



**Minuta sobre las modificaciones introducidas
por la ley 21.013, que “tipifica un nuevo delito
de maltrato y aumenta la protección de
personas en situación especial”**

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

Cristián Irarrázaval

Unidad de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, julio de 2017

Índice

Resumen Ejecutivo de las principales modificaciones introducidas por la ley 21.013 al Código Penal	4
I. Introducción	7
II. Reformas introducidas al Código Penal.....	8
II.1) Maltrato corporal relevante a personas vulnerables: art. 403 bis	8
a) Texto del nuevo art. 403 bis	9
b) ¿Es constitucional la norma? Fallo del Tribunal Constitucional	9
c) Conducta típica: ¿qué es lo que se pena?.....	14
c.1) Conducta típica de la figura básica del inciso primero del art. 403 bis.	14
c.2) Conducta típica de la figura calificada del inciso segundo del art. 403 bis	21
d) Sujeto pasivo del delito del art. 403 bis	28
e) Tipo subjetivo.....	39
f) La figura básica del inciso 1º es una falta.....	40
II.2) Modificaciones a los art. 400 y 494 N°5 del Código Penal y la subsidiariedad del delito de maltrato corporal relevante respecto de los delitos de lesiones.....	41
a) Modificación al art. 400 del Código Penal	41
b) Modificación al art. 494 N°5 del Código Penal.	43
c) Subsidiariedad del delito de maltrato corporal relevante respecto de los delitos de lesiones	44
II.3) Trato degradante a personas vulnerables: art. 403 ter	46
a) Texto del nuevo art. 403 ter	46

b) Origen del tipo penal del trato degradante: la distorsión de la norma durante la tramitación de la historia legislativa y la inspiración del texto actual de la norma en el Código Penal español.....	47
c) Elementos del tipo penal	50
c.1) Someter	52
c.2) Trato degradante	52
c.3) Sujeto pasivo	58
c.4) Menoscabo grave.	58
c.5) Dignidad	58
d) Concursos con el delito de maltrato habitual de la ley 20.066	60
II.4) Incorporación de nuevas penas en los delitos contra personas vulnerables	60
a) Inhabilitación absoluta perpetua e inhabilitación absoluta temporal para ejercer los cargos contemplados en el art. 39 ter.	61
b) Penas accesorias facultativas del art. 403 sexies.	68
II.5) Delitos de maltrato habitual y trato denigrante son de acción penal pública.....	69
III. Reformas introducidas al art. 14 de la ley N°20.066, que “Establece Ley de Violencia Intrafamiliar”	70

Resumen Ejecutivo de las principales modificaciones introducidas por la ley 21.013 al Código Penal

Introducción del nuevo delito de maltrato corporal relevante de persona vulnerable en el art. 403 bis del Código Penal:

- Texto del artículo:
 - Delito base del art. 403 bis inciso primero: *“El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad”*
 - Delito calificado del art. 403 bis inciso segundo: *“El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiera su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.”*
- Inconstitucionalidad del delito del art. 403 bis: voto de minoría de 4 de los 10 ministros del T.C.¹: *“Que, el artículo 403 bis en sus tres incisos usa la expresión “de manera relevante”, concepto abierto, cuya valoración queda entregada íntegramente al juez de fondo, abriendo un abanico de posibilidades judiciales a efecto de interpretar tal concepto, convirtiendo al tipo penal en una ley penal en blanco propia, dado que la estimación del accionar punible queda entregado a la amplia discrecionalidad del juez que juzga el hecho”*. De este modo, de los 10 ministros que conforman el T.C. al momento de elaborarse esta minuta, 4 ya se pronunciaron considerando inconstitucional el art. 403 bis, mientras que los 6 ministros restantes aún no han emitido su opinión al respecto, por considerar que el precepto no era materia de control preventivo de constitucionalidad.
- Características del tipo penal del art. 403 bis inciso primero:
 - Sujeto activo: cualquier persona.
 - Conducta típica: *“El que, de manera relevante, maltratare corporalmente”*.
 - Verbo rector: maltratar, esto es, tratar mal de obra a alguien. Excluye comisión por omisión.
 - “corporal”: excluye el maltrato sicológico.

¹ Sentencia dictada por el T.C. el 20 de abril de 2017 en el proceso Rol N° 3407-17-CPR, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que dio origen a la ley 21.013.

- “relevante”: el maltrato debe ser importante o significativo, no cualquier maltrato corporal es delito.
- Sujeto pasivo: sólo menores de edad, adultos mayores (personas vulnerables que tengan al menos 60 años de edad) y personas inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad del Registro Civil.
- Este ilícito es una falta penal, por lo que la acción penal para perseguirlo prescribe en 6 meses.
- Sólo puede ser cometido dolosamente, no en forma culposa.
- Delito subsidiario a los delitos de lesiones: “*salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad* “. **Este tipo penal sanciona el maltrato que no causa lesiones:** si del maltrato corporal se deriva una lesión, se impone la pena correspondiente a ésta, la cual, al ser un delito más grave, “absorbe” el desvalor del maltrato (concurso aparente por consunción).
- Es siempre un delito de acción penal pública.
- Elementos particulares del tipo penal agravado del art. 403 bis inciso segundo que lo diferencian de la figura básica del inciso primero:
- Sujeto activo: sólo puede cometer el delito quien tiene un deber especial de cuidado o protección respecto del sujeto pasivo. El deber de cuidado tiene su fuente en una posición de garante. De allí la mayor pena de este ilícito respecto de aquél tipificado en el inciso primero.
- Conducta típica: el que “*maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo*”. A diferencia del tipo penal del inciso primero, admite comisión tanto por acción como por omisión.
- Este ilícito tiene pena de simple delito.
- Es discutible si admite comisión culposa.
- Las demás características señaladas respecto del delito del inciso primero (conducta típica de “maltrato corporal relevante”, sujeto pasivo calificado, subsidiariedad del ilícito respecto de los delitos de lesiones y carácter de acción penal pública) son aplicables también a la figura calificada del inciso 2°.

Introducción del nuevo delito de trato degradante de persona vulnerable en el art. 403 ter del Código Penal:

- Texto del artículo: “*El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo*”.
- Características del tipo penal del art. 403 ter:
- La acción típica es “*someter a una de las personas referidas en el art. 403 bis (niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona*

adulto mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422) a un trato degradante”

- El verbo rector es “someter”. Por someter se entiende “Sujetar, humillar a una persona”, o bien “hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción”.
- Trato degradante: concepto que ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Superior español “*como crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral*” (revisar capítulo pertinente de la minuta). Normalmente presupondrá permanencia o al menos repetición del comportamiento que degrada.
- Los sujetos pasivos son los mismos que los del art. 403 bis: por ende, se trata de un delito de sujeto pasivo calificado (no cualquier persona puede ser sujeto pasivo).
- Se trata de un delito de resultado: el resultado que exige el tipo es el menoscabo grave de la dignidad de la víctima (efectos en la salud síquica/física de la víctima).
- El bien jurídico protegido es “la dignidad”, concepto muy indeterminado.
- Es un delito de acción penal pública
- Si en principio un mismo conjunto de hechos parece configurar los delitos de maltrato habitual y trato degradante, deben aplicarse las reglas del concurso aparente por consunción.

Ampliación del ámbito de aplicación de la agravante del art. 400 del Código Penal:

- Texto de la norma: nuevo inciso 2° del art. 400: “*Asimismo, si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, por quienes tengan encomendado su cuidado, la pena señalada para el delito se aumentará en un grado.*”.
- Aplicable a quienes, teniendo un deber especial de cuidado, cometan alguno de los delitos de los art. 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Penal en contra de las personas vulnerables señaladas en la norma.

Modificación del art. 494 N°5 del Código Penal:

- Texto de la norma: (en negritas lo modificado): “*El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, **ni aquellas cometidas***

en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código”.

I. Introducción

La presente minuta pretende, según se desprende de su título, analizar las modificaciones introducidas por la ley 21.013, la cual tuvo como propósito, de acuerdo a su nombre, “tipificar el delito de maltrato y aumentar la protección de personas en situación especial”.

La ley 21.013 surgió a partir de una serie de mociones parlamentarias, que dieron lugar a varios proyectos refundidos que tenían por objeto modificar el Código Penal, el Código Procesal Penal y el Decreto Ley N° 645, del año 1925, sobre el Registro General de Condenas, para aumentar la penalidad y demás sanciones aplicables a los delitos cometidos en contra de menores y demás personas en estado vulnerable (Boletines. 9279-07; 9435-18; 9849-07; 9877-07; 9904-07 y 9908-07).

La ley en comento, en su texto definitivo, introdujo diversas modificaciones en tres cuerpos legales:

- 1) Reformas al Código Penal: El artículo 1° de la ley contiene todas las modificaciones que se efectúan a este cuerpo legal, consistentes en:
 - Modificaciones al art. 21, a la Escala General de Penas.
 - Introducción de un nuevo art. 39 ter, que regula los efectos de las nuevas penas de inhabilitación introducidas.
 - Adaptación del texto del art. 90 (delito de quebrantamiento) a las nuevas penas que se introducen en el art. 21.
 - Ampliación de la agravante especial del art. 400 a aquellos casos en que la víctima del delito pertenece a alguna de las categorías de personas vulnerables protegidas por esta ley.
 - Introducción de nuevos tipos penales: se agrega un nuevo párrafo 3 bis en el título VIII del Libro II, en el cual se incorporan los tipos penales de los artículos 403 bis (maltrato corporal relevante a personas vulnerables) y 403 ter (someter a trato degradante a personas vulnerables).
 - En el mismo párrafo nuevo referido, se incorporan normas que introducen la aplicación de penas no privativas de libertad para aquellos delitos contra las personas en que el sujeto pasivo sea una de las personas vulnerables protegidas mediante esta ley. El nuevo art. 403 quáter regula el ámbito de aplicación de las penas de inhabilitación, mientras que el nuevo art. Art. 403 sexies norma otras penas accesorias que el juez puede imponer en estas hipótesis. Por otra parte, el art. 403 quinquies establece que las penas de inhabilitación dictadas en estos casos se deberán inscribir en una sección especial del Registro General de Condenas.

- En el mismo párrafo nuevo aludido se incorpora el art. 403 septies, el cual establece que los nuevos delitos tipificados en los arts. 403 bis y ter serán de acción penal pública.
 - Modificación al art. 494 N°5, por el cual las lesiones cometidas en contra de las personas vulnerables señaladas en el art. 403 bis no podrán ser calificadas como leves.
- 2) Reformas al delito de maltrato habitual, tipificado en el art. 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar (ley 20.066): El art. 2° del proyecto introduce las siguientes reformas al precepto referido:
- Aumento de la pena del delito de maltrato habitual: se sube la pena desde presidio menor en su grado mínimo a presidio menor en su grado mínimo a medio.
 - Se elimina el inciso final del artículo, que requería, para el inicio de la investigación penal, que los antecedentes fueran remitidos al Ministerio Público por el Juzgado de Familia, previo examen de si éstos revestían el carácter de delito.
- 3) Reformas al decreto ley N°645 de 1925, del Ministerio de Justicia, que establece el Registro General de Condenas, consistentes en:
- Modificación al art. 1° inc. 3°, para establecer una segunda sección especial denominada *"Inhabilitaciones impuestas por delitos contra la vida, integridad física o psíquica de menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad"*.
 - Se modifica el art. 6 bis, regulándose en el mismo el acceso de terceros al registro especial indicado.

Sin perjuicio de que en esta minuta se desarrollarán –al menos descriptivamente- todas las modificaciones legales citadas, el objetivo central de este documento es efectuar un breve análisis de los nuevos tipos penales (403 bis y ter) y de las normas que pretenden ampliar la aplicación de agravantes o alterar la calificación jurídica de las lesiones (modificaciones a los art. 400 y 494 N°5), por ser éstas las que requieren una interpretación armónica que implica una mayor complejidad.

II. Reformas introducidas al Código Penal

II.1) Maltrato corporal relevante a personas vulnerables: art. 403 bis

Tal como se señaló en la introducción, en el Título VIII del Libro II se incorporó un nuevo párrafo 3 bis, titulado *"Del maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad"*. La primera norma de este párrafo es el tipo penal del art. 403 bis, que se analiza en este acápite.

a) Texto del nuevo art. 403 bis

“El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.

El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.”

b) ¿Es constitucional la norma? Fallo del Tribunal Constitucional

En este capítulo, en el cual se analizará tanto el fallo del Tribunal Constitucional² como la historia de la ley, es importante distinguir dos aspectos diversos:

- i) En primer lugar, es importante tener en consideración que el proyecto que envió el congreso al Tribunal Constitucional (en adelante, T.C.), contemplaba un inciso 2° en el art. 403 bis, con la siguiente redacción: *“Con igual sanción se castigará a quien, de manera relevante, maltratare corporalmente a quien sea o haya sido su cónyuge o conviviente”*. El T.C. declaró inconstitucional este inciso. En consecuencia, el actual inciso segundo del art. 403 bis (transcrito más arriba) era, originalmente, el inciso tercero.
- ii) En segundo lugar, si bien el voto de mayoría del T.C. no se pronunció sobre la constitucionalidad de los incisos primero y tercero (primero y segundo en el texto definitivo), por no considerar que estaban sujetos a control preventivo de constitucionalidad, un voto de minoría de 4 ministros estimó que el artículo 403 bis completo es inconstitucional, por ser una ley penal en blanco que no se ajusta a los parámetros que ha dado ese tribunal para ser acorde a la Constitución.

A continuación se examinan ambos aspectos por separado:

- i) Declaración de inconstitucionalidad del inciso que incorporaba como sujetos pasivos del delito a quien es o haya sido cónyuge o conviviente.

El T.C. consideró que el entonces inciso 2° de art. 403 bis, que ampliaba los sujetos pasivos del delito a actuales o ex cónyuges o convivientes, era materia propia de ley orgánica constitucional – y por lo tanto de control preventivo de

² Sentencia dictada por el T.C. el 20 de abril de 2017 en el proceso Rol N° 3407-17-CPR, sobre control de constitucionalidad del proyecto de ley que dio origen a la ley 21.013.

constitucionalidad - al alterar las competencias de la judicatura de familia. En efecto, en el capítulo V, considerando noveno de la sentencia del T.C., se señala respecto de este inciso que *“se absorbe una parte de las materias referidas al maltrato, que antes eran de conocimiento de los tribunales de familia, trasladándolas a la judicatura penal”*.

El T.C. declaró inconstitucional esta norma por una razón formal, al estimar que contravenía el art. 69³ de la Constitución al apartarse de las ideas matrices de los proyectos refundidos, que tenía por objeto proteger a ciertas personas que se encontraban en una situación especial de vulnerabilidad, no siendo éste necesariamente el caso de los cónyuges o convivientes. El fallo precisa en su capítulo VII, considerando decimoprimer, que:

*“Así, la disposición contenida en el artículo 1°, N° 5°, del proyecto de ley, en la parte que intercala en el Código Penal el artículo 403 bis, inciso segundo - incorporada por la Comisión Mixta contraviene el artículo 69 de la Constitución Política de la República, toda vez que **su contenido normativo se aleja de la idea matriz del proyecto definida en las mociones parlamentarias que se refundieron, que tenían por propósito proteger a ciertas personas menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad**. Cabe destacar que en la Comisión Mixta se discutió si por esta vía se excedían o no las ideas matrices, que este Tribunal dará por vulneradas en la medida que **el o la cónyuge o el o la conviviente no estaban considerados originalmente en las mociones señaladas**”*.

- ii) Voto de minoría de los ministro(a)s Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez, que considera que los restantes incisos del art. 403 bis son materia de ley orgánica constitucional, y que son inconstitucionales.

El voto en análisis comienza por señalar los motivos por los cuáles estima que los actuales incisos primero y segundo del art. 403 bis son materia de ley orgánica constitucional:

“En efecto, la criminalización de un nuevo hecho que antes no era ilícito, importa ampliar las atribuciones de los tribunales del Poder Judicial, en razón de materia, lo que únicamente puede hacerse ley orgánica constitucional mediante, acorde con lo prescrito en el artículo 77° constitucional, como corrobora la circunstancia de que la Corte Suprema haya informado a su respecto”.

El razonamiento del voto de minoría es correcto, puesto que si el T.C. considera que el traspaso de una materia de una judicatura a otra (como se observó en el apartado anterior, al traspasar parcialmente el maltrato VIF de sede de familia a sede penal) implica ampliar las atribuciones del Poder Judicial, con

³ El art. 69 inciso 1° de la Constitución prescribe que *“Todo proyecto puede ser objeto de adiciones o correcciones en los trámites que corresponda, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado; pero en ningún caso se admitirán las que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto”*.

mayor razón aún la creación de un nuevo tipo penal, que recae sobre una materia que eventualmente no era de conocimiento de los tribunales, implica asimismo una ampliación.

Siendo entonces todo el art. 403 bis materia de ley orgánica constitucional, correspondía pronunciarse sobre la constitucionalidad de los restantes incisos, lo que el voto de minoría hace de la siguiente manera (se reproduce parcialmente el razonamiento del voto⁴):

“Que, el artículo 403 bis en sus tres incisos usa la expresión “de manera relevante”, concepto abierto, cuya valoración queda entregada íntegramente al juez de fondo, abriendo un abanico de posibilidades judiciales a efecto de interpretar tal concepto, convirtiendo al tipo penal en una ley penal en blanco propia, dado que la estimación del accionar punible queda entregado a la amplia discrecionalidad del juez que juzga el hecho;

Que, además, los referidos incisos son contrarios a la Constitución por constituir una ley penal en blanco propia o abierta, al entregar la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez. En tal sentido, esta Magistratura estima que son contrarias a la Constitución las “leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez (STC Rol N°1011 c.4), como lo es el precepto del artículo 403 bis del Código Penal que se incorpora en el proyecto de ley;

Que, esta Magistratura ha señalado, reiteradamente, que un tipo penal de la naturaleza mencionada vulnera el principio de tipicidad y, por ende resulta una infracción al inciso noveno del artículo 19° constitucional, por lo que el tipo penal contenido en los incisos primero y tercero del artículo 403 bis del Código Penal que incorpora el proyecto de ley, configura una inconstitucionalidad que hace necesario así declararlo”.

De este modo, de los 10 ministros que conforman el T.C. al momento de elaborarse esta minuta, 4 ya se pronunciaron considerando inconstitucional el art. 403 bis, mientras que los 6 ministros restantes aún no han emitido su opinión al respecto, por considerar que el precepto no era materia de control preventivo de constitucionalidad. De este modo, es previsible que la estrategia de la defensa frente a este tipo penal contemple la opción de interponer un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en conformidad al art. 93 N°6 de la Constitución.

