemos comprender que desde una apreciación dogmática de los delitos del libro II CP, el dolo constituye regla general y que tanto la incriminación de la culpa y la exclusión del dolo eventual son la excepción. Para Politoff, Matus y Ramírez “Una consecuencia de que la incriminación a título de dolo sea la regla general es que, en la parte especial, no se incluya la voz “dolosamente” en cada una de las descripciones de las figuras delictivas, la que resulta superflua”¹⁵⁹.

¹⁵⁵ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL SANTIAGO. Causa RIT 267-2018 RUC 1410028860-6.

¹⁵⁶ CREUS CARLOS. Op. Cit. Página 304.

¹⁵⁷ DONNA EDGARDO ALBERTO. Op. Cit. Página 180.

¹⁵⁸ ILTMA. CORTE DE APELACIONES CONCEPCIÓN. Recurso Nulidad. Rol 466-2019

¹⁵⁹ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Op. Cit. Página 255.

Solo excepcionalmente el código buscando enfatizar el aspecto subjetivo y excluir la aplicación del dolo eventual usa voces como “maliciosamente” “a sabiendas” u otra equivalente. En nuestro artículo 255 CP no existe el empleo de vejación injusta maliciosa, a sabiendas u otra similar que, de cuenta de una intención por parte del legislador, de limitar a dolo directo el tipo subjetivo.

III.-4 C) Cuasidelito de vejaciones injustas

Debemos excluir la posibilidad de concurrencia del cuasidelito de vejaciones injustas, “pues las acciones u omisiones cometidas con culpa (cuasidelitos) quedan impunes siempre que no se hallen expresamente conminadas con pena, según lo dispone el acápite final del artículo 4° y el artículo 10 N°13 Código Penal”¹⁶⁰. Y dado que tampoco existe respecto a este tipo de delito, la aplicación de los artículos 490 y 492 Código Penal.

IV.- Antijuricidad

IV.-1 Los elementos normativos del tipo y la antijuricidad

Como bien nos exponen los profesores Politoff, Matus y Ramírez, “los tipos penales no se limitan a una simple descripción objetiva de un mal comprobable empíricamente, pues muchas veces la descripción de ese mal supone el empleo de términos o palabras cuyo sentido sólo es discernible por medio de valoraciones culturales y hasta jurídicas difícilmente reducibles a juicios de verdad o falsedad fáctica. Los que tradicionalmente se llaman elementos normativos del tipo”¹⁶¹.

Encontraremos dos clases de elementos normativos “a) Aquellos que, aunque aparecen injertados en el tipo, claramente conciernen a preguntas atinentes a la antijuricidad (“sin derecho”, “abusivamente”, “ilegítimamente”, “abuso de autoridad”, “abuso de su oficio”, etc.), los cuales, de no haber sido puestos por el legislador en la descripción, habrían suscitado iguales preguntas en las causas de justificación.

¹⁶⁰ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Op. Cit. Página 254

¹⁶¹ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramírez María Cecilia. Op. Cit. Página 184.

b) Aquellos elementos que, sin referirse a una eventual justificación, no tienen un carácter puramente descriptivo, sino que reclaman una especial valoración para configurar la tipicidad del hecho, ya sea sociocultural ("buenas costumbres", "hechos de grave escándalo y trascendencia", "deshonra, descrédito o menosprecio") o jurídica ("cosa ajena", "funcionario público", "escritura pública", etc.)¹⁶².

En relación con el artículo 255 del Código Penal y la inclusión normativa en el tipo de injusta que acompaña a la vejación. Como se ha señalado en sede de tipicidad, concierne, aunque se encuentre injerto en el tipo objetivo, a preguntas en relación con la teoría de la antijuricidad.¹⁶³ Corresponde a un llamado de atención por parte del legislador a la eventual existencia de reglas de derecho público o privado que pueden conceder a esa conducta legitimidad. Es un elemento que, de no encontrarse descrito, de todas formas, se produciría la misma interrogante a resolver en sede antijuricidad. Así sucede con el artículo 144 bis 2° del Código Penal Argentino, en el que a diferencia nuestra no existe referencia normativa alguna en relación con el injusto de la vejación en el tipo, pero ello no implica abandonar la sede de antijuricidad.

IV.-2 Concepto de Antijuricidad

Siguiendo a Bullemore y Mackinnon la antijuricidad se define como "la realización del tipo que no se encuentra especialmente autorizada". Debemos comprender que la conducta típica, por típica que sea, no implica necesariamente que, a la vez, sea antijurídica. Aunque normalmente constituya un indicio de antijuricidad. Por lo que, hay que agregar al concepto "una ausencia de causal de justificación que autorice la realización de una determinada conducta típica". A su vez, las causales de justificación se definen como "autorizaciones legales expresas para realizar conductas típicas"¹⁶⁴.

Encontraremos diferentes causales genéricas de justificación en nuestro ordenamiento, someramente las podemos clasificar en 1) Causales basadas en el principio del interés preponderante (Legítima defensa y Estado necesidad)

¹⁶² POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. Op.cit. Página 184

¹⁶³. Ídem. Página 235.

¹⁶⁴ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit. Página 81.