Ahora bien, también se desprende con claridad de la historia de la ley que muchos parlamentarios advirtieron el carácter de ley penal en blanco del art. 403 bis en comento. A continuación se hace un breve recuento de algunas de las

⁴ Los párrafos citados están en el fallo en un orden diferente. Se optó por modificar el orden para facilitar la comprensión del argumento. **Tanto en esta cita, como en todas las demás que se colocan en este documento, los destacados son nuestros.**

intervenciones vertidas en la tramitación parlamentaria en ese sentido, que grafican los problemas de constitucionalidad que presenta esta norma:

- Informe de la Comisión Mixta: Recuento que hace el informe de la discrepancia entre la Cámara y el Senado respecto del texto del art. 403 bis, refiriéndose en concreto al rechazo que efectuó la Cámara, en tercer trámite constitucional, a la propuesta del Senado⁵:

“En lo que respecta al rechazo de este precepto ello responde, básicamente, a considerar que en su redacción se advierte, en algún sentido, una especie de tipicidad en blanco, por la falta de un criterio de relevancia que determine claramente la faz objetiva del ilícito.

En otras palabras, se consideró que la conducta típica establecida (“el que maltrata corporalmente”) presenta una apertura demasiado amplia, que no permite diferenciar con claridad qué conductas se considerarían dentro de dicha hipótesis y cuáles no. De ese modo, se sugirió que tal conducta presente algún tipo de adjetivo, que se incorpore al ilícito como un elemento objetivo adicional, a fin de poder distinguir con certeza las acciones que resultarían penadas, por una parte, de las que no merecen reproche penal, por otra.

Se hace presente que dicha línea argumental fue manifestada tanto en la discusión en particular del proyecto de ley en la Sala del Senado (Sesión ordinaria 61ª, de fecha 9 de noviembre de 2016), al interior de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (29 de noviembre de 2016) y en la Sala de esta última Corporación (Sesión ordinaria 109ª, de fecha 14 de diciembre de 2016)”.

A partir de la cita, se desprende que lo que preocupaba a la Cámara era que la conducta “maltratar corporalmente” fuese demasiado abierta. Justamente en razón de ello, la Comisión Mixta incorporó el vocablo “relevante”, con el fin de evitar la tipificación de conductas inocuas o de escaso desvalor. No obstante, como ya se indicó, el voto de minoría del T.C. consideró que con la incorporación del adjetivo “relevante” la norma es también inconstitucional, por tratarse de una ley penal en blanco abierta. También se desprende de la cita el hecho de que se discutió en múltiples instancias de la tramitación parlamentaria si el tipo penal del art. 403 bis constituía una ley penal en blanco.

- Durante la discusión en Sala en el Senado, sobre la aprobación del informe evacuado por la Comisión Mixta, destacan las siguientes intervenciones:

El Senador Espina manifestó su discrepancia con el texto evacuado por la Comisión Mixta – idéntico al texto definitivo del art. 403 bis, con la salvedad de que obviamente aún se contemplaba el inciso que posteriormente el T.C. declaró inconstitucional - de la siguiente manera:

⁵ Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, pág. 6, Informe de la Comisión Mixta. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

“¿Qué significa maltrato relevante? ¡No existe ninguna definición en nuestra legislación!

¿Qué dice la Fiscalía del Ministerio Público sobre la referida norma? Que la palabra “relevante” debiera ser remplazada por alguna expresión que asocie la conducta que se sanciona con la creación de una situación de riesgo, de peligro o de daño corporal para la víctima”.

Señala que, por ejemplo, en España se utiliza la expresión “causar una lesión no definida en el Código Penal”; que en Alemania se usa la frase “daño a la salud”.

Sin embargo, quiero pedirles a Sus Señorías que por favor lean bien la norma que se está aprobando.

Cuando incorporamos la expresión “maltrato relevante”, díganme en qué texto - lo plantea la Fiscalía del Ministerio Público - de nuestro ordenamiento jurídico se define ese concepto. ¿Qué es eso? ¿Quién lo define?

¡Es una ley penal en blanco!”⁶.

*Por su parte, el Senador Larraín señaló que “El inciso tercero, por su parte, sanciona una conducta delictual, y creo que el tipo queda abierto. Es lo que en la doctrina se denomina “ley penal en blanco”, que es contraria al principio de legalidad consagrado en nuestra Carta. He consultado sobre la materia a algunos penalistas. No soy un especialista en esa rama del derecho, pero me surge una duda respecto de la redacción, sobre la base de lo que sé de derecho constitucional, en la medida en que **las palabras “de manera relevante” no dejan claro, al final, qué conducta se está tipificando**”⁷.*

“Lo anterior es muy complicado, pues se necesita que la conducta prohibida sea conocida por la persona -en eso consiste el principio de legalidad- antes de llevarla a cabo. Por eso, este criterio obliga a que las leyes no tengan efecto retroactivo. ¿Cómo sería posible que alguien se encontrara en la situación de incurrir en una conducta que no sabe que mañana puede considerarse delictual?”

Las críticas expuestas llevaron a que un número importante de Senadores votaran a favor del proyecto con el compromiso de que el Ejecutivo posteriormente vetaría esta norma, para evitar que saliera con la redacción que finalmente se convirtió en ley. Al respecto cabe citar la alusión que hizo el Senador Quintana a este punto al cerrarse el debate: “Entiendo que el Ejecutivo, al igual que la Mesa,

⁶ Intervención del Senador Alberto Espina en Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 45 a 47. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

⁷ Intervención del Senador Hernán Larraín en Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 55. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

*ha recogido lo manifestado acá: la petición de enviar un veto a esta norma en particular, que ha sido objeto de discusión en la Sala*⁸.

Sin embargo, el Ejecutivo nunca envió ese veto, y por ende el artículo no fue modificado.

c) Conducta típica: ¿qué es lo que se pena?

En el marco de la tipicidad objetiva del delito del art. 403 bis, una vez examinados los problemas de constitucionalidad, corresponde en primer lugar analizar el verbo rector y la conducta sancionada. En este sentido, hay que hacer una primera distinción entre la figura básica contemplada en el inciso primero y la figura calificada contemplada en el inciso segundo:

Figura base del inciso primero: ***“El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad”***.

Figura calificada del inciso segundo: ***“El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”***

A continuación se procede a analizar en forma separada la conducta típica de ambas figuras.

c.1) Conducta típica de la figura básica del inciso primero del art. 403 bis.

Lo que sanciona esta falta penal es a quien **de manera relevante, maltratare corporalmente** a alguna de las personas vulnerables señaladas en la ley.

⁸

Intervención del Senador Quintana en el Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 69. Además de los senadores que votaron condicionadamente a favor, cabe señalar que 13 parlamentarios se abstuvieron por entender que la norma del art. 403 bis es un tipo penal en blanco. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf.

Conforme a la R.A.E., maltratar es “tratar mal a alguien de palabra u obra”. Dado que la conducta del artículo 403 sanciona el maltrato corporal, debemos entender que sólo se sanciona el **“tratar mal a alguien de obra”**⁹.

También la R.A.E. nos entrega el concepto de relevante, como **“sobresaliente, destacado” o bien como “importante, significativo”**¹⁰.

Esto nos da la idea de que la conducta que se sanciona es tratar mal a uno de los sujetos pasivos especificados, de obra y de manera importante, significativa.

El examen del elemento histórico de interpretación complementa las conclusiones que se pueden extraer de la interpretación literal.

En efecto, si se examina la discusión parlamentaria se puede analizar cuál es el objeto de este tipo penal. La intervención del diputado Soto en la Comisión Mixta resume el contenido de esta falta¹¹:

*“El delito en estudio puede ser analizado del siguiente modo. **El ordenamiento jurídico penal entiende que el maltrato entre adultos, esto es, el ejercicio de violencia que no deja un daño físico ostensible en el cuerpo de la víctima, no merece reproche penal, de ahí que sólo se sancione las acciones constitutivas de lesiones** (que sí requieren de un resultado físico para su configuración).*

En consecuencia, explicó, el presente ilícito pretende castigar dicha conducta en los casos en que la víctima sea un menor de dieciocho años de edad, un adulto mayor, una persona en situación de discapacidad o algún sujeto contemplado en el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

En consecuencia, agregó, se trata de un delito de sujeto pasivo calificado (no universal), restringido sólo a las hipótesis antes descritas. La razón de ello, prosiguió, es que se ha estimado que respecto de aquéllos es procedente una protección penal especial, derivada de la situación de vulnerabilidad que les asiste.

Posteriormente, subrayó que el delito en cuestión es un delito que no requiere de un resultado físico evidente para su configuración, en tanto estimarse que, de por sí, el maltrato a las personas indicadas merece un reproche penal.

En seguida, expresó que el motivo del rechazo del delito en examen por parte de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, obedece al hecho de la

⁹ Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=maltratar>

¹⁰ Disponible en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=relevante>

¹¹ Intervención del Diputado Leonardo Soto en el Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Informe de la Comisión Mixta, pág. 9. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

apertura dispuesta para la conducta típica del mismo (“el que maltratare corporalmente”), lo que eventualmente pudiese llevar a incluir en el mismo a conductas inocuas desde el punto de vista penal, esto es, que no merecen un reproche de esta naturaleza.

Por tal razón, es que sugirió incorporar en dicha redacción un adjetivo, como elemento objetivo adicional, que precisare tal conducta típica, por ejemplo “el que maltratare corporalmente, de manera relevante” o “el que maltratare corporalmente, con cierta significancia”.

La intervención referida da cuenta de algunos de los elementos de este tipo penal:

- Se requiere que se trate de un **maltrato corporal**: **no cabe** en este tipo penal el **maltrato psicológico**, que podría encuadrarse, dependiendo de su gravedad, en el art. 403 ter (trato degradante) pero nunca en el art. 403 bis.
- El tipo penal tiene por objeto **castigar el ejercicio de violencia**, que, por contraposición a lo que sucede con las lesiones, **no deja un daño físico ostensible o no requiere de un resultado físico evidente para su configuración**. Ello se justifica en razón de la vulnerabilidad de la víctima. Es decir, se trata de un delito de mera acción¹² (maltrato corporal) que no exige un resultado concreto.
- **Sólo pueden ser sujetos pasivos ciertas categorías de personas especialmente vulnerables** (ello se analiza detalladamente más adelante en el acápite sujeto pasivo). Así, el bien jurídico protegido por la norma no es meramente la “integridad física”, sino que la “integridad física de personas vulnerables”.
- **La figura base sólo se puede cometer por acción, y no por omisión, por contraposición a la figura calificada.**
- **Para evitar el castigo de conductas que no merecen un reproche penal por su falta de gravedad, se incluyó como requisito en la Comisión Mixta que el maltrato debe ser “relevante”.**
- **Se trata de un ilícito subsidiario a otros delitos más graves: así lo expresa la frase final del tipo penal, al señalar que la pena de este inciso se aplica “salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad”.** Si el maltrato corporal causa lesiones, este delito, más grave, absorbe el desvalor del delito de maltrato.

Ahora bien, ¿qué otros parámetros, distintos de la definición de la R.A.E., se pueden utilizar para definir la entidad que requiere el maltrato corporal para ser delito? ¿Cuándo una conducta de maltrato corporal realizada en contra de las personas vulnerables mencionadas en la ley será constitutiva de delito?

A pesar de la evidente indefinición de la conducta típica – denunciada tanto por el T.C. como por múltiples parlamentarios - hay algunos pasajes de la historia

¹² Cury Urzúa, Enrique; *Derecho Penal, Parte General*; Novena Edición, Ed. Universidad Católica, 2009; pág. 292.

de la ley que ilustran mínimamente sobre cuál fue la intención del legislador al tipificar esta conducta. A continuación se reproducen algunas intervenciones de parlamentarios que permiten inferir la entidad que debe tener el maltrato corporal en análisis:

- Tercer Trámite Constitucional (Comisión de Constitución Cámara de Diputados):
- Diputado Squella: ***“Estimó que si bien cualquier tipo de maltrato corporal era reprochable, no siempre es lo suficientemente relevante para activar el sistema penal. Se da la impresión que se necesitan elementos adicionales para activar, de lo contrario, cualquier pelea en un patio de colegio entre estudiantes de tercero medio activará el sistema penal”***¹³. El diputado afirma entonces que no todo maltrato vulnera necesariamente un bien jurídico penal. Pone como ejemplo de un maltrato que no debe ser constitutivo de delito una pelea entre estudiantes secundarios en el colegio, ilustrando que este caso no está comprendido en el fin de protección de la norma.
- Diputado Coloma: ***“Por intentar generar un tipo penal para un caso concreto, se termina generando un tipo penal que altera las relaciones intrafamiliares, que termina judicializando todo. No sabe si una pelea de menores de 14 años, o un tirón de orejas, era un problema penal”***¹⁴. El diputado indica que el fin de protección de la norma no es tipificar conductas inocuas como un tirón de orejas.
- Diputada Nogueira: ***“Esto debe analizarse con más profundidad, no se imaginaba que alguien por un coscorrón a un niño, pasase a control de detención. El bien protegido es la situación del sujeto desprotegido, y resulta que el niño que es agredido por una madre, la madre terminará presa, y el daño que se hace a ese niño será mayor en tal situación”***¹⁵. La diputada indica que el fin de protección de la norma no abarca la tipificación de maltrato de entidad tal como un coscorrón, menos aún cuando provienen de la madre a un hijo.
- Diputado Soto: ***“Al respecto, hubo consenso en el Senado, y también en la Cámara de Diputados, en que se requiere una calificación que tenga que ver con la gravedad o la relevancia del maltrato. De lo contrario solo***

¹³ Intervención del Diputado Arturo Squella en el Tercer Trámite Constitucional, Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 9. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_bdc424f012ccdf4c0eda8cc4ba7abac9.pdf

¹⁴ Intervención del Diputado Juan Antonio Coloma en el Tercer Trámite Constitucional, Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 9-10. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_bdc424f012ccdf4c0eda8cc4ba7abac9.pdf

¹⁵ Intervención de la Diputada Claudia Nogueira en el Tercer Trámite Constitucional, Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, p. 10. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_bdc424f012ccdf4c0eda8cc4ba7abac9.pdf

estaríamos penalizando actos únicos de maltrato, lo que sin duda podría saturar a nuestros tribunales de justicia¹⁶. El diputado da un indicio de que un acto único de maltrato difícilmente podría ser relevante.

- Comisión Mixta:
 - El representante del Ministerio de Justicia se opuso a que se agregaran requisitos al tipo tales como el adjetivo “relevante”, argumentando que **“del examen del elemento subjetivo del tipo, el principio de lesividad y la adecuación social de la conducta que debe efectuar el órgano jurisdiccional correspondiente, se puede desprender que la redacción de la conducta típica, en las diversas fórmulas antes descritas, no alteran de forma relevante la acción que se pretende sancionar”**¹⁷. No obstante, finalmente el MINJU admitió la introducción del vocablo relevante en el tipo, argumentando que **“se ha argumentado por parte de algunos parlamentarios que la conducta típica era demasiado amplia (“el que maltratare corporalmente”), y podía incluir situaciones que culturalmente no merecen de un reproche penal. Por tales razones, añadió, se dispone que el mencionado maltrato corporal deba ser relevante, con lo cual se pretende dejar fuera del tipo penal a aquellas situaciones de común ocurrencia que no conllevan una sanción de esta naturaleza”**¹⁸.
 - Diputado Soto: **“se incorpora en la nueva redacción del tipo penal la expresión “relevante”; es decir, se sanciona obviamente el maltrato, lo cual no es un acto único de violencia, sino que se requiere cierta persistencia de la agresión; pero se agregó una calificación de la conducta que castiga al maltrato “de manera relevante” a algunas de las personas establecidas en la ley, evitando sancionar conductas inocuas, que no generan un daño significativo, como un simple tironeo que una madre ejerce para llamar la atención de un niño o de un hijo y que no ameritan un reproche penal de esta naturaleza o cuya sanción puede canalizarse por vías distintas”**¹⁹. El diputado Soto señala que el maltrato relevante requiere de una agresión persistente, no bastando un acto

¹⁶ Intervención del Diputado Leonardo Soto en el Tercer Trámite Constitucional, Discusión en la Sala, Cámara de Diputados, p. 19. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_bdc424f012ccdf4c0eda8cc4ba7abac9.pdf

¹⁷ Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Informe de la Comisión Mixta, pág. 10. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

¹⁸ Ídem, pág. 12.

¹⁹ Intervención del Diputado Leonardo Soto en el Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 30. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

único de violencia. El fin de protección de la norma entonces no comprende la tipificación de un acto aislado de maltrato.

- Senadora Pérez: *"Cuando escucho al colega Patricio Walker hablar de "maltrato corporal relevante" a mí me queda claro que esta expresión da cuenta de algo que no es liviano. Aquí, como dijo ese Senador, **no se trata de un coscorrón o de un zamarreo que se le da a un niño** porque se bajó de la micro para cruzar la calle"*²⁰.
- Senador Letelier: *El colega Espina ha planteado una cuestión: cómo se define el límite -pienso que a eso apunta Su Señoría- entre lo que es condenable, como el maltrato, y lo que no lo es. **Un padre no tiene derecho a pegarle un puñete, el que puede no dejar lesiones visibles, a un hijo; tampoco tiene derecho a ahogarlo o a semiahogarlo, de lo que puede no quedar signo visible alguno.** Me parece que todos compartimos aquello. Por ende, **no quiero hacer una caricatura sobre las cosas que condenamos....Sin embargo, también es cierto que no queremos que se legitime un correazo o un puñete.** Entonces, debemos ir definiendo los límites. **Sé que algunos dicen: "Al niño le puedo tirar las orejas", o "le puedo pegar un coscacho". Es un problema de magnitud.** Y la cuestión radica en quién tiene que evaluar esa magnitud"*²¹.
- Senador Walker: *"En la discusión que sostuvimos en la sesión pasada se argumentó que **no podía ser el maltrato único, lisa y llanamente, lo que sancionáramos.** Eso se dijo acá y se buscó una redacción alternativa"*²².

Se observa en el razonamiento de los parlamentarios que el fin de protección de la norma no es tipificar cualquier acto constitutivo de maltrato corporal, sino sólo aquéllos que tengan cierto grado de relevancia. Se debe exigir entonces que el maltrato tenga una lesividad tal que permita justificar la activación del sistema penal. De la misma manera, muchas de las conductas que en teoría constituirían un maltrato conforme al art. 403 bis se pueden considerar eventualmente como socialmente adecuadas (coscorrón, tirón de orejas, zamarreo, etc...).

Asimismo, si bien el tipo penal del inciso 1° del art. 403 bis, a diferencia del maltrato habitual tipificado en el art. 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar, no

²⁰ Intervención de la Senadora Lily Pérez en el Trámite Constitucional "Comisión Mixta", Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 48. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

²¹ Intervención del Senador Juan Pablo Letelier en el Trámite Constitucional "Comisión Mixta", en el Trámite Constitucional "Comisión Mixta", Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 48-49. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

²² Intervención del Senador Patricio Walker en el Trámite Constitucional "Comisión Mixta", Discusión en Sala del Informe de la Comisión Mixta, pág. 56. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

exige expresamente una pluralidad de actos para la configuración del tipo (*El que, de manera relevante, maltrata corporalmente*), el parlamentario que propuso el requisito relevante (el diputado Soto), señaló expresamente que **“se incorpora en la nueva redacción del tipo penal la expresión “relevante”; es decir, se sanciona obviamente el maltrato, lo cual no es un acto único de violencia, sino que se requiere cierta persistencia de la agresión”**. Por ende, sin perjuicio del tenor literal de la norma del art. 403 bis, es difícil imaginar que una conducta única de maltrato, que necesariamente no debe causar lesiones, pues de lo contrario este no es el tipo penal aplicable, pueda ser calificada como “relevante”, y afectar efectivamente el bien jurídico protegido por la norma.

Lo anterior se ve ratificado si se considera que actos de maltrato de menor entidad habitualmente configuran un delito de lesiones leves, puesto que al constatare lesiones la víctima, el Dato de Atención de Urgencia (D.A.U.) habitualmente da cuenta al menos de un “enrojecimiento de piel”. Dicha lesión corrientemente se deriva de agresiones tales como coscorriones, cachetadas, zamarreos y tirones de orejas. Entonces, ¿qué acto de maltrato único ni siquiera deja a la víctima una lesión consistente al menos en un enrojecimiento de piel? Difícilmente se tratará de un acto de maltrato que pueda considerarse relevante, salvo casos excepcionales como el intentar ahogar o aplicar electricidad a la víctima, actos que en general constituiría tipos penales de mayor gravedad (sea tentativa de homicidio o lesiones graves, tortura, etc...). En este sentido, cabe citar también lo que señaló el representante del MINJU durante la tramitación parlamentaria *“las indicaciones del Ejecutivo pretenden ahondar en los objetivos del proyecto de ley en estudio, particularmente, resaltó, en la consagración como injusto típico relevante a aquellas conductas constitutivas de maltrato en contra de sujetos vulnerables, pero que no ocasionan lesiones físicamente ostensibles, sin perjuicio de generar en la víctima un daño considerable en su integridad corporal y psíquica, colmando así la ausencia de una regulación punitiva de esa naturaleza en nuestro Código Penal”*²³. ¿Puede, por regla general, un único empujón, tirón de orejas o una cachetada causar un daño considerable en la integridad física de la víctima?

Por consiguiente, en caso que este tipo penal sea aplicado, es necesario verificar que maltrato que se imputa sea lo suficientemente relevante para cumplir con la descripción típica. Además, cabe señalar que si el maltrato carece de una entidad importante, entonces no será apto para lesionar el bien jurídico protegido (integridad física de persona vulnerable), y por ende, si se considera que esa conducta es delito, se vulneraría el principio de lesividad. Cabe recordar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y de la Corte de Rancagua ha

²³

Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 55. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

reconocido la aplicación del principio de lesividad en materia de delitos de la ley de drogas y de la ley de control de armas²⁴.

c.2) Conducta típica de la figura calificada del inciso segundo del art. 403 bis

El inciso 2° del art. 403 bis prescribe que *“El que teniendo un **deber especial de cuidado o protección** respecto de alguna de las **personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo**, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”*.

Elementos del tipo penal:

- La principal diferencia con la figura básica es que tiene un sujeto activo especial: sólo puede cometer este ilícito quien tiene **un deber especial de cuidado o protección** respecto de la víctima. Por ello, la pena es más elevada, siendo una pena de simple delito.
- La conducta típica “maltratar corporalmente de manera relevante”, es idéntica a la figura básica del inciso 1°, por lo que se reproduce el razonamiento efectuado en ese acápite.
- No obstante, se agrega expresamente la posibilidad de comisión por omisión como una alternativa: **“o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo”**.
- Al igual que en el caso de la figura básica del inciso primero, se trata de un ilícito subsidiario a otros delitos más graves (lesiones): así lo expresa la frase final del tipo penal, al señalar que la pena de este inciso se aplica *“salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”*.

En este acápite se tratan los elementos distintivos de la conducta típica de esta figura calificada:

²⁴ Corte Suprema Rol 18920-2015, causa por cultivo de cannabis, considerando 8°: *“no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos”*
La Corte de Rancagua traslada este razonamiento a la ley 17.798 (Fallo en causa Rol N° 132-2016: caso de cazador que portaba una escopeta de caza, en el mismo sentido, fallo de la misma Corte, Rol 461- 2016): *“El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada.*

Comisión por omisión:

La posibilidad de que el maltrato corporal del inciso 2° se pueda cometer por omisión se desprende claramente de la redacción del tipo penal del art. 403 bis inc. 2°, al sancionar éste no sólo a quien “*maltratare corporalmente de manera relevante*” sino que también a quien “*no impidiere su maltrato debiendo hacerlo*”. Ello presupone un deber de actuar. Este deber de actuar, qué sólo se puede atribuir a su vez a quien se encuentra en un deber especial de cuidado respecto de la víctima, debe sustentarse en la concurrencia de una posición de garante reconocida por nuestro ordenamiento jurídico. Sólo cuando el sujeto activo se encuentre en una posición de garante, deberá actuar, y por lo tanto, sólo en ese caso podrá incurrir en el tipo omisivo en análisis. De allí la importancia de examinar qué debe entenderse por deber especial de cuidado y en qué posiciones de garante puede fundarse este deber, lo que se examina más adelante.

Por contraposición a la tipificación expresa de una hipótesis omisiva en el inciso 2°, el art. 403 bis inciso 1° sólo tipifica una figura comisiva. Ello no responde a un olvido del legislador, sino que a una decisión legislativa fundada: no extender la tipificación de la omisión a sujetos activos que no tienen un deber especial de cuidado para con la víctima. Ello queda claro al analizar la historia de la ley: en el Senado, el representante del MINJU indicó que “*la posición del Ejecutivo al respecto es restringir la configuración de la posición de garante requerida para la ejecución omisiva del ilícito, sólo respecto de quien detente un deber especial de cuidado hacia la víctima. Lo anterior, agregó, a fin de evitar que dicha posición extienda sus hipótesis de aplicación, teniendo en consideración, especialmente, la pena agravada que se considera para estos casos en el artículo 403 bis antes aprobado*²⁵”. Siendo el inciso 2° del art. 403 bis el que requiere un deber especial de cuidado –por contraposición al inciso 1°- la figura base del inciso 1° siempre debe ser comisiva.

Finalmente, cabe destacar que el inciso 2° tipifica la conducta “*maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo*”. Si bien el legislador no repitió la palabra “relevante” al tipificar la hipótesis omisiva, es implausible sostener que la hipótesis omisiva no exige para su configuración que el maltrato sea relevante. Al respecto, baste con señalar que:

- La omisión de una conducta es, en el peor de los casos, igual de grave que la comisión activa de la **misma** conducta. Incluso, no todos los ilícitos se puede cometer por omisión, y se ha señalado en doctrina que la extensión excesiva de los tipos omisivos pone en peligro la garantía que ofrece el principio de tipicidad²⁶. Por ende, la intención del legislador al tipificar esta

²⁵ Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 70. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

²⁶ Cury Urzúa, Enrique, Op. Cit., pág. 680.

hipótesis omisiva fue que no se cuestionara la posibilidad de que este delito se cometa por omisión, pero en ningún caso fue generar un delito omisivo con menos requisitos que el delito activo. Por lo demás, es absurdo que si “J” maltrata activamente al niño bajo su cuidado “C” en forma no relevante (por ejemplo, tirón de orejas), no cometa delito alguno, pero por el contrario, si “J” permitiera que un tercero le tire las orejas a “C”, comete el delito de maltrato por omisión.

- La pena es la misma para el sujeto con deber especial de cuidado que maltrata por acción u omisión, lo que da un indicio de que la conducta tipificada es equivalente.
- El maltrato omisivo del inciso 2° tiene una pena mayor que el maltrato activo del inciso 1°. No obstante, el maltrato activo del inciso 1°, que es una mera falta, exige relevancia. ¿Cómo sería posible entonces que el delito más grave del inciso 2° no exigiera también relevancia?
- Por último, un maltrato omisivo “no relevante” difícilmente vulneraría el principio de lesividad, siendo aplicable lo señalado en este aspecto al analizarse la figura básica de maltrato.

El deber especial de cuidado o protección (en adelante, D.E.C.)

La configuración del D.E.C. adquiere especial relevancia, tanto porque funda la aplicación de la figura calificada del inciso 2° en lugar de la figura base del inciso 1°, como porque permite la comisión por omisión, según ya se explicó.

Por ende, es importante determinar cuándo se configura el D.E.C. Para ello, hay que comenzar por analizar la redacción de la norma: *“El que **teniendo un deber especial de cuidado o protección** respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltrata corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato **debiendo hacerlo**...”*. De la descripción típica, se desprende que se exige una especie de “posición de garante reforzada”. En efecto, hubiese bastando con la frase “o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo” para entender que se exige una posición de garante, puesto que sólo quien es garante de la víctima tiene la obligación de impedir que ésta sea maltratada. No obstante, el legislador agrega además la necesidad de que el sujeto activo tenga el mencionado D.E.C., el cual, además, no es cualquier deber de cuidado, sino que precisamente un deber **especial** de cuidado. Difícilmente puede sostenerse la existencia de este deber especial de cuidado, por ejemplo, en caso de parientes lejanos, o en el caso del buen samaritano que accede a cuidar brevemente a un niño mientras su madre, que busca algo en su bolso, lo mira.

Durante la tramitación parlamentaria, algunos parlamentarios²⁷, al advertir la excesiva amplitud que tenía el tipo penal del art. 403 bis, propusieron que el

²⁷

Diputados Squella y Nogueira, en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 47. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

“deber especial de cuidado” fuera un elemento constitutivo del tipo base de maltrato –y por ende, existiendo delito de maltrato sólo si el sujeto activo estaba en posición de garante-, en lugar de ser sólo un elemento de la figura agravada del inciso 2°, como prevé el texto final de la ley.

El fundamento de la agravación de la pena en virtud del D.E.C. del sujeto activo fue expresado por la Directora Nacional del SENAME, quien señaló que *“Respecto a los cuestionamientos por sancionar con mayor severidad a quienes cometen el delito de maltrato estando a cargo de las víctimas, sostiene que es importante entender que éstas **no sólo desempeñan un trabajo, sino que también están ejerciendo un rol de “garante”, lo que justificaría plenamente una mayor penalidad. Considera también importante incluir dentro de la nueva legislación el delito de maltrato por omisión**, ya que hoy existen herramientas suficientes para acreditarlo ante los tribunales”²⁸.*

De la intervención de la funcionaria indicada se desprende, entonces, que el D.E.C. se funda en una “posición de garante”, la cual, aparentemente, tendría una entidad mayor a una mera relación laboral. Durante la discusión parlamentaria se pueden observar dos posiciones contrapuestas sobre la entidad del D.E.C.:

- **La primera posición sostiene un concepto restringido de D.E.C. y de las fuentes que la generan.** En este sentido se puede citar las siguientes intervenciones:
 - La diputada Sabat señaló que *“debe incluirse la profesión u oficio como agravante, pues es necesario distinguir entre quienes asumen voluntariamente un deber de cuidado de aquellos que tienen una obligación al efecto, justamente en razón de su profesión u oficio, ya que sólo así podría evitarse una aplicación excesiva de la norma (por ejemplo, el caso de una persona que cuida periódicamente a los hijos de su vecina, podría llegar a estimarse obligada a seguir cuidándolos, por el sólo hecho de haber sido ésta una conducta habitual, lo que no corresponde)”²⁹.*
 - En el mismo sentido, la diputada Nogueira, criticando la terminología que hasta ese momento utilizaba una de las mociones (esto es, *“por el sólo hecho de encontrarse a cargo”³⁰*) afirmó que *“no se puede igualar la sanción de quien tiene el cuidado de un menor por su profesión u oficio, con aquel que lo cuida circunstancialmente. Así, propone eliminar del Art. 403*

²⁸ Intervención de la Directora Nacional del SENAME en el en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 46. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

²⁹ Intervención de la Diputada Marcela Sabat en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 48. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

³⁰ El art. 403 quáter inciso 2° de la moción Boletín N°9877-07 prescribía que *“La misma pena del inciso anterior (presidio menor en su grado mínimo) se aplicará cuando el agresor tenga un deber especial de cuidado dada su profesión u oficio, o por el sólo hecho de habersele confiado por parte de los padres o familiares el cuidado del menor, adulto mayor o persona en condición de discapacidad.”*

ter inciso segundo, la frase “por el sólo hecho de encontrarse a cargo”, porque de lo contrario nadie va a querer cuidar momentáneamente a un niño, ante el temor de verse expuesto a sanciones mayores. Y por razones de coherencia, también plantea eliminar la frase “a cargo” del Art. 403 quáter³¹.

- El asesor de la diputada Cariola, a su vez, manifestó que *“el tipo penal está pensado para el que comete el maltrato y no para el buen samaritano. Sin embargo, para evitar el conflicto señalado, propone establecer gradualidad en la pena, fijando el mínimo de la sanción para el que ejerce el cuidado temporalmente, mientras que si el maltrato infringe un deber especial emanado de una profesión u oficio, aplicar la pena en su máximo. Se podría eliminar la frase indicada, para evitar distorsiones, pero reconociendo la posición de garante que no sólo deriva de una profesión u oficio. Sobre el origen del deber de cuidado, el diputado Soto indica que la posición de garante puede provenir tanto de un contrato, como también de la ley u otras fuentes, por lo cual propone incorporar la frase “sea en razón de la ley, resolución judicial o dada su profesión u oficio”³².*
- Ministerio de Justicia: en el Senado, el representante del Ministerio de Justicia sostuvo que *“se optó, en la determinación del rol de garante, por la incorporación del concepto de “deber especial de cuidado” para su configuración, a fin de que dicho rol no se amplíe extensivamente a cualquier situación. En efecto, a partir del mencionado deber es que se justifica la pena agravada para este tipo de hipótesis”³³.*
- Senador Letelier: *“Hay un tema que se abrió al debate y del cual quiero dejar constancia para la historia de la ley, relacionado con la responsabilidad por omisión. Si un profesor le pega a un niño, ¿puede ser considerado también culpable, por omisión, el sostenedor? Yo, evidentemente, no comparto ese criterio”³⁴.*

- **La segunda posición sostuvo un concepto amplio de D.E.C:**

³¹ Intervención de la Diputada Claudia Nogueira en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 51. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

³² Intervención del asesor de la diputada Cariola en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 51. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

³³ Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 66. Disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

³⁴ Intervención del Senador Juan Pablo Letelier en el Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, p. 118. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

- Ministerio de Justicia: *“El señor Welsch (representante del MINJU), manifiesta su opinión en torno a que cualquiera que acepte cuidar a un menor, asume voluntariamente un deber de cuidado, lo que justifica la agravante”*³⁵.
- Senador Walker: *“En ese punto, algunos planteamos que era importante también incorporar circunstancias fácticas, porque muchas veces ese deber de cuidado no se da por una resolución judicial, por un mandato legal, pero sí por situaciones de hecho. Es el caso, por ejemplo, de un transportista escolar que traslada niños a sus casas”*³⁶.

Cabe señalar que el tipo penal evacuado por la Cámara de Diputados en 1º Trámite Constitucional restringía las fuentes del D.E.C. – y por lo tanto, de las posiciones de garante, que a su vez son las fuentes del D.E.C.- a la ley, una resolución judicial o la profesión u oficio³⁷, aspecto que se eliminó durante la tramitación parlamentaria, por estimarse – en concordancia con el citado argumento del Senador Walker - que el D.E.C. podía tener otras fuentes. Atendido que el legislador no definió cuáles son las fuentes de posición de garante, hay que examinar qué fuentes reconoce nuestro derecho.

Fuentes de posición de garante que reconoce la doctrina nacional:

- Etcheverry³⁸:
 - Reconoce como fuentes la ley, profesión de riesgo (ciertas profesiones que llevan en si la obligación de obrar afrontando riesgos que ordinariamente no son obligatorios para el común de los ciudadanos: policías, bomberos, servicios para el rescate de accidentados, etc.) y fuentes civiles de las obligaciones (entre ellas los contratos, por ejemplo, salvavidas).
 - Por el contrario, sobre la “actividad precedente”, criterio que “se fundamenta en el principio de que quien ha creado un riesgo debe al mismo tiempo procurar que éste no se concrete en un daño efectivo” se limita a señalar

³⁵ Intervención de Gherman Welsh, Jefe del Departamento de Reinserción Social de Adultos del Ministerio de Justicia en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 51. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

³⁶ Intervención del Senador Patricio Walker en el Segundo Trámite Constitucional, Discusión en Sala, p. 28. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

³⁷ El entonces proyecto de art. 403 ter inc. 2º prescribía que *“el que teniendo un deber especial de cuidado respecto de un menor de catorce años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, sea en razón de la ley, de una resolución judicial o dada su profesión u oficio, incurriere en una acción u omisión de maltrato o violencia física...”*. Primer Trámite Constitucional p. 124. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

³⁸ *“Derecho Penal, Parte General”*, Tomo I, Alfredo Etcheberry, 3º Ed. Revisada y actualizada., p. 205 a 207.

que *“La doctrina nacional tiende a rechazar esta fuente”*, citando al efecto a Grisolia. Politoff, Bustos, Derecho Penal Chileno, Parte Especial, pp. 75 y ss.; Cury, op. cit., II, pp. 305 y ss.; Garrido Montt, op. cit., pp. 188 y ss, *“Todos ellos escépticos respecto de la aceptación de esta fuente del deber de obrar”*. De este modo, se observa la coincidencia entre la opinión de Etcheverry y la de las parlamentarias Sabat y Nogueira en cuanto a descartar este criterio como fuente de una posición de garante.

- Asimismo señala que *“También la doctrina alemana suele considerar las especiales situaciones de solidaridad o lealtad que surgen entre quienes comparten una vida o una empresa peligrosa en común. Interesante desde el punto de vista ético y social, estimamos que en nuestra ley no se consagra esta solidaridad como fuente jurídica del obrar”*. Este aspecto es relevante, puesto que Etcheverry niega la comunidad de peligro como fuente de posición de garante, y por lo tanto, de un deber especial de cuidado. Incluso añade que *“CURY- y GARRIDO MONTT ponen con razón en guardia contra la extensión desmesurada de la posibilidad de delitos de comisión por omisión”*, aspecto que, como se señaló, también preocupaba al Senador Letelier, quien consideraba que el sostenedor no puede ser responsable por omisión por el golpe que le propina un profesor a un niño en su establecimiento.
- Finalmente, Etcheverry expresa que los criterios para determinar un deber de obrar derivado de una posición de garante son la naturaleza y proximidad del vínculo (a mayor proximidad, mayor deber), la probabilidad del riesgo afrontado (a mayor riesgo, mayor deber) y la situación profesional del obligado y exposición a riesgo propio (a mayor riesgo propio, menor deber., salvo que el sujeto activo tenga una profesión de riesgo).
- Cury³⁹:
 - Como reflexión general, adopta un criterio restringido sobre qué situaciones fácticas generan una posición de garante. Así, señala que *“El problema, ahora, consiste en precisar aquellas situaciones de hecho que confieren al agente el carácter de garante del bien jurídico. No es fácil. Hay que evitar en lo posible, dejarse llevar por el entusiasmo y aceptar poner el rótulo a una serie de casos en los que un sentimiento de solidaridad cordial, consideraciones éticas o inclinaciones emocionales, nos inducen a reclamar que actúe quien se encuentra en ellas. Es posible que la exigencia sea justa, pero lo que aquí nos interesa determinar es si cuenta con un fundamento lo bastante preciso y fácil de reconocer como para castigar penalmente a quien la infringe”*.
 - Analiza una serie de criterios considerados parcialmente por la doctrina como fuentes de una posición de garante. Acepta como criterio la ley (salvo cuando el deber de actuar consagrado en ella aparezca desestimado por el ordenamiento punitivo) y el contrato (sólo cuando de él nace una situación

³⁹

Cury Urzúa, Enrique, Op. Cit., pág. 681-683.

fáctica efectiva de garante, por ejemplo, que el salvavidas efectivamente trabajó ese día en la playa, no así si estaba con licencia). Por el contrario, rechaza en general la conducta anterior creadora de peligro (salvo en forma muy restringida, cuando es una acción ilícita y eleva una probabilidad de daño), y rechaza también la solidaridad derivada de una comunidad de vida especial o creada por una comunidad de peligro.