2) Causales de justificación basadas en la actuación de un derecho (cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo derecho, ejercicio legítimo de un autoridad o cargo, ejercicio legítimo de una profesión u oficio y omisión por causa justificada) 3) La justificación supra legal.¹⁶⁵ 4) Ausencia de un interés o consentimiento¹⁶⁶

Previo a entrar en el análisis de la antijuridicidad del artículo 255 código penal, requerimos detenernos en las causales basadas en la actuación de un derecho contenidas en el artículo 10 n°10 CP “Están exentos de responsabilidad criminal: 10° El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.” Nuestra doctrina respecto de “obrar en cumplimiento de un deber”, ha señalado que la expresión deber no tiene un significado moral, sino estrictamente jurídico. Guarda relación con conductas ejecutadas en un cumplimiento de un deber resultante de función pública o actos de servicio. Por ejemplo, Agentes o autoridades que emplean medios coercitivos, como la detención de un delincuente flagrante por una autoridad policial. Como límite a la causal de justificación encontramos la adecuación y proporcionalidad, a pretexto del amparo por parte de la norma que regulan un acto de servicio, no se podrá abusar ni actuar desproporcionalmente¹⁶⁷.

IV.-3 Antijuridicidad en el artículo 255

A partir del año 2014, nuestra jurisprudencia suele recoger el análisis sobre lo injusto, efectuado por Excmo. Tribunal Constitucional en requerimiento de inaplicabilidad. “La expresión injusta alude a que carece de justificación normativa, debiendo apreciarse en relación con un acto del servicio, y se determina por un criterio de valoración cultural propio de la función hermenéutica inherente a la jurisdicción”.¹⁶⁸ De lo dispuesto, extraemos que será injusto cuando no se encuentra justificado por una causal de obrar en ejercicio de un deber derivado del acto de servicio. Donde la adecuación y delimitación de proporcionalidad de dicho acto se interpretará por parte de los jueces, mediante la normativa que regula cada función pública y su valoración cultural.

¹⁶⁵ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit. Página 89.

¹⁶⁶ POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RÁMIREZ MARÍA CECILIA. Op.cit. Página 239.

¹⁶⁷ CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL SANTIAGO. Causa RIT 267-2018 RUC 1410028860-6.

¹⁶⁸ EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14. Considerando Sexto

En mismos términos estima el Tribunal Oral en lo Penal de Angol¹⁶⁹, si bien los carabineros se encuentran amparados por el uso de la fuerza necesaria para repeler a quien les ataque y proceder a su detención. No corresponde que la víctima, menor de edad, ya habiendo sido controlada y reducida por el acusado, este proceda a colocarla en el suelo boca abajo con su pie por encima de la espalda, manteniéndole en dicha posición y dilatándolo en el tiempo excesivamente hasta causarle lesiones. Se aparta de los procedimientos establecidos por Carabineros de Chile, entre otros el protocolo 4.2 sobre detención de manifestantes menores de edad, como tampoco corresponde a la praxis policial cuando existe un carro policial especialmente dispuesto para el traslado de los detenidos. Por ende, aquel acto de servicio, dicho control de identidad y posterior detención por flagrancia que inició legitimada como un acto de autoridad en cumplimiento de un deber, se vio viciado cuando el actuar del carabinero acusado desvió su conducta de aquel modelo ideal de funcionario que dicta la normativa y en definitivo abuso de su cargo.

En el sentido indicado la sentencia RIT 926-2006 del Juzgado de Garantía Santiago en su considerando octavo, comentada por don Roberto Morales en la Revista Jurídica del Ministerio Público, nos entrega un importante concepto de injusto y ejemplificando a contrario sensu lo delimita. “Ese un concepto (injusto) permite excluir aquella molestia que es connatural al desempeño de un funcionario apegado a su deber, que se encuentra legitimado por normas que rigen su actuar, de modo que es injusto el maltrato que no encuentra una justificación normativa”. A continuación, nos entrega las directrices de las conductas que no debe entenderse por una vejación injusta: “El carabinero que procede a un control de identidad causa una molestia, pero si su actuación, se justifica por la existencia de indicios (suficientes) que permitan presumir que el sujeto sometido a esa acción ha participado en un delito, tal molestia no puede ser calificada como injusta por cuanto el funcionario obró en el marco de sus atribuciones establecidas legalmente.”¹⁷⁰

¹⁶⁹ TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE ANGOL. Sentencia causa RIT 71-2018 RUC 1601191684-1. Considerando Decimosexto.

¹⁷⁰ JUZGADO GARANTÍA DE SANTIAGO. Sentencia causa RIT 926-2006 RUC 610003870-4. Considerando Octavo. **EN** MORALES PEÑA ROBERTO. Comentario a Sentencia de Vejación Injusta. Unidad Especializada Anticorrupción. Revista Jurídica del Ministerio Público N°34. Santiago. 2008. Página 103 a 105.

En el caso de comisión por omisión la conducta típica será antijurídica cuando no encuentre justificación la faz omisiva en la normativa que regula el respectivo acto de servicio. Así, en el caso de Lorenza Cayuhan citado precedentemente, respecto a los dos gendarmes condenados, se vincula a la acción injustificada de abandono intempestivo de funciones por parte de las funcionarias quienes por largos 50 minutos se ausentaron para ir a comprar a un supermercado. En el momento que la víctima, persona que debía estar bajo su supervisión, entraba a trabajo de parto y presentaba graves complicaciones producto de la condición médica previa ya conocida por las funcionarias. Es en ese instante que, la praxis y el modelo de funcionario que cumple la normativa en el desempeño de un acto de servicio impondrían la obligación de emendar su actuar y retornar al hospital a retirar las medidas de seguridad. Determinándose lo injusto en este caso en la omisión de un deber de actuar conforme a la posición de garante y a la valoración cultural que implica un acto de servicio del personal de gendarmería. Donde la fuente la obligación del deber y cuidado con respecto a la víctima y los factores de limitación de una causal de justificación (adecuación y proporcionalidad) se encuentra contenida en tratados internacionales, Constitución Política de la República y en la propia normativa interna de la institución y en una expresa orden de la máxima autoridad regional de Gendarmería de Chile.