Prohibición de doble valoración de agravantes

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 63 inciso 2°, normalmente no serán aplicables respecto del tipo penal del art. 403 bis inc. 2° las agravantes del art. 12 N°1 (alevosía) y N°7 (abuso de confianza) del Código Penal. Ello porque el D.E.C. que exige el tipo penal, como se explicó en el acápite anterior, surge de una posición de garante del sujeto activo, la cual en muchas ocasiones le permitirá obrar a traición o sobre seguro (por ejemplo, sujeto que golpea a su hermano discapacitado que vive con él, y no hay manera de que los vecinos o cualquier otro tercero se percaten), o con abuso de confianza (vecino que queda al cuidado de un menor de edad por su amistad con la madre de éste, y procede a maltratarlo).

d) Sujeto pasivo del delito del art. 403 bis

El delito del art. 403 bis no se puede cometer en contra de cualquier persona, sino que tiene un sujeto pasivo especial, es decir, se puede cometer solamente en contra de las previstas en el inciso primero: i) niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, ii) persona adulta mayor, o iii) persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422. El inciso segundo contempla las mismas categorías de personas como sujeto pasivo, la diferencia es que incorpora como elemento adicional el D.E.C. que debe tener el sujeto activo del delito respecto del sujeto pasivo. En este acápite se examinan 4 puntos:

- i) Quienes son niños, niñas o adolescentes
- ii) Quien puede ser considerado adulto mayor
- iii) Quien puede ser considerado persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422
- iv) ¿Qué pasa si el sujeto pasivo es una de aquellas personas contempladas en el art. 5° de la ley 20.066?

- i) Niños, niñas o adolescentes:

El concepto está definido en la ley 19.968, que crea los tribunales de familia. El art. 16 inciso 3° de ese cuerpo legal prescribe que *“Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad”*. Si bien la definición está dada sólo para esa ley, hay dos

razones por las cuáles se estima que esa definición legal es aplicable también al art. 403 bis:

- Porque el legislador consideró expresamente la ley citada como referencia para adoptar el concepto de “niños, niñas o adolescentes”⁴⁰.
- Porque ese es el sentido natural y obvio de los términos niño, niña o adolescente en conformidad al art. 20 del Código Civil.
- Porque esa interpretación es coincidente con la definición contemplada en el art. 1° de la Convención de los Derechos del Niño⁴¹.

ii) Adulto mayor:

El concepto de adulto mayor está definido en el art. 1° inciso 2° de la ley 19.828, que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor. La norma referida prescribe que **“Para todos los efectos legales, llámase adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años”**.

La duda que surge es si ese concepto es aplicable al tipo penal del art. 403 bis. A continuación se plantean las dos posibles interpretaciones:

- Concepción de adulto mayor como cualquier persona mayor de 60 años, sin importar su situación de vulnerabilidad. Las razones para sostener esta postura serían las siguientes:
 - El art. 1° de la citada ley 19.828 dice que el concepto es aplicable **“Para todos los efectos legales”**.
 - La norma citada fue utilizada como referencia durante la tramitación parlamentaria⁴². De hecho, la senadora van Rysselberghe planteó que **“Por otra parte, respecto a la consideración como sujetos de la protección a quienes por razones de enfermedad o vejez se encuentren en una situación de vulnerabilidad, señaló que el inconveniente respecto de aquéllos es la verificación objetiva del estado que padecen, en tanto muchas veces este último no ser apreciable (especialmente en el caso de la enfermedad). En el mismo sentido, indicó que en el caso de la vejez, considera más apropiado utilizar el concepto de adulto mayor, el que ya se encuentra definido en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de evitar interpretaciones subjetivas”**⁴³.

⁴⁰ Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, pág. 30. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁴¹ Ratificada por Chile mediante el Decreto N° 830 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁴² A modo de ejemplo, véase Primer Trámite Constitucional Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana, pág. 30. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁴³ Intervención de la Senadora Van Rysselberghe en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 56. Disponible en:

- Concepción del adulto mayor como cualquier persona mayor de 60 años que sea vulnerable:
- El art. 403 bis es un tipo penal, y como tal, tiene por objeto proteger un bien jurídico determinado. Al analizar la historia de la ley, es evidente que el objeto del legislador mediante este tipo penal fue proteger el bien jurídico integridad física de **personas especialmente vulnerables**, las cuales se encuentran en un estado de desprotección mayor que una persona cualquiera. Aquí se hace necesario volver a citar las palabras del diputado Soto:

“El delito en estudio puede ser analizado del siguiente modo. El ordenamiento jurídico penal entiende que el maltrato entre adultos, esto es, el ejercicio de violencia que no deja un daño físico ostensible en el cuerpo de la víctima, no merece reproche penal, de ahí que sólo se sancione las acciones constitutivas de lesiones (que sí requieren de un resultado físico para su configuración).

En consecuencia, explicó, el presente ilícito pretende castigar dicha conducta en los casos en que la víctima sea un menor de dieciocho años de edad, un adulto mayor, una persona en situación de discapacidad o algún sujeto contemplado en el artículo 5° de la Ley de Violencia Intrafamiliar.

En consecuencia, agregó, se trata de un delito de sujeto pasivo calificado (no universal), restringido sólo a las hipótesis antes descritas. La razón de ello, prosiguió, es que se ha estimado que respecto de aquéllos es procedente una protección penal especial, derivada de la situación de vulnerabilidad que les asiste”⁴⁴.

- El problema que se plantea respecto de los adultos mayores es que, tal como señaló el senador Ossandón, *“es necesario incorporar la noción de vulnerabilidad, en tanto le parece ser un elemento fundamental para apreciar en concreto la afectación que a la víctima le produce la acción típica. Ello, agregó, en tanto existir un margen considerable entre las personas en situación de discapacidad y los adultos mayores, no pudiendo calificar como vulnerables a muchos de ellos”*.

http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

44

En el mismo sentido, intervención del Fiscal Regional Metropolitano Sur, Raúl Guzmán Uribe: *“Los sujetos pasivos de estos delitos deben incluir a “todas las personas vulnerables”, que por su edad o condición no puedan defenderse frente a la agresión de otra”*. En el Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p. 40. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

Sin embargo, a pesar de objeciones como la planteada por el senador Ossandón⁴⁵, el legislador finalmente se limitó a utilizar el vocablo “adulto mayor”, sin exigir expresamente un requisito adicional de vulnerabilidad. En consecuencia, en principio, es sujeto pasivo de este ilícito parece ser toda persona mayor de 60 años de edad, siempre que se cumplan los requisitos típicos, esto es, un maltrato corporal, que no constituya por sí un delito de lesiones y que tenga relevancia (para que pueda constituir maltrato propiamente tal).

A pesar de ello, y en conformidad con la jurisprudencia ya citada de la Corte Suprema en materia de delitos de la ley 20.000 y de la Corte de Rancagua en delitos de la ley 17.798⁴⁶, los tipos penales que crea el legislador nunca pueden infringir el principio de lesividad, es decir, las conductas que tipifican tienen que lesionar un bien jurídico. Ahora bien, si el legislador estimó en forma prácticamente unánime, que, tal como indicó el diputado Soto, *“el maltrato entre adultos, esto es, el ejercicio de violencia que no deja un daño físico ostensible en el cuerpo de la víctima, no merece reproche penal”*, salvo que se realice en contra personas vulnerables, entonces es evidente que el legislador considera que un maltrato de esas características no vulnera el bien jurídico integridad física, salvo que se realice en contra de persona vulnerable. Por ende, al no ser una conducta lesiva de bien jurídico alguno, la tipificación del maltrato en contra de persona no vulnerable –como sucedería con la primera interpretación del vocablo “adulto mayor” examinada en esta minuta- infringe el principio de lesividad. De este modo, sin perjuicio de lo que señale expresamente la norma, y dependiendo de la postura doctrinaria que se adopte, podría señalarse que la conducta de maltratar a un adulto mayor que no es vulnerable es atípica (por no ser lesiva de bien jurídico alguno) o que no es materialmente antijurídica.

iii) Personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422

A diferencia del caso de los menores de edad y de los adultos mayores, en el caso de los discapacitados el art. 403 bis se remite expresamente a la regulación aplicable, señalando como sujeto pasivo del delito a las *“personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422”*. Por ende, será sujeto pasivo del delito del art. 403 bis quien sea discapacitado conforme a la ley 20.422. A continuación se examinan las normas relevantes de ese cuerpo legal al efecto.

El art. 5° de la ley 20.422 entrega una definición cualitativa de discapacidad: *“Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve*

⁴⁵ De la misma manera, la Directora Nacional del Sename sugirió *“no hablar de “adulto mayor vulnerable”, sino que de “adulto mayor dependiente”*. Además, la vulnerabilidad no depende sólo de la edad, sino que también de otros factores”. En el Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, p. 43.

⁴⁶ Ver capítulo c.1 Supra.

impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

¿Qué organismo determina quién cumple con la definición citada? El art. 13 inciso 1° señala que dicha decisión corresponde al COMPIN o a instituciones reconocidas por el MINSAL como aptas para estos efectos: *“Corresponderá a las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN), dependientes del Ministerio de Salud y a las instituciones públicas o privadas, reconocidas para estos efectos por ese Ministerio, calificar la discapacidad”.*

En términos generales, ¿cómo califica el COMPIN la discapacidad? El art. 14 inc. 1° dispone que *“Un reglamento de los Ministerios de Salud y de Planificación señalará la forma de determinar la existencia de una discapacidad y su calificación. Este reglamento deberá incorporar los instrumentos y criterios contenidos en las clasificaciones internacionales aprobadas por la Organización Mundial de la Salud”*

¿Qué sucede una vez que el COMPIN certifica que una persona es discapacitada? El art. 17 prescribe que *“La Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez, una vez que certifique la discapacidad, remitirá los antecedentes al Servicio de Registro Civil e Identificación, para su inscripción”.*

Entonces, ¿cómo se determina cuándo una persona es discapacitada? Conforme al art. 56 letra a) *“El Registro Nacional de la Discapacidad deberá:*

a) Inscribir a las personas cuya discapacidad sea certificada por la respectiva Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez”.

Por ende, las personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 son sólo aquellas que están inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad del Registro Civil, tras haber sido su discapacidad certificada por el COMPIN respectivo. Sólo estas personas –y no aquellas que están en proceso de certificación, o que habiendo sido ya certificadas aún no están inscritas- pueden ser sujetos pasivos del delito del art. 403 bis del Código Penal.

Al revisar la historia de la ley se arriba a la misma conclusión que se desprende inequívocamente de la redacción de la norma. En efecto, el Fiscal Regional Metropolitano Norte Andrés Montes, al referirse a este punto en el Senado, se opuso a la redacción que tenía la norma en esa etapa de la tramitación–que era igual a la norma aprobada finalmente en cuanto a este punto, pues se refería a *las personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422-* con el siguiente argumento: *“En lo que respecta a los sujetos pasivos del delito, la norma se remite a la ley N° 20.422, a la hora de determinar a las personas en estado de discapacidad. Sin embargo, añadió, el mencionado cuerpo legal establece un mecanismo especial de calificación de dicho estado, contemplado específicamente en su artículo 13, por lo que se debe evitar que la persona que se encuentra en tal procedimiento sea excluida de la protección penal (por no encontrarse todavía calificada formalmente como*

discapacitada), cuestión sobre la cual se deben efectuar las precisiones pertinentes⁴⁷.

No obstante, la solicitud del Fiscal Regional no fue aceptada por los parlamentarios. Incluso el Senador Walker *“Propuso explicitar que la discapacidad a la que se hace referencia en el inciso primero del artículo 403 bis, deba ser apreciada conforme a los parámetros fijados en la ley N° 20.422. En consecuencia, sugirió intercalar en el referido inciso entre la expresión “persona en situación de discapacidad,” y la locución “será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados”, la frase “en los términos de la ley N° 20.422”. Lo anterior, agregó, a fin de dotar de mayor objetividad al momento de la apreciación de la situación de discapacidad por parte del juez”*⁴⁸. La intervención del senador Walker, a pesar de ser errónea – puesto que solicita que se incorpore a la norma una redacción que ésta ya contemplaba - demuestra que los senadores no aceptaron la propuesta del Ministerio Público, optando por una definición objetiva del sujeto pasivo “discapacitado”.

- iv) ¿Qué pasa si el sujeto pasivo es una de aquellas personas contempladas en el art. 5° de la ley 20.066?

El problema se plantea porque puede coincidir el sujeto pasivo del delito del art. 403 bis (y por ende, también del art. 403 ter) con aquellas personas contempladas en el art. 5° de la ley 20.066. Dicha norma prescribe que:

“Violencia intrafamiliar. Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”.

De esta manera, el art. 5° contempla a los siguientes grupos de personas que pueden ser coincidentes en principio con los sujetos pasivos del art. 403 bis:

⁴⁷ Intervención del Fiscal Regional Metropolitano Norte en el Segundo Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 13. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

⁴⁸ Intervención del Senador Patricio Walker en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 65. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

- Parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta, o en la colateral hasta tercer grado inclusive: incluye entre otros padres, abuelos, tíos, hijos y sobrinos, todos los cuáles pueden ser eventualmente adultos mayores, menores de edad o discapacitados.
- El inciso 2° se refiere precisamente a los mismos sujetos pasivos del art. 403 bis: “*persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada*”, siendo la diferencia más destacable el que se exige expresamente que éstos estén “*bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar*”. Esta circunstancia previsiblemente será identificable en la mayoría de los casos con el deber especial de cuidado que exige el maltrato corporal calificado del inciso 2° del art. 403 bis. Además, se trata de personas que no necesariamente tienen un nexo e parentesco con el sujeto activo, a diferencia de los casos del inciso 1° del art. 5°.

Asimismo, las personas enumeradas en el art. 5° de la ley 20.066 están sujetas a toda la normativa de la ley de violencia intrafamiliar. Ello implica que si se comete un acto de maltrato único (físico o síquico) en su contra, el agresor será condenado al pago de la multa prevista en el art. 8° de la misma ley, así como a una o más de las medidas accesorias previstas en el art. 9°. Del mismo modo, si el agresor incurre en un maltrato habitual (físico o síquico) en contra de estas personas, está sujeto a las penas previstas en el art. 14 de la ley 20.066.

Se produce entonces una superposición de regulaciones y un conflicto de leyes. Si se comete un acto de maltrato corporal en contra de una persona contemplada tanto en el art. 403 bis del C.P. como en el art. 5° de la ley 20.066, ¿cuál es la ley, y por lo tanto, cuál es la sanción aplicable?

En el siguiente cuadro se sistematiza cuál sería la regulación pertinente para las diferentes formas de maltrato único/habitual y síquico/físico, tanto en el ámbito intrafamiliar (art. 5° ley 20.066) como en el extrafamiliar (art. 403 bis y ter del Código Penal):

Forma de maltrato	Norma en que se regula según contexto en que se produce el maltrato	
	Intrafamiliar (art. 5° ley VIF)	Extrafamiliar (sujetos pasivos art. 403 bis y ter)
Único y corporal	Art. 8° y 9° Ley VIF	403 bis inc. 1°

Único y corporal con D.E.C.	Art. 8° y 9° Ley VIF	403 bis inc. 2°
Único y síquico	Art. 8° y 9° Ley VIF	403 ter
Único y síquico con D.E.C.	Art. 8° y 9° Ley VIF	403 ter
Habitual y corporal	Art. 14 Ley VIF	403 bis
Habitual y síquico	Art. 14 Ley VIF	403 ter

¿Cómo interpretar armónicamente las normas de maltrato? Hay dos grandes posibilidades:

- La primera es interpretar que las normas de los art. 403 bis y ter derechamente no son nunca aplicables a las personas comprendidas en el art. 5° de la ley de VIF, sino que sólo se aplican en el ámbito de la violencia “extrafamiliar”. En este caso regiría el cuadro arriba expuesto para las distintas situaciones de maltrato. Esta postura se puede fundar en los siguientes argumentos:
- Principio de especialidad: Es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico que la ley especial prima sobre la ley general⁴⁹. Este principio se reconoce a su vez como un principio de solución cuando se producen concursos aparentes de leyes penales⁵⁰. Por otra parte, en el caso en análisis, es evidente que estamos frente a un concurso aparente de leyes penales, pues éste se produce precisamente *“cuando un hecho parece satisfacer las exigencias de dos o más tipos diversos, pero, en definitiva, sólo será regulado por uno de ellos, en tanto que los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”*⁵¹. En los casos en análisis un hecho (por ejemplo, el maltrato corporal habitual cometido por un sujeto en contra de su abuelo, quien es adulto mayor) parece satisfacer tanto las exigencia del art. 403 bis del C.P. como del art. 14 de la ley 20.066; sin embargo, la ley 20.066 es una ley especial –que regula justamente la violencia en el ámbito intrafamiliar- primando por sobre las reglas generales del Código Penal (entre las cuales está el art. 403 bis). En ese sentido, se puede citar la intervención del diputado Chahin, quien señaló al respecto que *“También se resuelve adecuadamente lo que ocurre cuando estamos frente a hipótesis sancionadas en la Ley de Violencia Intrafamiliar, donde*

⁴⁹ El art. 13 del Código Civil prescribe que *“Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición”*.

⁵⁰ Enrique Cury, Op. Cit., p. 668-669: *“De conformidad con él, hay un concurso aparente de delitos cuando el hecho parece ser captado por dos normas, pero éstas se encuentran en relación de género a especie y es la ley especial la que lo aprehende de manera más perfecta en todas sus particularidades. En tal caso la norma general será desplazada y el hecho será regulado sólo por la especial”*.

⁵¹ Enrique Cury, Op. Cit., p. 667.

*prima la norma de especialidad*⁵². Por ende, el maltrato en contra de adultos mayores, menores de edad y discapacitados que a su vez estén comprendidos en el art. 5° de la ley 20.066, se rige por las reglas de la ley de VIF que priman por su especialidad sobre las reglas generales del Código Penal, que se ven desplazadas.