IV.4- la norma de clausura del inciso tercero (...) *” No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad”*

La modificación del año 2016 trajo consigo en los delitos regulados en los artículos 150 sobre Tortura, Apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y en el artículo 255. La inclusión de una norma de clausura relativa a un resguardo normativo, el legislador se cuida de aclarar la conducta que no se consideraran vejaciones injustas en el inciso final. Lo que reiteró el criterio jurisprudencial que se había desarrollado sobre el elemento normativo injusto del tipo. Siendo injusto aquel maltrato que no encuentre una justificación normativa. Donde la acción imputada no se encuentra legitimada por las normas internacionales, nacionales, leyes y reglamentos de cada institución, que rigen el actuar de los funcionarios en el desempeño de los respectivos actos de servicio.

Constituye lo injusto del tipo, un elemento de relevancia y en la cual se suelen centrar las estrategias jurídicas de las defensas. Pretendiendo justificar en los respectivos cuerpos normativos o en la falta o ineptitud de estos, el actuar en cumplimiento de un deber de sus defendidos. Podemos citar la defensa de las dos y el gendarme en el caso de Lorenza Cayuhán que posibilitó la absolución de uno de los tres acusados y restringir los hechos a la internación hospitalaria de la víctima, excluyendo por ejemplo su traslado. Así, el debate se dio torno a la ineficacia en el cuidado y tratamiento de mujeres embarazadas de los reglamentos y protocolos de Gendarmería¹⁷¹.

V.- Análisis Jurisprudencial de relevancia

V.-1 Comisión por omisión en el caso de Lorenza Cayuhan

A fin de observar el trato que ha tenido en nuestra jurisprudencia respecto a la comisión por omisión en las vejaciones injustas, abordaremos en particular el caso de relevancia nacional de Lorenza Cayuhan. Así lo debatido en ambos juicios orales simplificados, la sentencia absolutoria respecto de uno de los acusados y anulada junto al juicio oral en que recayó, respecto de los dos gendarmes. El recurso de nulidad fallado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones y finalmente la sentencia del Juzgado de Garantía de Concepción que condeno a las dos acusadas.

La fiscalía en sus alegatos de apertura y clausura de ambos juicios y respecto en el primero de los tres acusados y luego de las dos que finalmente fueron condenadas. Expuso que la mantención de la medida de seguridad en el tobillo izquierdo durante la cesárea de la víctima es imputable objetivamente a una omisión con dolo eventual, lo que, jurídicamente corresponde a una comisión por omisión con dolo eventual. La comisión omisiva se produce cuando las funcionarias, en prestación de servicios de custodia directa de la víctima y en conocimiento de que en cualquier momento producto de la gravedad que presentaba, el personal médico requeriría de la extracción de las medidas.

¹⁷¹ JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6.

Se imposibilitaron de dar cumplimiento a sus deberes, mediante el abandono intempestivo de sus funciones de cuidado y custodia, para ir por más allá de lo necesario a un supermercado. Agregó el abogado querellante de la víctima que existe una vulneración a todos los reglamentos y protocolos que imponen la obligación de encontrarse en primera línea de custodia. Contraviniendo el deber de cuidado de fuente supralegal en el derecho internacional de los derechos humanos, Constitución y legal en la normativa interna de gendarmería.

Por su parte, la estrategia jurídica de la defensa fue sustentada en la doctrina argentina respecto al delito del artículo 144 bis del código penal argentino, sosteniendo que la inacción solo se produce cuando se presencia una vejación injusta cometida por un tercero y nada se hace, no obstante estar en posición de garante. Adiciona como requisitos que además se encuentre en el ejercicio de su cargo y este le imponga facultad de resguardo de la integridad física del damnificado.

Criticamos el argumento de la defensa toda vez que recoge un argumento doctrinario minoritario en Argentina, además como se ha señalado previamente la regulación e interpretación conjunta del artículo 144 Bis del Código Penal Argentino en sus numerales segundo y tercero, ha generado discusiones doctrinales distantes de las nacionales. Ellas en relación con si el sujeto activo funcionario público debe restringirse a labores policiales y penitenciarias, como también si el sujeto pasivo debe encontrarse en privación de libertad. Para quienes acuerdan dichas interpretaciones y conciben el delito en el marco del caso tradicional del policía o gendarme que veja a la persona privada de libertad cuya custodia posee, obviando además los deberes y cuidados del acto de servicio y la posición de garante en que los instruye, podrán limitar la omisión a la inacción frente a la conducta vejatoria de un tercero. Pero si consideramos que tanto el artículo 144 bis argentino y nuestro artículo 255, no tipifican expresamente la conducta omisiva, de manera alguna se puede considerar restringida a la omisión de actuar frente a la sola conducta de un tercero.

El legislador puede regular normativamente la omisión por ejemplo mediante: “conociendo de la ocurrencia de la conducta, no impidiera o no hiciera cesar la aplicación de vejaciones”, como sucede en el artículo 150 A CP a propósito de la tortura o el artículo 150 D CP sobre los apremios ilegítimos.

O puede, como es el caso, dejarlo a la construcción a partir de la tipificación comisiva del artículo 255 y de la exigencia de la posición de garante del autor. Pero excluir la faz omisiva requiere de una expresa disposición normativa.

Luego, el Juzgado de Garantía de Concepción¹⁷² no entró a analizar los presupuestos de la comisión por omisión por considerar que solo tenía cabida el dolo directo y no así el indirecto, tema que nos referiremos más adelante. La sentencia y el juicio oral simplificado en el que recayó, fueron declarados nulos por la Ilustrísima Corte de Apelaciones¹⁷³ respecto de los dos gendarmes absueltas quienes luego en nuevo procedimiento simplificado con admisión de responsabilidad, fueron condenadas como autoras del delito consumado de vejación injusta por comisión en omisión¹⁷⁴.

Del caso expuesto, podemos afirmar que la vejación injusta puede tratarse tanto de un delito de acción como de omisión. De acuerdo con la clasificación de esta última, solo podemos encontrar la posibilidad de comisión por omisión. Puesto que no existe una tipificación expresa de la conducta omisiva como si sucede respecto de la tortura en el artículo 150 A CP o en los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del artículo 150 D CP. Por ello, requiere de una construcción a partir de la tipificación comisiva del artículo 255, además la exigencia de posición de garante del autor. Como hemos visto, la calidad especial de funcionario público del sujeto activo trae como correlato a las facultades y prerrogativas, un deber de cuidado en el desempeño de función pública y en consideración a esta, una posición de garante respecto del bien jurídico penalmente protegido.

De los alegatos de la fiscalía y abogado querellante representante de la víctima, extraemos que la función pública a desempeñar ese día por parte de los gendarmes correspondía a la custodia directa en primera de la víctima. Que, a dicha función, la normativa internacional sobre tratamiento de personas privadas de libertad, reglamentos y protocolos le atribuyen al autor una posición de garante respecto de la integridad moral de la víctima.

¹⁷² JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Sentencia Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6

¹⁷³ ILTMA. CORTE DE APELACIONES CONCEPCIÓN. Recurso Nulidad. Rol 466-2019.

¹⁷⁴ JUZGADO GARANTÍA CONCEPCIÓN. Ruc 1610039013-6 Rit 10046-2016.

Y que, la omisión consiste en que se imposibilitaron de dar cumplimiento a sus deberes, mediante el abandono intempestivo e injustificado de sus funciones de cuidado y custodia, contravino el deber de cuidado de fuente supra y legal.

Posteriormente en un análisis del recurso de nulidad interpuesto por el Instituto Nacional de Derechos Humanos que fue acogido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción. Vemos aplicados los requisitos para que de la omisión pueda afirmarse su tipicidad respecto de un resultado previsto comisivamente por la ley. “A) Situación típica y posición de garante del autor que le pone en la obligación de actuar debido a la función de protección del bien jurídico afectado. Siendo en el caso, la condición especial de gendarmes, que se encontraban desempeñando una función de custodia directa de una persona privada de libertad ambulatoria. B) La ausencia de la acción determinada y producción de un resultado. Se configura respecto de las imputadas por haber abandonado y ausentado de su puesto de trabajo ese día en la labor de custodia directa de la víctima. C) Capacidad de realizar la acción debida cuya realización hubiere podido evitar la aparición del resultado, siendo requerido que el autor tenga la real posibilidad de poder ejecutar la acción esperada y que se hubiere podido evitar el resultado de haberse llevado a cabo la acción indicada. En este aspecto ambas acusadas, además de conocer que su actuar significaba para la víctima un maltrato apartado de la normativa. Toda vez que, prestaban labores en la sección femenina del Centro Penitenciario Concepción, lo que hace exigir en ellas un conocimiento más acabado de los requerimientos y problemáticas que afectan a las internas embarazadas, considerando el especial estado de vulnerabilidad como mujeres privadas de libertad. No obstante, lo anterior, voluntariamente cometieron la acción típica, a sabiendas de las consecuencias concomitantes que sobrevendrían al mantener la medida de seguridad”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ ILTMA. CORTE DE APELACIONES CONCEPCIÓN. Recurso Nulidad. Rol 466-2019. Considerando Tercero

V.-2 Principio de Legalidad y “Cualquier Vejación injusta” ¿Ley penal en blanco abierta?

El principio de legalidad se encuentra consagrado tanto en nuestra Constitución Política de la Republica y en nuestro Código Penal. Las consecuencias de la aplicación del principio de legalidad formal, se da en tres planos 1) Como fuente de derecho penal; 2) Garantías Individuales y 3) Elaboración de la ley penal.