- Historia de la ley: En la historia de la ley se pueden encontrar múltiples pasajes que dan cuenta de que el proyecto de ley que dio origen a la ley 21.013 en análisis, tuvo por objeto precisamente sancionar la violencia fuera de la familia. En ese sentido, destacan los siguientes pasajes de la historia de la ley:
 - La entonces Ministra de Justicia, en el Senado, ***“indicó que la intención del Ejecutivo es contar prontamente con una legislación que permita tipificar penalmente el maltrato y violencia fuera del contexto familiar (extrafamiliar), en contra de menores, adultos mayores y personas desvalidas. Lo anterior, agregó, a fin de otorgar protección penal frente a dichas conductas, ajustándose de esa forma el ordenamiento jurídico a estándares comparados en este ámbito”***⁵³.
 - El diputado Walker ***“señaló que este proyecto de ley se hace cargo de las situaciones de maltrato físico y psicológico fuera del ámbito de la violencia intrafamiliar”***⁵⁴.
 - El senador Walker, explicando la laguna de punibilidad que venía a reparar el proyecto de ley, indicó que ***“Este proyecto es bien importante, porque en Chile sancionamos la violencia cuando es intrafamiliar, al interior de los hogares. Pero, desgraciadamente, en una modificación que se hizo años atrás, para los casos en que la violencia se da fuera de la familia (extrafamiliar) se establecieron sanciones que en la práctica no se cumplen: trabajos comunitarios, entre otros. Por consiguiente, en los hechos no existe sanción alguna a la violencia extrafamiliar. ¿Qué sucede en esos casos? Se debe esperar que ocurran lesiones para que se puedan sancionar***

⁵² Intervención del Diputado Fuad Chaín en el Primer Trámite Constitucional, Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, p. 81. Disponible en:
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁵³ Intervención de la Ministra de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 8. Disponible en:
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

⁵⁴ Intervención del Diputado Matías Walker en el Primer Trámite Constitucional, Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, p. 106. Disponible en:
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

por ese delito las conductas de maltrato (tratos vejatorios, denigrantes, inhumanos, etcétera) que muchas veces se ejercen sobre los niños⁵⁵.

- Finalmente, cabe señalar que durante la tramitación del proyecto en la Comisión Especial del Senado, el ejecutivo presentó la indicación 22 bis, la cual agregaba el siguiente inciso 2° al art. 403 bis: *“Con igual sanción se castigará a quién maltratare corporalmente a alguna de las personas referidas en el artículo 5°⁵⁶”*. El representante del MINJU justificó dicha indicación con el siguiente argumento: *“Así, prosiguió, en la Comisión **se aprobó una indicación (en concreto la indicación N° 22 bis de autoría de S.E. la Presidenta de la República) que incorporaba como sujetos pasivos del delito de maltrato por única vez a las personas consagradas en el artículo 5° de la Ley N° 20.066. De ese modo, finalizó, con dicha incorporación se entiende que es tan grave y disvalioso el maltrato único tanto el ámbito extrafamiliar como en el contexto intrafamiliar, de ahí su tipificación penal en el proyecto en estudio**”⁵⁷*. Por ende, el ejecutivo entendió que se incorporaba la violencia intrafamiliar al delito de maltrato por la vía de la indicación señalada (que se remitía expresamente al art. 5° de la ley de VIF). A contrario sensu, si consideramos que dicho inciso no es parte del proyecto final (parcialmente se limitó su campo durante la tramitación parlamentaria, restringiéndose primeramente al actual o ex cónyuge/conviviente, y luego esta categoría de sujetos pasivos fue posteriormente eliminado por el T.C.), entonces no es factible considerar que el delito de maltrato del art. 403 bis sea aplicable al ámbito de la violencia intrafamiliar.

- La segunda posibilidad es considerar que los tipos penales de los art. 403 bis y ter si son aplicables a la violencia en el ámbito familiar. Sobre esta posibilidad, cabe señalar lo siguiente:
 - El principal argumento en favor de esta hipótesis es que el art. 403 bis, al describir quienes pueden ser sujetos pasivos del delito, se limita a indicar que la norma es aplicable al “niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de

⁵⁵ Intervención del Senador Patricio Walker en el Segundo Trámite Constitucional, Discusión en la Sala del Senado, p. 28. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

⁵⁶ Este inciso se terminó transformando en aquel que rezaba *“Con igual sanción se castigará a quien, de manera relevante, maltratare corporalmente a quien sea o haya sido su cónyuge o conviviente”*, y que fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, según ya se analizó.

⁵⁷ Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 100. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

discapacidad en los términos de la ley N° 20.422”, sin distinguir si se trata de un contexto de violencia intra o extrafamiliar. Por ende, se podría sostener que donde la ley no distingue, no puede distinguir el intérprete, y los art. 403 bis y ter si se aplican al ámbito VIF.

- Un argumento adicional es que de no aplicarse los tipos penales de los art. 403 bis y ter a los casos VIF se produce la siguiente paradoja: el maltrato por hecho único relevante de niños y adolescentes, adultos mayores y discapacitados en el ámbito VIF no sería delito o falta (al no ser maltrato habitual del art. 14 Ley VIF), mientras que el maltrato por hecho único relevante de niños y adolescentes, adultos mayores y discapacitados no VIF sí constituiría un delito.
- La consecuencia de seguir esta interpretación (aplicabilidad del 403 bis al ámbito VIF) es que se generan múltiples concursos aparentes de leyes penales, debido a que el maltrato generará en principio la aplicación tanto de los tipos penales de los art. 403 bis y ter, como de aquellos de la ley 20.066..
- Podría sostenerse, a la inversa de lo que señaló al analizar la primera posibilidad, que al aplicar la solución de “especialidad” para resolver el concurso aparente, en aquellos casos en que el acto constitutivo de maltrato tenga el carácter de relevante, debe primar la norma del art. 403 bis por sobre las normas de la ley 20.066, puesto que mientras ésta última regula todo acto constitutivo de maltrato, el art. 403 bis tipifica sólo aquellos actos que son relevantes
- Por otra parte, si el concurso aparente se soluciona por el principio de consunción, en algunos casos deberán aplicarse las normas del C.P. y en otros las de la ley 20.066, puesto que debe aplicarse aquél tipo cuyo desvalor delictivo contenga al otro⁵⁸, es decir, aquél que tenga asignada una pena mayor.
- Así, por ejemplo, si un sujeto **maltrata habitualmente de manera relevante** a su tío materno (pariente por consanguinidad en línea colateral de 3° grado), quien a su vez es adulto mayor, parece cometer tanto el delito del art. 403 bis inciso 1° (pena de prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales), como el delito de maltrato habitual previsto en el art. 14 de la ley 20.066 (cuya pena, tras la entrada en vigencia de la ley en análisis, aumentó a presidio menor en su grado mínimo a medio). Atendida las penas asociadas a ambos delitos, el delito de maltrato habitual del art. 14 “absorbe” el desvalor del ilícito menos grave (delito del art. 403 bis inc. 1°), por lo que al aplicar el concurso aparente por consunción, el sujeto sólo es responsable por el delito del art. 14 de la ley 20.066.
- Por el contrario, si el mismo sujeto maltrata **en sólo una ocasión** al mismo tío, de manera relevante, parece cometer el delito ya citado del art. 403 bis inc. 1°, y la infracción de maltrato no habitual del art. 5° de la ley 20.066,

58

Enrique Cury, Op. Cit., p. 669

sancionada en los art. 8° y 9° del mismo cuerpo legal con una pena de multa de media a quince unidades tributarias mensuales, y una o más medidas accesorias. La pena del delito del art. 403 bis tiene en este caso una entidad mayor –por la posibilidad de que se imponga una pena privativa de libertad- por lo que absorbe el desvalor de la infracción a la ley de VIF. En este caso, hay un concurso aparente entre un ilícito penal y una infracción en materia de derecho civil, debiendo ser sancionado el sujeto sólo con las penas del art. 403 bis inciso 1°, para evitar una infracción al principio de non bis in ídem.

e) Tipo subjetivo

El tipo penal del art. 403 bis, tanto en su inciso 1° como en el 2°, es un tipo doloso. Ello implica que el sujeto activo debe estar en conocimiento de todos los elementos del tipo. Así, en el caso del ilícito del inciso 1°, el sujeto debe saber que está maltratando corporalmente y de manera relevante a uno de los sujetos pasivos contemplados en el tipo penal. En el caso del inciso 2°, además de lo anterior, debe estar consciente de que tiene un deber especial de cuidado respecto de la víctima. Por ende, quien maltrata corporalmente de manera relevante a otro en la vía pública sin saber que la víctima es menor de edad, no comete dolosamente el delito del art. 403 bis. En caso de que el error sea inevitable, la conducta es atípica. Si el yerro es evitable, la tipicidad o no de la conducta dependerá de si se considera que el delito se puede cometer en forma culposa, lo que se examina a continuación.

El problema que se plantea en este acápite es si el tipo penal admite también culpa. El art. 403 bis se incorporó en el nuevo párrafo 3 bis, que a su vez se intercaló en el título VIII del Libro II del Código Penal, cuyo nombre es *“Crímenes y Simples Delitos contra las Personas”*. Por otra parte, el tipo culposo del art. 490 dispone que *“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas...”*⁵⁹. De esta manera, en principio parecería que el delito del art. 403 bis es un delito contra las personas, y que por ende, atendida la referencia que hacen los art. 490 y 492 del C.P., también admitiría culpa.

No obstante, es indudable que el tipo penal del **art. 403 bis inciso 1°, atendida la pena que impone** (prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales) es **una falta. Los art. 490 y 492 exige que, de mediar malicia, el hecho sea constitutivo de un crimen o simple delito, requisito que no se cumple en este caso, por lo que la falta del art. 403 bis inc. 1° sólo admite dolo.**

En el caso de la figura calificada del art. 403 bis inc. 2°, no es aplicable el argumento anterior, puesto que tiene asignada una pena de simple delito. En este caso es discutible la posibilidad de que el tipo admita la culpa. Algunos

⁵⁹

Una fórmula muy similar utiliza el tipo penal del art. 492 del Código Penal.

argumentos que podrían utilizarse eventualmente para excluir la posibilidad de una comisión culposa son:

- Historia de la ley:
 - La entonces Jefa de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia, señora Francisca Werth, manifestó (ante la preocupación del diputado Soto de que el tipo penal pudiera tener una aplicación excesiva) *“para configurar dicho tipo penal, **siempre será necesario que exista dolo**, lo que por ende excluye otras circunstancias accidentales”*⁶⁰.
 - Al exponer su opinión frente a la Comisión Especial del Senado, el representante de Unicef criticó que *“El delito de maltrato actualmente en tramitación, no incluye el descuido o la negligencia como forma de maltrato hacia los niños y niñas”*⁶¹. Atendido que en esa instancia (2° trámite constitucional) el texto del tipo penal era muy similar al texto final del art. 403 bis, y que no se realizó ninguna añadidura para indicar que el tipo se puede realizar culposamente, se puede razonar que el art. 403 bis inc. 2° no admite comisión mediante culpa.
- El delito en análisis corresponde a un tipo subsidiario de todos los tipos de lesiones, que el legislador decidió tipificar sólo en hipótesis muy calificadas, consistentes en que se realice en contra de personas especialmente vulnerables. La pena del art. 403 bis inc. 2° (doloso) es de presidio menor en su grado mínimo. Si el delito se pudiera cometer culposamente, le correspondería una pena casi equivalente de conformidad al art. 490 N°2 (reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, siendo la pena del cuasidelito más baja solo por la posibilidad de imponer la pena alternativa de multa). Ello parece ser un indicio de que el objetivo del legislador era sólo tipificar esta conducta cuando se realiza en forma dolosa, pues de lo contrario se habría intentado establecer un mayor equilibrio entre las penas de la conducta dolosa y la de la conducta culposa.

f) La figura básica del inciso 1° es una falta

⁶⁰ Intervención de Francisca Werth, Jefe de la Unidad de Coordinación y Estudios del Ministerio de Justicia en el Primer Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados, p. 56. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁶¹ Exposición del Oficial de Protección de UNICEF Chile, señor Anuar Quesille, ante la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes. Disponible en:
Segundo Trámite Constitucional, p. 17.
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

El maltrato corporal relevante cometido por quien no tiene un deber especial de cuidado –tipificado en el inc. 1° del art. 403 bis - tiene una pena de “*prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales*”. Así, en primer lugar cabe destacar que se prevén dos penas alternativas, pudiendo el juez imponer cualquiera de ellas. En segundo lugar, es importante destacar que, conforme a los arts. 21 (escala general de penas) y 25 del Código Penal, las penas previstas en esta norma son penas de **faltas**. De ello se derivan –como es sabido- una serie de efectos en relación al ilícito del inciso 1°, algunos de los cuáles se ejemplifican a continuación:

- La acción penal (art. 94) y la pena (art. 97) prescriben en un plazo de 6 meses.
- Si el fiscal pide pena de prisión corresponde aplicar el procedimiento simplificado (art. 388 C.P.P.), si pide pena de multa debe aplicarse el procedimiento monitorio (art. 392 C.P.P.)
- Sólo se castiga si está consumado (art. 9 C.P.)
- El encubrimiento es atípico (art. 17 C.P.)
- La complicidad se castiga con la mitad de la pena que corresponde al autor (art. 498 C.P.)
- Su comisión no interrumpe la prescripción de la acción penal o de la pena (relativas a otro ilícito) que esté corriendo.
- La condena por este ilícito no implica el quebrantamiento de una pena sustitutiva que se está cumpliendo ni da lugar a la revocación de la misma.

II.2) Modificaciones a los art. 400 y 494 N°5 del Código Penal y la subsidiariedad del delito de maltrato corporal relevante respecto de los delitos de lesiones.

Para examinar cómo se interrelacionan el nuevo delito de maltrato del art. 403 bis con los delitos de lesiones, es necesario tratar primeramente dos modificaciones que efectuó la ley 21.013 en las penas de los delitos de lesiones:

a) Modificación al art. 400 del Código Penal

El art. 1° N°4 de la ley 21.013 añadió un nuevo inciso final al art. 400 del Código Penal. A continuación se copia el art. 400 del C.P. con el inciso agregado en negritas:

“Si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de alguna de las personas que menciona el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, o con cualquiera de las circunstancias Segunda, Tercera o Cuarta del número 1° del artículo 391 de este Código, las penas se aumentarán en un grado.

Asimismo, si los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo se ejecutan en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, por

quienes tengan encomendado su cuidado, la pena señalada para el delito se aumentará en un grado”

Se observa entonces que la modificación legal pretende ampliar el ámbito de aplicación de la agravante especial del art. 400 a algunos delitos de lesiones. En concreto, debe tenerse presente respecto de esta modificación:

- **Ámbito de aplicación del nuevo inciso 2° del art. 400:** la norma circunscribe su aplicación a ***“los hechos a que se refieren los artículos anteriores de este párrafo”***. El párrafo en el cual está inserta la norma es el párrafo III (llamado “Lesiones corporales”) del título VIII del Código Penal. Por ende, ***esta ampliación de la agravante sólo es aplicable a los delitos de los art. 395, 396, 397, 398 y 399 del Código Penal, cuando se cometan en contra de las personas señaladas en la norma.*** Por el contrario, no es aplicable a delitos tipificados en otros párrafos del mismo título VIII (por ejemplo, el homicidio, o el nuevo delito de maltrato corporal del art. 403 bis), ni tampoco es aplicable a los hechos tipificados en los artículos del párrafo III que son posteriores al art. 400 (artículos 401 a 403 del Código Penal).
- Para que se aplique esta agravante las lesiones deber ser cometidas en contra de ***“un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad”***. A pesar de que la tipificación de los sujetos pasivos es ligeramente diferente a la que usa el art. 403 bis del C.P., una interpretación coherente y sistemática de los delitos de lesiones sólo puede llevar a concluir que las personas protegidas por ambas normas son las mismas. ***Por ende, todo lo señalado en el acápite respecto del sujeto pasivo del art. 403 bis es aplicable en este ámbito.*** Ello implica, por ejemplo, que para que proceda la agravante del art. 400 en un caso de lesiones menos graves cometidas en contra de un discapacitado, es necesario que el sujeto pasivo esté inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad del Registro Civil.
- La agravante del art. 400 inciso 2° sólo procederá si las lesiones cometidas en contra del menor de edad, adulto mayor o discapacitado son cometidas por ***quienes tengan encomendado su cuidado.*** De esta manera, si un sujeto que va caminando por la calle se trenza en una pelea con un adulto mayor desconocido y le causa lesiones menos graves, no le es aplicable la agravante. No obstante, el inciso 1° del art. 400 ya contemplaba la agravante cuando las lesiones se cometían en contra de una de las personas del art. 5° de la ley 20.066. Consideremos ahora que el art. 5° citado, en su inc. 2°, prescribe a su vez que ***“También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”***. Podemos concluir entonces que la agravante del art. 400 ya era aplicable a

las lesiones contra menores, adultos mayores y discapacitados cuándo éstas eran cometidas por un integrante del grupo familiar en contra de una de éstas personas vulnerables que estuviera bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes de la familia. Por su parte, el inciso 2° del art. 400 parece ser más restringido, puesto que exige que el sujeto activo tenga directamente el cuidado del sujeto pasivo (y no que lo tenga cualquier integrante del grupo familiar, como prescribe el art. 5°). De este modo, parece que el inciso 2° responde a un error legislativo, atendido que los parlamentarios no se percataron de que la agravante del art. 400, en su inc. 1°, ya contemplaba las hipótesis “agregadas” en el inciso 2°, por la vía de su remisión al art. 5° de la ley 20.066.

b) Modificación al art. 494 N°5 del Código Penal

El art. 1° N°6 de la ley 21.013 modifica el art. 494 N°5. A continuación se reproduce el artículo con el texto añadido en negritas:

*“El que causare lesiones leves, entendiéndose por tales las que, en concepto del tribunal, no se hallaren comprendidas en el art. 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho. En ningún caso el tribunal podrá calificar como leves las lesiones cometidas en contra de las personas mencionadas en el artículo 5° de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, **ni aquéllas cometidas en contra de las personas a que se refiere el inciso primero del artículo 403 bis de este Código**”.*

Así, las lesiones cometidas en contra de los niños, niñas o adolescentes menores de dieciocho años, adultos mayores o discapacitados en los términos de la ley N° 20.422, nunca podrán ser consideradas como leves, y serán al menos lesiones menos graves del art. 399 del Código Penal. Sobre los alcances de esta modificación, cabe tener presente que:

- Al ser los sujetos pasivos los mismos del art. 403 bis, le es aplicable a esta norma todo lo señalado en esta minuta respecto de los sujetos pasivos del maltrato corporal relevante. Por ende, las lesiones que se cometan en contra de un sujeto que el Ministerio Público alegue que es discapacitado, pero que no está inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad del Registro Civil, si podrán ser calificadas como lesiones leves del art. 494 N°5.
- A diferencia de lo que se señaló respecto de la modificación del art. 400 del C.P., en la modificación del art. 494 N°5 el legislador no exigió que el sujeto activo tenga un deber de cuidado respecto del sujeto pasivo. Por ende, a pesar de que el art. 494 N°5 ya contenía una referencia al art. 5° de la ley 20.066 –por la cual las lesiones contra menores, adultos mayores y discapacitados pertenecientes al grupo familiar por parte de un integrante del mismo no podían ser calificadas como leves- la modificación amplía esta exclusión a cualquier lesión causada a una persona pertenecientes a estas categorías de vulnerabilidad, sin importar la relación que tengan con

el agresor. Por lo tanto, la cachetada propinada a un adulto mayor de 80 años de edad por un desconocido, causándole una erosión de piel constatada en el DAU respectivo, no puede ser calificada como lesión leve, sino que será al menos una lesión menos grave.