Como fuente del derecho penal implica reconocer que la ley es la única fuente formal directa del derecho penal. Desde este punto de vista surge el aforismo “NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE LEGE previa scripta et stricta”, en cuanto la ley debe ser previa a la comisión u omisión salvo como consecuencia de la aplicación del principio pro-reo. Estricta implica una prohibición de la analogía (no interpretación analógica) Y escrita en relación con su dictación conforme al artículo 19 N°3 inciso penúltimo y capítulo V CPR. Como bien señalan Bullemore y Mackinnon “la aplicación rigurosa de este principio es en relación con la parte especial del derecho penal, es decir, se prohíbe la creación de tipos penales no contenidos en la ley formal”¹⁷⁶

Respecto de las garantías individuales, se proyecta en cuatro direcciones como garantía individual “Nullum crimen sine lege”; Garantía penal “nulla poena sine lege”; Garantía Jurisdiccional: solo puede aplicarse una pena por sentencia firme, tribunal competente y preestablecido. Y Garantía de ejecución de la pena, la cual debe cumplirse en la forma prescrita por la ley.

En cuanto a la técnica de elaboración de las leyes penales según disponen Bullemore y Mackinnon “el principio impone al legislador la obligación de determinar con precisión y claridad tanto el presupuesto (acción u omisión), como la consecuencia de la infracción a la norma penal (pena aplicable), e impone al juez una ajustado y preciso proceso de subsunción y concreción, así como el aplicar solo las penas que corresponda dentro de los rangos preestablecidos por la ley¹⁷⁷.

¹⁷⁶ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit 77.

¹⁷⁷ BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Op. Cit 78.

V.- 2“Cualquier Vejación injusta” ¿Ley penal en blanco abierta?

El Excelentísimo Tribunal Constitucional en rol N°2670-2014, conoció la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 255 CP, presentado por la defensa de una imputada educadora de párvulo de establecimiento educacional municipal. El recurrente sostuvo que correspondía a una figura penal amplia e imprecisa que contrastaba con el principio de legalidad penal. El cual da cuenta de una intención del legislador en evitar el establecimiento de figuras penales tan amplias y falta de precisión que pudieran ser motivo de una aplicación arbitraria tanto por el juez como por la autoridad. El tipo penal debe ser preciso y definir la conducta que se sanciona penalmente.

Luego, entrando en el análisis realizado por parte del recurrente sobre la descripción normativa, sostiene en sus propias palabras que *“Cualquier Vejación Injusta” hace referencia a su falta de fijación normativa y de quedar a total discreción y gusto del interprete¹⁷⁸. “Cualquier significa cualquier cosa”¹⁷⁹. “Vejación puede significar un adjetivo negativo de molestar, menoscabar o perjudicar. Aduce que el verbo rector y su vacío debe ser llenado por el juez y el ministerio público a su conocimiento o entendimiento. Finalizando a contrario sensu si pueden o no existir vejaciones justas”¹⁸⁰.*

El señor Fiscal Nacional del Ministerio Público, intervino en dicho requerimiento y oponiéndose argumentó que la evolución histórica y de los orígenes del precepto recurrido, dan cuenta de la definición comúnmente conocida del verbo vejar, por lo que descarta el desconocimiento de lo prohibido. Cita al profesor Enrique Cury en términos que la descripción de la conducta no se agota en el verbo rector, pues por lo general no se tipifica toda forma de acción, sino que esta se establece también con el sujeto y los complementos. Y sobre el injusto lo cataloga como un elemento normativo del tipo, que refiere a la cualidad de la conducta de arreglarse o no al derecho.

¹⁷⁸ EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14. Considerando Primero.

¹⁷⁹ Ídem.

¹⁸⁰ Ídem.

El fallo del Excmo Tribunal Constitucional nos permite da respuesta a la interrogante con la que se inició el presente capítulo y más importante, constituye el principal análisis jurisprudencial del tipo, como se ha citado a lo largo del presente trabajo. Con posterioridad a su dictación, los intervinientes y nuestros tribunales de justicia suelen mencionar su concepto de vejación y de injusto. Concordamos que siguiendo el sentido natural y obvio conocido en nuestro idioma sobre el verbo rector vejar y que la expresión injusta alude a carencia de justificación normativa. La conducta resulta clara, patente y especificada. Por ende, cumple con la exigencia constitucional de manifestar una descripción expresa¹⁸¹.

¹⁸¹ EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14. Considerando Primero a Sexto.

Conclusión

1) La Comunidad internacional ha establecido convenios, emitido declaraciones y ha adoptado resoluciones a fin de asegurar la protección sin excepciones de la integridad moral. Podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, el Protocolo de Estambul, Conjuntos de Principios sobre la Detención, los cuatro Convenios de Ginebra y los Códigos de Conducta de los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley y del Personal de Salud. En nuestra región, encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2) El señalado esfuerzo de la Comunidad Internacional expresado en declaraciones, convenciones, y pactos sobre la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes nos muestra una protección internacional a la integridad moral y nos da cuenta de normas imperativas de carácter superior y que no admiten excepciones. Se trata de normas Jus Cogens, es decir, aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como instrumentos jurídicos que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por normas ulteriores de derecho internacional general que tengan el mismo carácter.

3) La integridad moral, como bien jurídico protegido en orden internacional, constitucional legal en el ordenamiento penal chileno a partir de la reforma de la Ley 20.968. Corresponde al conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, es necesario preservar pues facilita al individuo la opción de utilizar unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo con su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, esto es, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona, lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior.

4) La integridad moral debe entenderse como la dignidad inherente a toda persona y al libre desarrollo de la personalidad. Una concepción equivocada puede provocar indefensiones en casos que se alejen del caso tradicional perpetrado por sujeto activo funcionario público agente policial o penitenciario en contra de un particular en un contexto de control de identidad, detención, o en privación de su libertad por cumplimiento de una prisión preventiva o sentencia condenatoria. Las vejaciones injustas son conductas más amplias y van más allá del sujeto activo, conducta y medios que tradicionalmente suelen emplearse en contexto de un acto de servicio policial o penitenciario. Pueden ser perpetradas como delitos de acción tanto por un sujeto activo especial en un caso clásico cometido por el agente policial o funcionario de gendarmería. Como también, una funcionaria de un hogar de acogida del SENAME o una educadora de párvulo de una escuela municipal, ambas ajena a las fuerzas de orden, pero de igual manera funcionarias públicas que desempeñan actos de servicio. Puede ser cometido el delito por medios materiales como es la fuerza indebida en la reducción a un detenido. A través de la realización de tareas humillantes e indecorosas, como palabras y exigencias indebidas. También como un delito de omisión en comisión por omisión a una obligación de actuar en su posición de garante del bien jurídico protegido.

5) El resguardo a los derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la Republica, proviene de la obligación de respeto irrestricto a la dignidad humana. Ella es la base y fuente de todos los derechos fundamentales y como se ha demostrado en nuestro caso de la integridad moral. Este último derecho fundamental vincula al artículo 255 Código Penal Chileno con la tortura y los otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si bien dentro de una regla de gradualidad y orden de afectación menor, encontramos un bien jurídico protegido en común, con protección en orden internacional, constitucional y legal en el ordenamiento penal chileno a partir de la reforma de la Ley 20.968.

6) Respecto a las reglas de delimitación de los delitos contra la integridad moral, sostuvimos que son tres I) La gravedad del hecho. II) La intencionalidad III) Los fines subjetivos especiales requeridos por la ley.

7) Los diversos tipos presentan un bien jurídico protegido en común: la integridad moral y en razón a la gradualidad de afectación de dicho bien jurídico, se delimitan: La tortura constituye la figura más grave y lesiva contra el bien jurídico protegido integridad moral. Exigiendo siempre el hecho o acto material de infligir dolores o sufrimientos graves, de forma intencional, sumado a la existencia de un propósito especial y concreto por parte del agente. A su vez, los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes implican infligir un nivel considerable de tratamientos a la víctima relevantes, pero menos graves que la tortura. Por nuestra parte, agregamos que no requieren intencionalidad y finalidad específica alguna. Son aquellos que provocan en las víctimas un sentimiento de miedo, angustia e inferioridad capaz de humillarlas y degradarlas y de romper su resistencia psíquica y moral. En las vejaciones injustas se exige un nivel considerable y relevante, más allá de simples molestias o consecuencias de un acto de servicio en cumplimiento de la normativa, de humillación o degradación en menor graduación en comparación tanto con la tortura y a los apremios ilegítimos.

8) La intencionalidad en este tipo penal consiste en la voluntad, intención o ánimo del sujeto activo de torturar o causar dolor físico o psíquico. Conocimiento y querer. Debe ser deliberada la intención de causar el daño señalado. El delito de tortura puede cometerse por acción u omisión, siempre y cuando la acción u omisión haya sido intencional, es decir, haya sido un acto que, objetivamente, sea deliberado y no accidental.

9) La finalidad subjetiva específica ya señalada exigida en la tortura tanto en regulación internacional como en nuestro ordenamiento jurídico nacional, se encuentran tipificadas en el inciso 3° del artículo 150 A CP, de manera alternativa y no copulativas, además de que al tratarse de un delito de resultado cortado no requieren ser conseguidas para la consumación del mismo.

10) Dicha finalidades subjetivas especiales las podemos agrupar en: I) Obtener de la víctima o de un tercero, información, una declaración o una confesión. II) Castigarla por un acto que haya cometido o se le impute haber cometido. III) Intimidarla o coaccionar a la víctima. IV) Discriminación fundada en motivos de ideología, opinión política, religión, creencias, nación, raza, etnia, grupo social, sexo, orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o situación de discapacidad.

11) Respecto a las vejaciones injustas concluimos del capítulo tercero que el artículo 255 se encuentra presente en el Código Penal Chileno desde la fecha de su publicación en 1874 sin mayores modificaciones hasta el año 2016. Su origen fue basado en el Código Penal Español (CP Español) de 1848 y ha estado presente en dicho cuerpo normativo en diferentes regulaciones hasta la actualidad.

12) A pesar de su dilatada presencia en el tiempo como parte integrante del ordenamiento jurídico penal nuestra doctrina advierte que su utilización práctica ha sido escasa sino nula en todo el tiempo de vigencia del Código Penal Chileno, según se desprende del escaso tratamiento jurisprudencial (en fallos publicados) de casos en que resulten aplicables las disposiciones penales contenidas en este párrafo.

13) La Ley N°20.968 que tipificó el delito de tortura en Chile en nuestra opinión adhiriendo a lo expuesto por el profesor Mario Duran, ha creado un nuevo bien jurídico protegido: la integridad moral, del cual forma parte el artículo 255 y los maltratos de los artículos 403 BIS y siguientes del CP. La actual regulación impulsó a la doctrina y jurisprudencia nacional, que han sido de gran utilidad en la delimitación del delito de vejaciones injustas respecto de sus superiores en la regla de gradualidad; En la concepción de bien jurídico protegido; Al Tratamiento del sujeto activo especial y el sujeto pasivo; La definición del verbo rector “vejar”; En cuanto al elemento normativo “injusto” presente en el tipo que más bien responde a una interrogante de antijuricidad relativa a la causa de justificación de obrar en un cumplimiento de un deber; También en cuanto posibilidad de la comisión por omisión, y la imputación subjetiva tanto a título de dolo directo y eventual.