- Por último, cabe señalar que, al igual que sucede con las personas comprendidas en el art. 5° de la ley 20.066, se pueden plantear problemas de non bis in ídem en las lesiones cometidas en contra de las personas vulnerables referidas. Tal como se ha venido interpretando en forma prácticamente unánime por la jurisprudencia respecto de las personas del art. 5° de la ley de VIF, en este caso, si a pesar de su escasa entidad, las lesiones cometidas en contra de una persona vulnerable (por ejemplo, un menor) se califican como menos graves en lugar de leves producto de la calidad de la víctima (conforme a la ampliación del art. 494 N°5), entonces no se puede aplicar, justificándose nuevamente en la calidad de la víctima, la agravante calificada del art. 400 inciso 2° del Código Penal. Así, la cachetada propinada al adulto mayor de 80 años que causa erosión de piel será calificada como lesión menos grave, pero no se aplicará la agravante calificada del art. 400, aunque el agresor tenga un deber de cuidado sobre la víctima.

c) Subsidiariedad del delito de maltrato corporal relevante respecto de los delitos de lesiones

El tipo penal de maltrato corporal relevante del art. 403 bis –en ambos incisos- constituye una figura residual respecto de los delitos de lesiones. Por ende, siempre que hay lesiones, hay también aparentemente un maltrato corporal; de igual forma a que siempre que hay homicidio hay también aparentemente lesiones. Este concurso aparente de leyes penales se resuelve por el principio de consunción, absorbiendo el desvalor del delito más grave (lesiones) al desvalor del menos grave (maltrato). Ello quedó claro tanto en la redacción del tipo penal como en la historia de la ley.

El inciso 1° del art. 403 bis, tras señalar cuál es la pena que corresponde al ilícito, señala que esta se aplicará *“salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad”*. Con mayor claridad todavía, el inciso 2°, tras formular la pena, indica que esta se impondrá *“salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”*. Por consiguiente, el legislador, para evitar discusiones interpretativas, optó por zanjar expresamente la aplicación de una regla de efectos equivalentes a un concurso aparente por consunción: el tipo penal residual del art. 403 bis se aplica solamente cuando la conducta no es constitutiva de un delito de mayor gravedad (habitualmente, lesiones). Más aún, la fórmula referida que utilizó el legislador en el art. 403 bis es la misma que usa el art. 14 de la ley 20.066 al

definir el maltrato habitual⁶², que se ha aplicado en la práctica de la manera indicada (en subsidio del delito de lesiones, y entrando en concurso aparente con éstas).

Por otra parte, la historia de la ley confirma el carácter residual del delito del art. 403 bis respecto del delito de lesiones:

- El diputado Chahín señaló que *“Cuando el maltrato genera efectos físicos y, por lo tanto, se configura el delito de lesiones, el tipo penal es agravado. En otras palabras, se extiende el tipo penal para que, por una parte, se configure el delito de lesiones, y por otro, se tipifique la conducta de maltrato sin lesiones, que es de menor gravedad. Con todo, cuando se llega a lesionar a un adulto mayor, a un menor o a una persona con discapacidad, se aplican las figuras de lesiones, o si existe resultado de muerte, las de homicidio”*⁶³.
- El representante del MINJU indicó en el Senado que *“El ilícito en comento considera al maltrato corporal como una figura residual dentro de los delitos contra la integridad física, que no requiere como resultado para su configuración una lesión visible u ostensible en la persona de la víctima”*⁶⁴.

Ahora bien, ¿Cómo funcionará el concurso aparente entre los delitos de maltrato del art. 403 bis y el delito de lesiones? Atendido que las lesiones cometidas en contra de los sujetos pasivos del delito del art. 403 bis no pueden ser calificadas nunca como leves – en conformidad con la modificación referida al art. 494 N°5 - éstas serán, en el caso de ser de baja intensidad, calificadas como lesiones menos graves. En el siguiente cuadro se comparan las penas entre el delito de maltrato del art. 403 bis y el delito de lesiones menos graves cometidos en contra de menores, adultos mayores o discapacitados:

Sujeto pasivo vulnerable (adultos mayores, menores y discapacitados)	Delito	
	Maltrato corporal relevante del 403 bis (no hay lesiones)	Lesiones menos graves

⁶² El art. 14 citado, en su inciso 1°, prescribe que *“El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5º de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, 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 éste”*.

⁶³ Intervención del Diputado Fuad Chaín en el Primer Trámite Constitucional, Discusión en la Sala de la Cámara de Diputados, p. 81. Disponible en:
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁶⁴ Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 64. Disponible en:
http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

Sujeto activo NO TIENE DEBER DE CUIDADO del sujeto pasivo	Prisión en cualquiera de sus grados o multa de 1 a 4 UTM (art. 403 bis inc. 1°)	Presidio menor en sus grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM (art. 399)
Sujeto activo TIENE DEBER DE CUIDADO del sujeto pasivo	Presidio menor en su grado mínimo. (art. 403 bis inc. 2°)	Presidio menor en su grado medio (art. 399 + agravante art. 400)

En consecuencia, siempre que se produzcan lesiones constatables a causa del maltrato a personas vulnerables del art. 403 bis, éstas serán calificadas al menos como lesiones menos graves del art. 399, y, en este caso, la pena que corresponde imponer es la del delito de lesiones, la cual absorberá a la del maltrato, sea que haya un deber de cuidado del sujeto activo respecto del sujeto pasivo, o sea que no exista ese deber de cuidado.

II.3) Trato degradante a personas vulnerables: art. 403 ter

En el nuevo párrafo 3 bis, titulado “Del maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad”, incorporado por la ley 21.013 al Título VIII del Libro II del Código Penal, una de las normas que se agregan es el nuevo art. 403 ter, que tipifica el trato degradante que se comete en contra de las mismas categorías de personas vulnerables descritas en el delito del art. 403 bis.

a) Texto del nuevo art. 403 ter

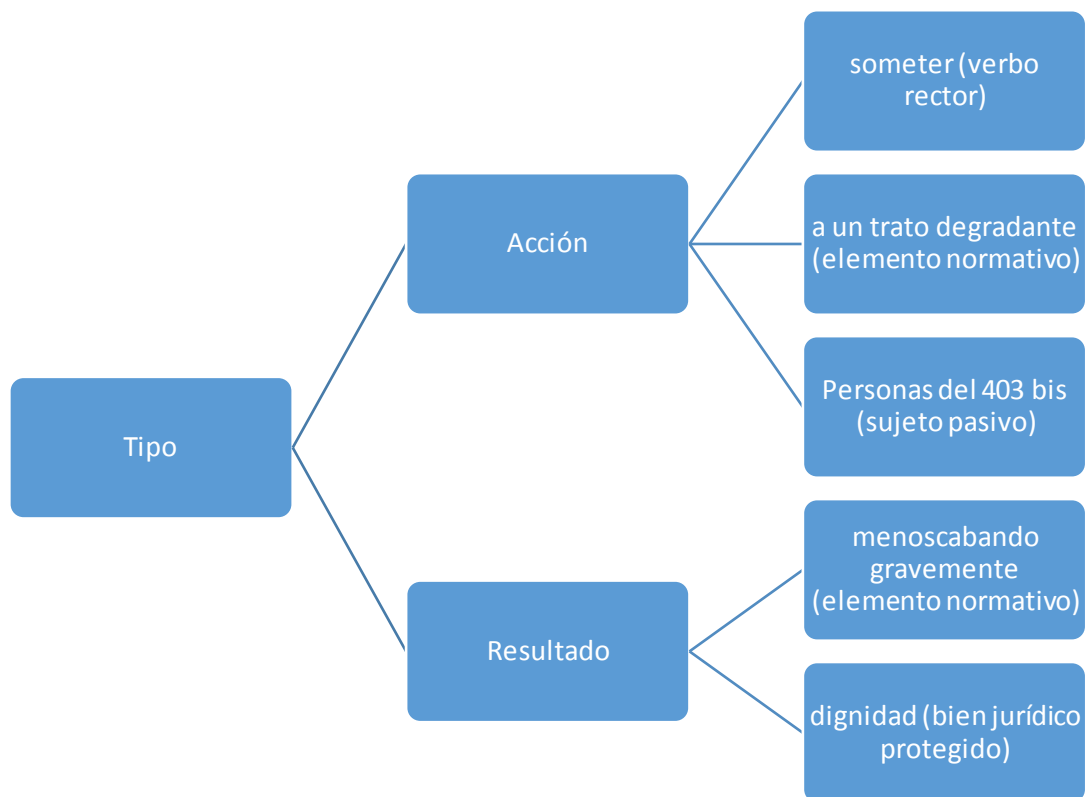
El art. 403 ter prescribe que:

*“Artículo 403 ter.- El que **sometiere** a una de las **personas referidas** en los incisos primero y segundo del artículo **403 bis** a un **trato degradante**, **menoscabando gravemente su dignidad**, será sancionado con la pena de **presidio menor en su grado mínimo**”.*

Las características del tipo que se desprenden inmediatamente de su redacción son:

- Se trata de un delito de resultado.
- La acción típica es *“someter a una de las personas referidas en el art. 403 bis (niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422) a un trato degradante”*
- El verbo rector es “someter”.
- El resultado que exige el tipo es *el menoscabo grave de la dignidad de la víctima*.
- El bien jurídico protegido es “la dignidad”.

El siguiente esquema grafica los elementos referidos del tipo:



Sin perjuicio de lo señalado, a primera vista puede concluirse que se trata de un tipo penal bastante indefinido. Con el objeto de facilitar la comprensión del mismo, se procede a hacer un análisis del origen de la norma, y de la historia de la ley en esta materia.

b) Origen del tipo penal del trato degradante: la distorsión de la norma durante la tramitación de la historia legislativa y la inspiración del texto actual de la norma en el Código Penal español

La redacción del tipo penal previsto en el art. 403 ter tuvo importantes cambios durante la tramitación parlamentaria, que podrían incidir en la interpretación de la norma. Durante el avance del proyecto se observa cómo el tipo penal se va despojando de la mayoría de los elementos que le otorgaban relevancia penal. A continuación se examinan las principales propuestas que hubo para la tipificación de este delito.

El texto evacuado por la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, tipificaba este delito en el art. 403 quáter, y prescribía lo siguiente:

*“Art. 403 quáter. El que **habitualmente incurriere en maltrato o violencia síquica** en contra de alguna de las personas señaladas en el artículo*

anterior, teniendo un **deber especial de cuidado**, sea en razón de la ley, resolución judicial o dada su profesión u oficio, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

Se entenderá por **violencia síquica todo trato denigrante cometido con la intención de menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima**.

Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima, de aquellas señaladas en el inciso primero del artículo anterior. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria⁶⁵.

Las principales diferencias entre este texto y el art. 403 ter vigente son:

- La conducta tipificada era el “incurrir en maltrato o violencia síquica”, definiéndose esta última como “trato denigrante cometido con la intención de menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima”. **El objetivo del tipo era tipificar el maltrato síquico extrafamiliar**, por contraposición al maltrato corporal extrafamiliar que se tipificó en el art. 403 bis. A diferencia del texto actual del art. 403 ter, el texto emanado de la Cámara era un delito de acción, exigiéndose sólo que el sujeto activo tuviera la “intención” de menoscabar la integridad moral de la víctima, pero sin exigir un menoscabo efectivo.
- Se exigía expresamente la habitualidad como requisito del tipo.
- Se exigía que el sujeto activo tuviera un deber de cuidado respecto del sujeto pasivo, de forma similar al delito del art. 403 bis inciso 2°.

En el segundo trámite constitucional, en el Senado, el Ejecutivo presentó la indicación 42 bis, que tenía por objeto tipificar el maltrato síquico en el art. 403 ter, con el siguiente texto:

*“El que de **manera habitual maltratare síquicamente** a una de las personas referidas en el inciso primero del artículo 403 bis, sometiéndola a un **trato cruel y vejatorio**, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo”⁶⁶.*

Se aprecia, de este modo, que la indicación del ejecutivo eliminaba como requisito del tipo el deber de cuidado del sujeto activo respecto del sujeto pasivo.

⁶⁵ Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados, Oficio de Cámara Origen a Cámara Revisora, p. 124. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_97a978f7f673873b5be76ea82493098e.pdf

⁶⁶ Segundo Trámite Constitucional, Senado, Boletín de Indicaciones del 31 de agosto de 2016, pág. 44. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

Por otra parte, mantiene la exigencia de “habitualidad”, y exige, en lugar de un trato degradante, un trato “cruel y vejatorio”.

Sin embargo, debido a la reticencia de los senadores a incluir el requisito de “habitualidad”, el representante del Ministerio de Justicia propuso el siguiente texto, que fue precisamente el texto evacuado por el Senado en 2° trámite constitucional:

*“Art. 403 ter. El que **infligiere** a una de las personas referidas en el inciso primero del artículo 403 bis un **trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad**, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.”*

La justificación que entregó el funcionario aludido para proponer este texto - que como se observa sólo se diferencia del texto actual del art. 403 ter en el verbo rector que utiliza- es la siguiente:

“La anterior fórmula de texto, agregó, se estructura en base a lo dispuesto en el artículo 173 del Código Penal Español, el que contempla, en su inciso primero, como delito autónomo, a los tratos degradantes, asumiendo como bien jurídico protegido a la dignidad humana propiamente tal o la integridad moral del sujeto pasivo.

Asimismo, añadió, dicha propuesta es concordante con la conceptualización que hace al respecto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que identifica en niveles de reprochabilidad distintos a los tratos crueles e inhumanos (o vejatorios), por una parte, y a los tratos degradantes, por otra, siendo estos últimos de menor entidad que los primeros. En consecuencia, explicó que sería un error conceptual mezclar ambas categorías, de ahí que la propuesta en referencia haga alusión sólo a los segundos.

Posteriormente, señaló que la redacción sugerida, además, recoge elementos del proyecto de ley presentado por los Honorables Senadores⁶⁷.

De este modo, se eliminó la habitualidad como elemento del tipo. No obstante, la Cámara de Diputados, al examinar el texto aprobado por el Senado en 3° trámite constitucional, se percató de la escasa lesividad de la conducta tipificada, y rechazó las modificaciones introducidas por el Senado, por lo que la norma pasó a la Comisión Mixta.

En la Comisión Mixta, ante las críticas efectuadas a la norma, el representante del MINJU propuso el texto actual del art. 403 ter, el cual, como se señaló, es en lo medular idéntico al texto evacuado por el Senado, con la diferencia de que se cambia el verbo rector “infligir” por “someter”. La razón de esta modificación fue explicada por el diputado Ceroni, quien explicó que el verbo someter implicaba una conducta de mayor intensidad. En concreto *“respaldó el*

⁶⁷ Intervención de Ignacio Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes., p. 73. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

*cambio de verbo rector efectuado, en tanto la expresión infligir significa irrogar algún tipo de daño en otro, mientras que el término someter alude a efectuar alguna clase de acción sobre otro, siendo esto último mucho más pertinente en lo referente a la tipificación del delito de trato degradante, en tanto ser una acción que, precisamente, pretende menoscabar gravemente la dignidad de la víctima*⁶⁸.

c) Elementos del tipo penal

Sin perjuicio de que, a diferencia de lo que sucedió con el art. 403 bis, el fallo citado del T.C. no efectuó un análisis sobre si el art. 403 ter se ajustaba o no al principio de legalidad, la indefinición de algunos de los elementos normativos contenidos en este tipo penal no pasó inadvertida durante la tramitación legislativa⁶⁹. Incluso el representante del Ministerio público, el Fiscal Regional Metropolitano Norte, Andrés Montes, se refirió a la indeterminación de este tipo penal⁷⁰, indicando que ***“la referencia a “todo trato denigrante” pareciera ser una expresión demasiado genérica a la hora de regular el particular. Y en segundo término, agregó, el establecimiento de un elemento subjetivo para la configuración del tipo penal, consistente en la “intención de menoscabar gravemente la integridad moral de la víctima”, genera un marco probatorio complejo a este respecto, que pudiese escapar a lo acreditable mediante evidencias externas al sujeto activo del delito. Lo anterior, resaltó, en virtud de que en sede penal los hechos deben probarse más allá de toda duda razonable, situación que se complejiza aún más cuando ciertos tribunales interpretan dicho estándar probatorio como cercano a la certeza”***⁷¹.

Tratándose entonces de un tipo penal con un alto grado de indefinición, resulta útil recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español para obtener criterios que permitan delimitar el tipo, debido a la similitud entre el art. 403 bis y la norma española en que éste se inspira, correspondiente al art. 173 N°1, inciso 1° del Código Penal. El art. 173 N°1 inciso primero del C.P. español prescribe que:

⁶⁸ Intervención del Diputado Guillermo Ceroni en la Comisión Mixta, Informe Comisión Mixta, p. 18. Disponible en:

http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_7909ef0b620eb84b2edd1a5d09df5945.pdf

⁶⁹ De este modo, considerando la indefinición de elementos normativos tales como “trato degradante” y “dignidad”, es posible argumentar que el tipo penal del art. 403 ter es una ley penal en blanco.

⁷⁰ A esas alturas de la tramitación parlamentaria, el texto tentativo de la norma era similar al que fue finalmente aprobado, según se analizó en detalle en el capítulo anterior, por lo que la crítica del representante del Ministerio Público es aplicable también al texto definitivo del art. 403 ter.

⁷¹ Intervención del Fiscal Regional Metropolitano Centro Norte, Andrés Montes en Actas del Segundo Trámite Constitucional, Primer Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 12. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años”.

Las diferencias entre el art. 173 N°1 inc. 1° del C.P. español y el art. 403 ter del C.P. chileno son:

- Verbo rector: en España es *infligir*, en Chile *someter*. Tal como se explicó en el acápite anterior, *someter* tendría una entidad mayor a *infligir*.
- Sujeto pasivo: en España es abierto –otra persona-, en Chile sólo es delito el trato degradante de las personas vulnerables referidas en el art. 403 bis.
- Bien jurídico protegido: en España es la integridad moral, en Chile en cambio es la dignidad.

Por otra parte, resulta útil reproducir los incisos 2° y 3° del N°1 del art. 173 del C.P. español, pues se sancionan conductas similares al trato degradante, pero que no están comprendidas en éste:

“Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.

De la lectura de los incisos referidos, se desprende que el trato degradante del inciso 1° es tan grave – tiene la misma pena - como la reiteración de *actos hostiles o humillantes que supongan un grave acoso* cometido contra un inferior jerárquico en el ámbito laboral, y de la misma manera, es tan grave como los actos reiterados *hostiles o humillantes* cuya finalidad sea impedir el disfrute de una vivienda. Este análisis arroja un primer parámetro: no cualquier acto hostil o humillante constituye trato denigrante: el trato denigrante es equivalente en cuanto a su desvalor a actos hostiles o humillantes reiterados, y que supongan un grave acoso.