14) A partir de la ley N°20.968 de 22 de noviembre de 2016, la nueva redacción del tipo penal, si bien mantiene la expresión genérica de vejaciones injustas como definición del hecho punible, eliminó la que antes se contenía a los apremios ilegítimos y estableció una figura agravada en el caso de cometerse contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado y finaliza en concordancia con los artículos 150 del CP Chileno en sus hipótesis contenidas en sus letras A a letra F, mediante una norma de clausura denominada en nuestra doctrina como “resguardo legislativo”.

15) Que si bien, en atención a su ubicación en el código, en un inicio podría entenderse como una intencionalidad del legislador en pos de la protección de la correcta función pública y en la confianza depositada en ella, como un presupuesto de libertad o un resguardo respecto del uso indebido de la fuerza pública.

Al respecto no concordamos en este sentido con aquellos que pretenden determinar el bien jurídico protegido mediante un análisis centrado solo en la calidad especial o en una concepción restringida de funcionario público como sujeto activo o entender que solo un detenido puede ser considerado sujeto pasivo o por ultimo en acudir al resultado de secuelas físicas, ello resultaría en desmedro de la vulneración a los derechos fundamentales efectivamente sufrida por la víctima, consistente en un bien jurídico superior como lo es su integridad moral que puede concurrir conjuntamente o ser independiente de la integridad personal, física, psíquica como sexual. Por ello estimo que la determinación del bien jurídico no se agota en la consideración de uno solo de los aspectos.

16) En un análisis de la tipicidad objetiva, en el caso delito de vejación injusta del artículo 255 del Código Penal encontramos que entre sus elementos un sujeto activo especial con un requisito del tipo complementario, un sujeto pasivo extensivo a toda víctima, una conducta punible descrita por el verbo rector vejar acompañado de un elemento normativo del tipo que más bien, responde a interrogantes de antijuricidad y un resultado de lesión del bien jurídico protegido integridad moral.

17) Los tres requisitos típicos de la aludida figura son 1) Se cometa una vejación injusta en contra de una persona, 2) Tal acción se realice por un funcionario público y 3) Que se encuentre el marco de desempeño de sus funciones públicas o acto de servicio.

18) Concluimos que vejar no es una simple molestia o descortesía dado el carácter de ultima ratio del derecho penal. Sino bien, corresponde a maltratar, molestar perseguir a alguien, perjudicarlo o hacerle padecer. Se puede cometer y llevar a cabo tanto por actos materiales como inmateriales que dan cuenta de un trato que es injusto, denigrante y humillante. Además, aparece como conclusión que para la víctima tiene como resultado una mortificación, es decir, un menoscabo y menoscabo a su integridad moral.

19) Los funcionarios que pueden ser sujetos activos son todos aquellos enumerados por nuestro artículo 260 CP, sin restricción alguna a funciones policiales o penitenciarias, mientras se encuentren en el ejercicio y desempeño de un acto de servicio. Quedando excluida la calificación especial en el ámbito privado de la vida del empleado público, cuando este no se encuentre en el ejercicio de funciones públicas. Entiéndase como esfera particular no solo el espacio temporal fuera del horario o lugar de prestación de servicio. El funcionario, para ser considerado como sujeto común, no debe arrogarse atribuciones, deberes y prerrogativas propias ni los medios e instrumentos de su función pública.

20) Posteriormente respecto al sujeto activo mantuvimos que la importancia que se le otorgue al análisis del sujeto activo guarda estrecha vinculación con la concepción de bien jurídico protegido que se le atribuya. Será primordial para quienes propugnan el presupuesto de libertad o la correcta función de la fuerza pública, establecer un concepto restringido de funcionario público, circunscrito a labores policiales, de fuerzas armadas o penitenciarias. En cambio, para quienes defienden la integridad moral, concordarán con lo descrito por el autor Mario Durán en que la tipificación del sujeto activo abarca a individuos en situaciones que van mucho más allá del tradicional e histórico caso del agente de policía o del miembro de las fuerzas armadas, de orden o seguridad del Estado.

21) Luego del desarrollo de los tres capítulos de la presente memoria es dable concluir que para el efectivo resguardo de la sociedad chilena frente a conductas constitutivas de tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles inhumanos o degradantes o de vejaciones injustas, el intérprete deberá abandonar la concepción clásica y centrar su análisis en los actos típicos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico integridad moral más que primordialmente en el sujeto activo que los realizó o en la condición de privación de libertad del sujeto pasivo y así aplicando los factores de delimitación expuestos nos encontraremos ante la presencia de uno de los tres delitos que consagra nuestro ordenamiento penal chileno.

Bibliografía

Doctrina

ASSENOV Y OTROS CON BULGARIA. EN: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Recueil des arrêts et décisions 1996-VI. Párrafo102.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Tipificación del Delito de Torturas: derecho internacional y legislación extranjera. 2015.

BOMBINI GABRIEL y DI TORO JAVIER. Severidades, Apremios y Vejaciones. Asociación Pensamiento Penal. Buenos Aires. 2013. Página 20

BUENO GONZALO. El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos. Nueva doctrina penal. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2003.

BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007.

BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal. Tomo III. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007.

BULLEMORE VIVIAN y MACKINNON JOHN. Curso Derecho Penal. Tomo IV. 2° Edición. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2007.

Centro de Derechos Humanos UDP. Amicus Curiae sobre tortura, malos tratos y tratos degradantes y la responsabilidad jerárquica en el derecho internacional de los derechos humanos y sobre la tortura y apremios ilegítimos en el derecho interno de Chile. En: http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Centro_de_DDHH_Amicus_torturas_y_responsabilidad_jera%C3%ACrquica.pdf

CHUECA RICARDO. “Artigos Docentes (traducción del Portugués Artículos Docentes)”: El derecho a la Integridad moral. Universidad de la Rioja. Percurso Académico, Belo Horizonte, v3, n5. enero 2015.

CORTE SUPREMA MEXICANA. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de Tortura y Malos Tratos

CREUS CARLOS. Derecho Penal Parte Especial. Tomo I. 6ta Edición. Astrea. Buenos Aires. 1998.

Cristián Irrarrázaval, Carlos Verdejo. Minuta Sobre el Delito de Tortura. Departamento de Estudios Defensoría Nacional, Santiago, diciembre 2017.

DONNA EDGARDO ALBERTO. Derecho Penal Parte Especial. TOMO II-A. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. 2001.

DURAN MIGLIARDI, Mario. Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. *Polít. crim.* [online]. 2019, vol.14, n.27 [citado 2020-09-01], pp.202-241. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000100202&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000100202>.

GALDÁDAMEZ LILIANA. La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Facultad de Derecho Universidad Valladolid. Revista 89 año I número 2. septiembre 2016

LABATUT GLENA GUSTAVO. Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial. Séptima Edición. Editorial Jurídica de Chile. 2006.

Mathei Elisabeth, Z. M. AMICUS CURIAE SOBRE TORTURA, MALOS TRATOS Y TRATOS DEGRADANTES. Centro de Derechos Humanos UDP - Facultad de Derecho. Santiago. 2019.

MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2018.

MATUS ACUÑA JEAN PIERRE, RAMÍREZ GUZMÁN MARÍA CECILIA. Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial. Tomo II. 2da Edición, corregida, reformulada y actualizada. Tirant lo Blanch. Valencia. 2017.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Proyecto de ley que modifica el código penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura. Boletín N°9589-17.

MIR PUIG SANTIAGO. Derecho Penal Parte General. 10° Edición. Editorial Reppertor. Barcelona. 2016. Página 236.

MORALES PEÑA ROBERTO. Comentario a Sentencia de Vejación Injusta. Unidad Especializada Anticorrupción. Revista Jurídica del Ministerio Público N°34. Santiago. 2008.

NASH CLAUDIO. Alcance del Concepto de Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes. Seminario Internacional Hacia la implementación en Uruguay del Protocolo Facultativo a la Convención Contra la Tortura. Montevideo. 2008.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONALES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. Protocolo de Estambul. Manual para la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o degradantes.

POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y Ramirez María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. 2° Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2004

POLITOFF SERGIO, MATUS JEAN PIERRE y RAMÍREZ MARÍA CECILIA. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General. 2° Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2004.

TORRES LUIS. El delito de tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: balance y críticas. Pontificia Universidad Católica de Chile. 2015.

VARGAS REBOLLO. Los delitos contra la integridad moral y la tipificación del acoso psicológico u hostilidad en el proyecto de reforma de Código Penal. BOCG Congreso Diputados (España), Serie A, número 119-1, 15 de enero de 2007

Jurisprudencia

CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs Perú. Sentencia de 27 noviembre de 1998. Serie C No. 42. Párrafo 57

EXCMA CORTE SUPREMA. Segunda Sala. Recurso de Casación Fondo. Rol 30481-2020. Fecha 08-09-2020.

EXCMA CORTE SUPREMA. Apelación Recurso Amparo ROL 82.795-2016

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Requerimiento de Inaplicabilidad. Rol 2670-14.

ILTMA. CORTE DE APELACIONES CONCEPCIÓN. Recurso Nulidad. Rol 466-2019. Considerando Tercero

ILUSTRISÍMA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. Recurso Nulidad Penal 5499 2019. Considerando 32.

CUARTO TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL SANTIAGO. Causa RIT 267-2018 RUC 1410028860-6.

TRIBUNAL DE JUICIO ORAL DE ANGOL. Causa RIT 71-2018 RUC 1601191684-1. Condena.

JUZGADO GARANTÍA SANTIAGO, sentencia procedimiento simplificado. Causa RIT 926-2006 ROL 610003870-4. Considerando Noveno.

JUZGADO DE GARANTÍA DE CONCEPCIÓN. Sentencia Causa RIT 10046-2016 RUC 1610039013-6

JUZGADO DE GARANTÍA DE VALDIVIA. Causa RIT 3236-2013 RUC 1300634254-4. Sobreseimiento definitivo.

Legislación Extranjera

CODIGO PENAL ESPAÑOL. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. En:
<https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

CÓDIGO PENAL NACIONAL ARGENTINO. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
Presidencia de la Nación. Información legislativa INFOLEG. En:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999>. {CITADO 05-09-2020}.
Artículo 144 bis inciso 2.