Uno de los fallos que mejor sistematiza la interpretación de los distintos elementos normativos presentes en el tipo penal del art. 173 N°1 es la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, Roj 2100/2013, dictada el 2 de abril de 2013⁷², el cual se utilizará en lo sucesivo para complementar la interpretación de la norma en análisis. A continuación se examinan los elementos del tipo:

⁷²

Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6711509/Prescripcion/20130520>

c.1) Someter

Ya se señaló que este verbo rector se incorporó en la Comisión Mixta, reemplazando al verbo infligir, que se había copiado de la norma española citada. El objetivo del reemplazo fue lograr un consenso entre la Cámara de Diputados – que consideraba muy amplio e indefinido el texto aprobado por el Senado - y los senadores, que insistían en la redacción que evacuaron en 2° trámite constitucional. A propuesta del Ejecutivo, se mantuvo el texto aprobado por el Senado, pero utilizando un verbo rector más exigente, que evitara la criminalización de conductas de baja lesividad⁷³.

La R.A.E. contempla 6 definiciones distintas del verbo “someter”, siendo las más idóneas en este ámbito la primera, que define el verbo en comentario como **“Sujetar, humillar a una persona, una tropa o una facción”**, la tercera, **“subordinar el juicio, decisión o afectos propios a los de otra persona”** y la sexta, que lo define como **“Hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción”**⁷⁴.

c.2) Trato degradante

El concepto de trato degradante no es novedoso en el derecho penal nacional. En efecto, el párrafo § IV del título III del Libro II del Código Penal trata **“De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”**, y contempla dos tipos penales que contienen el concepto de *trato degradante*, una figura simple en el art. 150 D, y un delito complejo en el art. 150 E. Ambos tipos penales fueron introducidos recientemente mediante la ley 20.968, publicada el 22 de noviembre de 2016, la cual **“tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes”**. Atendido que se trata de una modificación legal reciente, no hay mucha jurisprudencia que defina el concepto en análisis.

El art. 150 D inciso 1°, primer parte, prescribe que **“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 accesorias correspondientes”**.

La introducción del concepto de “tratos crueles, inhumanos y degradantes” respondió a un esfuerzo de Chile por adaptar su legislación a la terminología de la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, y la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura*, adoptada por la Organización de Estados Americanos, instrumentos, ambos, ratificados por Chile.

Conforme a la norma citada, es evidente que los tratos “crueles, inhumanos y degradantes” tienen una entidad inferior a la tortura (*que no alcancen a constituir*

⁷³ Ver acápite anterior.

⁷⁴ Ambas definiciones disponibles en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=someter>

tortura...), sin embargo el legislador no nos da mayores parámetros para determinar que actos son constitutivos de estos “tratos”.

Una de las pocas fuentes que distingue con mayor claridad entre “tortura”, “tratos crueles o inhumanos” y “ultrajes a la dignidad” –viniendo a ser este último concepto asimilable al trato degradante, por referirse también a vulneraciones a la dignidad- es el Comité Internacional de la Cruz Roja, el cual afirma que *“Los diferentes términos que se usan para referirse a distintas formas de infligir malos tratos o causar dolor pueden explicarse del siguiente modo:*

- *Tortura: existencia de un propósito concreto, sumada al hecho de infligir sufrimiento o dolor graves en forma intencional.*
- *Tratos crueles o inhumanos: sin propósito concreto; se inflige un nivel considerable de sufrimiento o de dolor.*
- *Ultrajes a la dignidad personal: sin propósito concreto; **se inflige un nivel considerable de humillación o de degradación**”⁷⁵.*

La jurisprudencia nacional ha utilizado esporádicamente el concepto de “trato degradante”, principalmente en casos de apremios ilegítimos, identificando al trato degradante con un acto de carácter humillante que lesiona la dignidad de la víctima. Ejemplo de ello es el fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en causa rol 1920-2015, refiriéndose al registro a que fue sometida una persona que visitaba a una familiar en un recinto penitenciario por parte del personal de Gendarmería. En concreto, la sentencia señala que *“en caso alguno puede considerarse una actuación que, per se, respetó la dignidad de la fiscalizada, ya que según se acreditó ésta debió desnudarse a lo menos de la cintura hacia abajo, exhibir sus partes íntimas inclinada y pujar en reiteradas ocasiones, para luego extraerse la bolsa que contenía la sustancia, y según sus dichos no corroborados con otra prueba, mientras era amenazada con ser privada de libertad, no entregarle al niño que la acompañaba y hasta el verse sometida a exámenes médicos posteriores en búsqueda de más elementos, situación que según relató la “hizo sentir mal, la peor mujer, ser acusada en ese sentido, estar tiritona y ser objeto de palabreos”, lo que a nuestro juicio claramente da cuenta de un **trato degradante hacia su persona y que lesiona su dignidad provocándole la humillación** y sensación de envilecimiento que le estaba prohibido a la gendarme realizar”⁷⁶.*

⁷⁵ Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en:
<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/69tjvk.htm>

⁷⁶ Disponible en:
<https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/180797/index.do?r=AAAAAQAkHJhdG9zIGNyYWV5ZXMGaW5odW1hbm9zIGRlZ3JhZGFudGVzAQ>

Por otra parte, es evidente que los delitos de los art. 150 D y E tienen particularidades propias que los diferencian del delito del art. 403 ter. Estas diferencias tienen que ver principalmente con los sujetos activos y pasivos de los tipos penales en comento:

Delito	Sujeto activo	Sujeto pasivo
150 D y E	- Empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones - Particular en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste	Cualquier persona
403 ter	Cualquier persona	Solo personas vulnerables referidas en el art. 403 bis

No obstante, sin perjuicio de estas diferencias, el elemento normativo del tipo “trato degradante” es el mismo en todos los tipos penales en comento.

Muy útil en la interpretación de que debe entenderse por trato degradante es son los parámetros que ha definido en la materia el Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal, en la causa ya referida Roj 2100/2013. De partida, cabe señalar que el Tribunal reconoce expresamente la indefinición del concepto, señalando que *“En efecto, aun siendo cierto que **el criterio de la gravedad de la conducta degradante muestra un grado importante de relatividad e indeterminación que debilita la taxatividad que exige el principio de legalidad penal, sin embargo, para resolver y decidir sobre esa baremación de la gravedad de la conducta de los acusados ha de estarse a las pautas que marca la jurisprudencia, tanto en el ámbito internacional como en el interno de nuestro país**”*⁷⁷.

Ahora bien, ¿qué criterios ha sostenido la jurisprudencia europea y española en este ámbito? En primer lugar la sentencia se refiere a la jurisprudencia comunitaria, indicando que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos define el concepto de trato degradante como **“crear en las víctimas**

⁷⁷

STS Roj 2100/2013, pág. 6. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6711509/Prescripcion/20130520>

sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral " (SSTEDH de Irlanda c. el Reino Unido e Irlanda del Norte, de 18 de enero de 1978 ; caso Soering , c. Reino Unido de 7 de julio de 1989 ; caso Tomasi c. Francia, de 27 de agosto de 1992 ; caso Price c. Reino Unido e Irlanda del Norte, de 10 de julio de 2001). **Resulta, pues, relevante la creación en la víctima de una situación de envilecimiento y de humillación, y también la susceptibilidad de doblegar la resistencia física y moral de las víctimas. En estos casos se considera que concurre una violación del art. 3 del Convenio Europeo, que dice: " Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes"**⁷⁸.

Por su parte, el fallo cita también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en la materia, el cual **"afirma al respecto que los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE -Constitución española- (torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes) se caracterizan por la irrogación de "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejear y doblegar la voluntad del sujeto paciente " (SSTC 120/1990, de 27 de junio ; 57/1994, de 28 de febrero ; 196/2006, de 3 de julio ; y 34/2008, de 25 de febrero). Cada tipo de conducta prohibida se distingue por "la diferente intensidad del sufrimiento causado" en "una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante" (SSTC 137/1990, de 19 de julio ; 215/1994, de 14 de julio ; y 34/2008, de 25 de febrero), para cuya apreciación ha de concurrir "un umbral mínimo de severidad" (conforme a la SSTEDH caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982 ; y caso Castillo-Roberts c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993). Tales conductas constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" (STC 181/2004, de 2 de noviembre) "**⁷⁹.

De la sentencia aludida del T.C. español se aprecia que, a pesar de que el trato degradante tiene una *"intensidad menor"* en cuanto al sufrimiento causado que la tortura o los tratos inhumanos, para que una conducta constituya trato degradante se requiere imperativamente un *"umbral mínimo de severidad"* bastante elevado, que está constituido por un atentado *"frontal y radical"* a la dignidad humana, *"bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo"*

El fallo en comentario del Tribunal Supremo español, tras hacer suya la definición del TDDH, define luego cuales son los elementos que se derivan del concepto "trato degradante":

⁷⁸ Idem., p. 5.

⁷⁹ Idem., p. 5

“En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia de esta Sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral” (SSTS 1061/2009, de 26-10 ; 255/2011, de 6-4 ; y 255/2012, de 29-3 , entre otras).

“Por último, como elementos de este delito se han señalado los siguientes: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4)”⁸⁰.

Asimismo, además de indicar los elementos constitutivos referidos del concepto de “trato degradante”, la sentencia agregar algunos parámetros que permiten distinguir en la práctica si una conducta es constitutiva de trato degradante. Al respecto, la sentencia establece que:

“A este respecto, el TEDH establece en reiteradas sentencias que para sopesar la gravedad de un hecho susceptible de violar el art. 3 del Convenio Europeo ha de estarse al conjunto de las circunstancias de cada caso, entre las que cita” la duración de los malos tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima”

Al aplicar esos parámetros sobre la gravedad de los actos degradantes al supuesto que se juzga, resulta claro que se cumplimentan algunos de ellos. En efecto, ***la duración de los malos tratos por parte de Eulalio sobre las víctimas que tenía subordinadas se extendió por un periodo de tiempo que abarca desde el año 2002 hasta octubre del 2006***, según se recoge en la sentencia recurrida. Además, el sexo femenino de las víctimas tuvo, como alega el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso, una influencia importante en la conducta atentatoria de su superior, a tenor de las palabras que profería contra ellas y de algunos improperios que les dirigía con un contenido y un tono con connotaciones claramente “machistas”. ***Y por último, sobre la gravedad de los efectos generados por las vejaciones verbales y gestuales del referido acusado tampoco cabe albergar duda alguna, toda vez que les ocasionó lesiones psíquicas que tardaron en curar periodos de 386 días, 64 días y 122 días, teniendo que recibir tratamiento médico psiquiátrico para curar los padecimientos psíquicos que habían sufrido como consecuencia de los actos reiterados de su superior.***

A este respecto, la jurisprudencia de esta Sala tiene afirmado que la expresión “trato degradante” parece presuponer una cierta permanencia, o

⁸⁰

Idem., p. 6

al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría "trato" sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello. Por lo que hace referencia al resultado, se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma, y que se configura como 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. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (SSTs 1061/2009, de 26-10 ; y 629/2010, de 10-10)⁸¹.

Del citado pasaje de la sentencia se desprenden las siguientes características del tipo penal en análisis:

- **Parámetros para determinar si una conducta constituye trato degradante:** Son parámetros relevantes para determinar si una conducta cumple con el umbral mínimo de gravedad para constituir un trato degradante tanto la duración del período durante el cual se producen los malos tratos, como los efectos físicos y mentales que producen esos malos tratos en la víctima. Eventualmente, otras circunstancias, tales como el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima, pueden ser factores a considerar para determinar la gravedad de la conducta.
- El trato degradante **normalmente presupone una cierta permanencia**, o al menos repetición, del comportamiento degradante. **Excepcionalmente, puede estar constituido por un único acto**, pero siempre que éste, por su carácter **brutal, cruel o humillante**, encaje en el tipo penal.
- El ilícito es un **delito de resultado**, que **exige un menoscabo efectivo a la integridad moral**.
- El **bien jurídico protegido por la norma es la integridad moral**, la que se configura como 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. **El delito es un tipo residual de otros ilícitos más graves que vulneran otros bienes jurídicos en adición a la integridad moral**.

⁸¹

Ídem., p. 7 y 8.

- El tipo penal exige necesariamente dolo, por lo que no cabe un trato degradante cometido mediante culpa. En efecto, como señala la sentencia, “Se trata de someter a la víctima, **de forma intencionada**, a una situación degradante de humillación e indigna para la persona humana”.

c.3) Sujeto pasivo

El art. 403 ter comienza señalando que “**El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante...**”. Atendida la remisión que efectúa el art. 403 ter al art. 403 bis en lo que al sujeto pasivo del delito se refiere (pudiendo recaer el delito solamente sobre un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, una persona adulta mayor o una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422), es aplicable en este punto todo lo señalado en el capítulo II.1 letra d) de esta minuta, relativo a quienes pueden ser sujetos pasivos del delito del art. 403 bis.

c.4) Menoscabo grave.

Si bien este elemento es parte del resultado que exige el tipo penal – menoscabo grave a la dignidad- se interrelaciona con el elemento de la acción “trato degradante”. La importancia de este elemento del tipo es que no basta con que el trato degradante sea grave en sí mismo, sino que además éste debe causar efectivamente, en el caso concreto, un menoscabo grave a la dignidad de la víctima. Es factible señalar que algunos de los parámetros que el Tribunal Supremo español utiliza para determinar si la conducta ilícita es lo suficientemente grave para constituir trato denigrante –por ejemplo, los efectos físicos y mentales en la víctima- en realidad son baremos que debieran ser examinados en este acápite, para determinar si el menoscabo a la dignidad tiene la gravedad suficiente para que se produzca el resultado tipificado en la norma.

¿Qué podemos entender por menoscabo grave? La sentencia del Tribunal Supremo indica que en el caso que juzga “**Concurre así el desvalor de la acción: actos vejatorios reiterados que integran un trato degradante; y el del resultado: menoscabo grave de la integridad moral, al sufrir las víctimas sensaciones de dolor y sufrimiento psíquicos humillantes y envilecedores**”⁸². Podría entenderse entonces que para que se genere un menoscabo grave a la dignidad debe producirse un dolor y sufrimiento psíquico humillante y envilecedor.

c.5) Dignidad

Según ya se indicó, a diferencia del Código Penal español – que prevé como bien jurídico protegido por este tipo penal la “integridad moral” - el legislador nacional optó por considerar como bien jurídico protegido a la “dignidad”. Esta decisión del legislador es problemática, atendido que el concepto de dignidad tiene

⁸² Ídem., p. 8.

una indefinición mayor que el de integridad moral. En efecto, el mismo Tribunal Superior enfatiza que no deben confundirse ambos conceptos: ***“De todas formas, no cabe identificar la integridad moral con la dignidad humana ni considerar esta como el bien jurídico que autonomiza el tipo penal del art. 173. Pues, como tiene reiterado la doctrina, la dignidad humana, más que un bien jurídico diferenciado, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales”***⁸³.

Por contrapartida, ***“La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor”, consistente en “el derecho de la persona a no sufrir sensaciones de dolor o sufrimientos físicos o psíquicos humillantes, vejatorios o envilecedores”***⁸⁴.

La distinción referida tiene relevancia, si se sigue la doctrina de que sólo pueden tipificarse aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro concreto un bien jurídico determinado. En esta línea, es posible argüir que:

- i) Atendido que el tipo penal no protege un bien jurídico diferenciado – por ejemplo, la integridad moral - la norma en análisis vulnera el principio de legalidad, siendo inconstitucional. Se ha señalado en la doctrina que ***“al recurrir el art. 19 N°3 inciso 8° (de la Constitución) al concepto de “delito” se está refiriendo a la categoría dogmática correspondiente (otorgándole un contenido a dicha expresión, según el uso técnico de la misma), y si, por ejemplo, adoptamos para dicha interpretación el sistema de Bustos/Hormazábal, que considera como principio fundamental el que no puede existir un delito particular y determinado sin un bien jurídico preciso y concreto en cuya afectación se puede apreciar el valor de acto y de resultado (tipicidad y antijuridicidad), podremos incluir indirectamente el concepto de bien jurídico y decir, en consecuencia, que el principio de legalidad así lo impone”***⁸⁵.
- ii) Si se considerase que el tipo penal es constitucional, debiese entonces al menos interpretarse el concepto indeterminado de “dignidad” en forma restrictiva, asimilándola al concepto bastante más preciso de “integridad moral”, presente en la norma española que inspiró al art. 403 ter del Código Penal.

⁸³ Ídem., p. 5.

⁸⁴ Ídem., p. 5.

⁸⁵ Bustos/Hormazábal citado por Jean Pierre Matus en *“Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”*, p. 130. Disponible en: <http://universum.utalca.cl/contenido/index-96/matus.pdf>

d) Concursos con el delito de maltrato habitual de la ley 20.066

El delito de maltrato habitual tipifica “*El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las **personas referidas en el artículo 5° de esta ley** se sancionará con la pena de **presidio menor en su grado mínimo a medio**”*. Al comprender el ilícito citado también la violencia síquica, se pueden producir eventuales concursos con el delito del art. 403 ter, si es que el sujeto pasivo es uno de aquellos contemplados en el art. 5° de la ley de VIF.

En este sentido, basta con reproducir el mismo razonamiento expuesto latamente en relación a eventuales concursos del delito de maltrato corporal relevante con las normas de la ley 20.066⁸⁶. Aquí sólo se reproducen resumidamente las posibilidades de interpretación ya desarrolladas en esta materia:

- El delito del art. 403 ter nunca es aplicable a las personas comprendidas en el art. 5° de la ley de VIF, sino que sólo se aplica en el ámbito de la violencia “extrafamiliar”, en razón del principio de especialidad (si la violencia es intrafamiliar, el maltrato habitual desplaza al trato denigrante) y de la historia de la ley.
- Los argumentos para considerar aplicable este delito al ámbito de la violencia intrafamiliar serían que la ley no señala expresamente que no se aplica a familiares, y que eventualmente, hay situaciones de violencia síquica que no pueden encajar en el tipo de maltrato habitual –por ser situaciones únicas- pero que atendida su gravedad, si podrían constituir trato degradante, derivando estos casos en atípicos si la víctima fuera una de aquellas personas del art. 5° de la ley 20.066, y se considerase que estas personas no pueden ser sujetos pasivos del delito del art. 403 ter⁸⁷. No obstante, es importante tener presente que si se opta por esta interpretación, en aquellas situaciones en que se produzca un concurso de delitos –es decir, en que el hecho parezca ser constitutivo tanto de maltrato habitual como de trato degradante- necesariamente deben aplicarse las reglas del concurso aparente por subsunción, primando el maltrato habitual por ser mayor la pena asignada por la ley a ese delito⁸⁸.

II.4) Incorporación de nuevas penas en los delitos contra personas vulnerables

La ley 21.013 introdujo una serie de modificaciones al Código Penal y al Decreto Ley N°645 de 1925 del MINJU (sobre Registro General de Condenas, en

⁸⁶ Tema analizado en el capítulo II.1 letra d), ítem iv de esta minuta.

⁸⁷ El argumento se debilita si se considera que en todo caso el hecho constituiría una infracción en materia de familia, en conformidad a los art. 5°, 8° y 9° de la ley 20.066

⁸⁸ Evidentemente, si los hechos que constituyen el maltrato habitual son absolutamente diferenciados de aquellos que constituyen el trato degradante, puede haber también concurso material.

adelante R.G.C.), que tienen por objeto incorporar nuevas categorías de penas a los delitos cometidos en contra de personas vulnerables, con el objeto de otorgar una mayor protección a las víctimas de esos delitos.

En este acápite se examinan dos categorías de penas:

- a) Inhabilitación absoluta perpetua e inhabilitación absoluta temporal para ejercer los cargos contemplados en el art. 39 ter.
- b) Penas accesorias facultativas del art. 403 sexies.

A continuación se tratan ambas con detalle.

a) Inhabilitación absoluta perpetua e inhabilitación absoluta temporal para ejercer los cargos contemplados en el art. 39 ter.

En este capítulo se analizarán cuáles son las nuevas penas de inhabilitación que se introducen al Código Penal (modificaciones al art. 21 del C.P.), cuándo procede la imposición de estas penas (art. 403 quáter del C.P.), cuáles son los efectos de estas penas (art. 39 ter y 90 N°5 del C.P.), cómo se hace efectivo su cumplimiento (art. 403 quinquies), y finalmente se considerarán las modificaciones al Registro General de Condenas (en adelante, R.G.C.) que hacen posible el control de su ejecución.

Penas de Inhabilitación que se incorporan al Código Penal

La ley 21.013, en su art. 1° N°1, introdujo nuevas penas de inhabilitaciones en la Escala General de Penas del art. 21. En la escala de los crímenes se introdujeron las siguientes penas:

- **Inhabilitación absoluta perpetua** para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en **ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad**
- **Inhabilitación absoluta temporal** para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en **ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad**.

Ambas penas se diferencian solamente en que la primera es perpetua, mientras que la segunda es temporal

Por otra parte, en la escala de simples delitos se introdujo la segunda pena citada - **inhabilitación absoluta temporal** - respecto de los mismos cargos.

Ámbito de aplicación de las nuevas inhabilitaciones

El art. 403 quáter indica en qué casos deben imponerse estas penas: ***“El que cometiere cualquiera de los delitos contemplados en los párrafos 1, 3 y 3 bis del título VIII del libro II de este código, en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad, además será condenado a la pena de inhabilitación absoluta temporal para ejercer los cargos contemplados en el artículo 39 ter, en cualquiera de sus grados. En caso de reincidencia en delitos de la misma especie, el juez podrá imponer la inhabilitación absoluta con el carácter de perpetua”.***

Primeramente la norma establece a qué delitos son aplicables estas penas. En la tabla que se exhibe a continuación se puede apreciar la lista de delitos que dan lugar a estas inhabilitaciones:

Delitos que abarca la pena accesoria	
Párrafo 1 del título VIII del libro II del Código Penal	Art. 390 CP: Parricidio Art. 391 CP N°1: Homicidio Calificado Art. 391 CP N°2: Homicidio simple Art. 392 CP: Homicidio en riña Art. 393 CP: Auxilio al suicidio
Párrafo 3 del título VIII del libro II del Código Penal	Art. 395 CP: Castración Art. 396 CP: Mutilaciones Art. 397 N°1 CP: Lesiones graves gravísimas Art. 397 CP N°2: Lesiones simplemente graves Art. 399 CP: Lesiones menos graves

Párrafo 3 bis del título VIII del libro II del Código Penal	Art. 403 bis CP: Maltrato corporal relevante Art. 403 ter CP: Trato degradante

A continuación, la norma aclara que **las penas de inhabilitación sólo se puede imponer cuando algunos de los delitos de la lista indicada se comete en contra de personas que pertenecen a una de las categorías de personas vulnerables que son objeto de protección de esta ley: en contra de un menor de dieciocho años de edad, adulto mayor o persona en situación de discapacidad⁸⁹**. Por ende, procederá imponer estas penas a quien mata a un menor de edad, pero no a quien mata a un joven de 20 años de edad no discapacitado.

Por otra parte, **las penas de inhabilitación en análisis se imponen “además”** –es decir, sin perjuicio de- **la pena principal y otras penas accesorias que correspondan por el delito**.

Asimismo, cabe destacar que **la imposición de las penas de inhabilitación del art. 39 ter son imperativas para el tribunal**, cuando se trata de los delitos referidos y éstos son cometidos en contra de las personas indicadas, puesto que la norma utiliza la expresión **“será condenado”**.

Sin embargo, de ser la **primera condena por un delito de esta naturaleza, sólo se podrá imponer la pena de inhabilitación absoluta temporal**, en cualquiera de sus grados. En caso de **reincidencia**, el juez **puede** –es facultativo– imponer la **inhabilitación absoluta perpetua**. Es importante tener en consideración que para que haya reincidencia en esta materia no basta que haya cometido alguno de los delitos comprendido en el art. 403 quáter, sino que además el delito anterior debe haberse cometido también en contra una de las personas vulnerables mencionadas en esa norma. Ello se desprende necesariamente del ámbito de protección de la norma, cuyo objeto es precisamente otorgar un estatuto de protección especial a esas personas vulnerables. Una interpretación en sentido contrario permitiría imponer la pena de inhabilitación absoluta perpetua para trabajar con personas vulnerables a un sujeto que lesionó levemente (erosión de piel) en una pelea callejera a un sujeto

⁸⁹ Para determinar quién debe considerarse incorporado en estas categorías, ver capítulo II.1 letra d) de esta minuta.

fornido, y que tres años después es condenado por la falta de maltrato corporal, lo que parece desproporcionado.

Efectos de las nuevas penas de inhabilitación

Si bien los efectos de las inhabilitaciones en comento se desprenden de su nombre –tal como fueron incorporadas al art. 21- sus efectos se regulan en forma más detallada en el art. 39 ter del C.P., el cual dispone que:

Artículo 39 ter. La pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad, prevista en el artículo 403 quáter de este código, produce:

1º. La privación de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga el condenado, ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con las personas mencionadas en el inciso primero de este artículo.

2º. La incapacidad para obtener los cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua, y por el tiempo de la condena cuando es temporal.

La pena de inhabilitación absoluta temporal de que trata este artículo tiene una extensión de tres años y un día a diez años y es divisible en la misma forma que las penas de inhabilitación absoluta y especial temporales."

Por ende, la pena de inhabilitación tiene un doble efecto:

- Privación: si el sujeto ya está ejerciendo un trabajo en uno de los ámbitos citados al momento de la condena, lo pierde.
- Incapacidad para obtener trabajo: si no ejerce un trabajo en esos ámbitos al momento de la condena, no puede hacerlo con posterioridad a ella, mientras dure la pena de inhabilitación.

Los trabajos que el condenado no puede ejercer comprenden tres ámbitos diferentes:

- Trabajos ligados al ámbito educacional
- Trabajos ligados al ámbito de la salud
- Trabajos que **involucren una relación directa y habitual con las personas vulnerables definidas en el art. 403 quáter.**

Evidentemente es esta última categoría la que plantea más problemas interpretativos. Con el objeto de evitar una extensión desmedida de los empleos afectados por las penas de inhabilitación en análisis, se decidió incorporar el

concepto de “relación directa y habitual” para definir los empleos comprendidos. El senador Walker apoyó la inclusión de ese concepto, argumentando que *“de no utilizarse tal concepto, la pena impediría al sujeto trabajar en prácticamente cualquier área, en virtud de que la mera presencia de menores o de algún sujeto pasivo que se pretende proteger del condenado en las distintas áreas laborales es prácticamente imposible de evitar”*.⁹⁰ **La norma exige copulativamente que la relación con las personas vulnerables en el empleo sea directa y habitual: si falta uno de los dos requisitos, el trabajo en cuestión no se ve afectado por la inhabilitación.** Ciertamente, las penas en análisis no impiden que el condenado continúe trabajando ni adquiera un trabajo que implique una relación indirecta u ocasional con los sujetos vulnerables del art. 403 quáter.

Finalmente, en lo que a efectos de estas penas se refiere, la ley 21.013, modificó el art. 90 N°5 del C.P., el cual tras la modificación prescribe lo siguiente: ***“El inhabilitado para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares o para cargos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales, de la salud o que involucren una relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad, que los ejerciere, cuando el hecho no constituya un delito especial, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”***. De esta manera, el ejercicio de los empleos por personas que están sujetas a estas inhabilitaciones constituye delito de quebrantamiento del art. 90 N°5 del C.P.

El siguiente cuadro comparativo resume los efectos de las penas de inhabilitación analizados en este capítulo:

Actividades que afecta la norma:	Ejercidas en los siguientes ámbitos:	Sujetos objeto de protección penal	Efecto que produce la inhabilitación temporal o perpetua
- Cargos, - Empleos, - Oficios o profesiones	- Educación - Salud - Trabajos que involucren una relación directa y habitual con los sujetos objeto de protección penal	-Menores de dieciocho años de edad -Adultos mayores - Personas en situación de discapacidad	1º. La privación de trabajo en los ámbitos señalados 2º. La incapacidad para obtener trabajo en los ámbitos señalados

⁹⁰

Intervención del Senador Patricio Walker en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado encargada de tramitar proyectos de ley relacionados con los niños, niñas y adolescentes, p. 57. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

¿Cómo se hacen efectivas estas inhabilitaciones?

Mediante su inscripción en una sección especial del R.G.C. El nuevo art. 403 quinquies del C.P. dispone que *“Las condenas dictadas en virtud del artículo anterior deberán inscribirse en la respectiva sección del Registro General de Condenas, establecido en el decreto ley N° 645, de 1925, del Ministerio de Justicia, sobre el Registro General de Condenas”*.

Modificaciones al R.G.C. que hacen posible el control de la ejecución de estas penas

Conforme al art. 3° del D.L. 645, *“en el prontuario respectivo se inscribirán todas las sentencias condenatorias definitivas y ejecutoriadas por delitos y simples delitos, así como por las faltas a que se refieren los artículos 494, N° 19, 494 bis y 495, N° 21, del Código Penal”*.

La ley 21.013, mediante su art. 3°, introdujo modificaciones al art. 1° inciso 3° del D.L. 645, con el objeto de crear una sección especial para las condenas por delitos contra las personas que traen aparejadas las penas de inhabilitaciones del art. 39 ter. El texto actual del inciso 3° referido prescribe que ***“Asimismo, el Registro tendrá dos secciones especiales, accesibles a través de medios electrónicos, servicio de internet u otros similares. La primera sección denominada “Inhabilitaciones impuestas por delitos de connotación sexual cometidos contra menores de edad” y, la segunda sección, llamada “Inhabilitaciones impuestas por delitos contra la vida, integridad física o psíquica de menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad”, en las cuales se registrarán todas las inhabilitaciones establecidas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, respectivamente y que hayan sido impuestas por sentencia ejecutoriada”***.

Anteriormente el R.G.C. solo contaba con una sección especial, destinada a incluir a todos quienes han sido condenados por delitos sexuales contra menores, en la cual se registraban las inhabilitaciones impuestas en condenas por esos delitos. Ahora, entonces, se agrega esta segunda sección especial.

Asimismo, la ley 21.013 introdujo modificaciones al art. 6 bis del D.L. 645. El texto actual de esa norma explica cómo funciona la nueva sección especial del registro. Las principales normas del D.L. 645 que regulan el funcionamiento de la sección especial son las siguientes:

- **Forma de inscripción**, se guiará por lo establecido en el art N°4 del decreto Ley 645 que señala: *“(…)los tribunales respectivos, dentro del tercero día en que quede ejecutoriada la sentencia certificada por el jefe de*

la unidad administrativa que tenga a su cargo la administración de causas del tribunal o, en el caso de los juzgados de policía local, condenatoria, remitirán al Gabinete Central de Identificación, copia íntegra de la sentencia autorizada por el secretario, acompañando, además, la fotografía e impresiones digitales que haya proporcionado el gabinete local de identificación en las partes donde existe este servicio.”

- **Quien puede solicitar la información:** Artículo N° 6 bis incisos 1° y 2°:

“Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar que se le informe o informarse por sí misma, **siempre que se identifique, si una persona se encuentra afecta a alguna de las inhabilitaciones** establecidas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal, **con el fin de contratar o designar** a una persona para algún **empleo**, cargo, oficio o profesión que involucre una **relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad**, o para cualquier otro fin similar.”

“Toda institución pública o privada que por la naturaleza de su objeto o el ámbito específico de su actividad requiera contratar o designar a una persona determinada para algún **empleo**, cargo, oficio o profesión que involucre una **relación directa y habitual con menores de dieciocho años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad deberá**, antes de efectuar dicha contratación o designación, **solicitar la información a que se refiere el inciso precedente.**”

- **Qué se informa:** Artículo N° 6 bis inciso 3° primera parte: “El Servicio de Registro Civil e Identificación se limitará a informar si a la fecha de la solicitud la persona por quien se consulta se encuentra afecta a alguna de las inhabilitaciones establecidas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal y omitirá proporcionar todo otro dato o antecedente que conste en el Registro. (...)”
- **Cómo se solicita:** Artículo N° 6 bis inciso 3° segunda parte: “(...) Para acceder a esta información, el solicitante deberá ingresar o suministrar el nombre y el número de Rol Único Nacional de la persona cuya consulta se efectúa. Un reglamento establecerá la forma y las demás condiciones en que será entregada la información.”
- **Mala utilización de la información:** Artículo N° 6 bis inciso 4°: “Si quien accediere al Registro utilizare la información contenida en él para fines distintos de los autorizados en el inciso primero será sancionado con multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, la que será impuesta por el juez de policía local del territorio en donde se hubiere cometido la infracción, en conformidad con la ley N° 18.287.”

- **Comunicación interna o a autoridades públicas no constituye mala utilización de la información:** Art. 6° bis inciso 5°: *“Se exceptúan de lo establecido en el inciso precedente las comunicaciones internas que los encargados de un establecimiento educacional o de salud, sus propietarios, sostenedores y profesionales de la educación o salud, realicen con el objeto de resolver si una persona puede o no prestar servicios en el mismo en razón de afectarle algunas de las inhabilitaciones previstas en los artículos 39 bis y 39 ter del Código Penal. Tampoco se aplicará a las informaciones que dichas personas o establecimientos deban dar a autoridades públicas”.*

b) Penas accesorias facultativas del art. 403 sexies.

La ley 21.013 introdujo un nuevo art. 403 sexies al Código Penal, el cual prescribe lo siguiente:

*“Además de las penas establecidas en los artículos anteriores, el juez podrá decretar, como **pena accesoria**, la asistencia a programas de rehabilitación para maltratadores o el cumplimiento de un servicio comunitario por el plazo que prudencialmente determine, el cual **no podrá exceder de sesenta días**, debiendo las instituciones respectivas dar cuenta sobre el cumplimiento efectivo de dichas penas ante el tribunal.*

*Asimismo, el juez podrá decretar, **como penas o medidas accesorias**, la prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de cuidado, trabajo o estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente; también, la prohibición de porte y tenencia y, en su caso, el comiso de armas de fuego; y, además, la asistencia obligatoria a programas de tratamiento para la rehabilitación del consumo problemático de drogas o alcohol, si ello corresponde”*

Breve análisis de la norma:

- **Ámbito de aplicación:** La norma comienza señalando *“Además de las penas establecidas en los artículos anteriores”*, frase que deja en la indefinición el ámbito en que el juez puede aplicar las penas accesorias contempladas en esta norma. Atendido el objeto de la ley – protección de ciertas personas vulnerables, esto es, menores de edad, adultos mayores y discapacitados - una posible interpretación es entender que las penas accesorias de este artículo pueden ser impuestas a sujetos condenados por delitos contra las personas del Título VIII del Libro II, siempre que estos delitos hayan sido cometido en contra de alguna de las personas vulnerables referidas. También podría entenderse que *“artículos anteriores”* se refiere solamente a las normas anteriores del mismo párrafo (y por ende, sólo a las normas del párrafo 3 bis, que sólo contempla los delitos de maltrato habitual y trato degradante), puesto que cuando el legislador quiso que las normas de la

ley 21.013 se aplicaran a otros párrafos del mismo título lo señaló expresamente, como sucede en el caso del art. 403 quáter.

- Imposición de estas penas es facultativa para el juez: ello se desprende del vocablo “podrá”, lo que diferencia a estas penas de la inhabilitación absoluta temporal, cuya imposición, en su caso, es imperativa. Para adoptar la decisión, el juez evidentemente deberá considerar la proporcionalidad de la pena con el delito.
- El inciso 1° contempla dos penas accesorias alternativas. Es decir, si el juez facultativamente decide imponer una pena accesoria, sólo puede imponer o la una o la otra, pero no ambas. Estas penas son:
 - la asistencia a programas de rehabilitación para maltratadores;
 - cumplimiento de un servicio comunitario por el plazo que prudencialmente determine

En cualquiera de ambos casos la extensión de la pena no podrá exceder de 60 días.

- Por su parte, el inciso 2° regula la posibilidad de imponer “**penas o medidas accesorias**”. Es decir, la lista que se exhibe a continuación podrá imponerse como pena accesoria en la sentencia definitiva o como medida accesoria durante el proceso penal. Es fundamental tener presente que, a diferencia de lo que ocurre con las medidas accesorias del art. 9° de la ley 20.066, en ningún caso las medidas accesorias de esta norma pueden ser decretadas en forma previa a la formalización de la investigación, por no haber norma expresa que así lo autorice. Por ende, estas “medidas accesorias” deben ser y funcionar en la práctica como medidas cautelares cuando son impuestas durante el proceso, debiendo cumplir por ende con los requisitos propios de esas medidas. La lista de penas o medidas accesorias que contempla el inc. 2° de la norma en comento es la siguiente:
 - prohibición de acercarse a la víctima o a su domicilio, lugar de cuidado, trabajo o estudio;
 - prohibición de acercarse a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente;
 - prohibición de porte y tenencia de armas de fuego y, en su caso, el comiso de las mismas;
 - asistencia obligatoria a programas de tratamiento para la rehabilitación del consumo problemático de drogas o alcohol, cuando correspondiere

II.5) Delitos de maltrato habitual y trato denigrante son de acción penal pública

El nuevo art. 403 septies –introducido por la ley 21.013- establece que “**Los delitos contemplados en este párrafo serán de acción penal pública**”. El problema que plantea esta norma es su ámbito de aplicación, puesto que al estar ubicada en el nuevo párrafo 3 bis, sólo se aplica a los delitos de maltrato corporal relevante del art. 403 bis y trato degradante del art. 403 ter.

El efecto de esta norma es en parte irrelevante y en parte paradójal. Es irrelevante tratándose de niños y adolescentes, ya que los delitos de que son víctimas siempre son de acción penal pública por mandato del artículo 53 inciso segundo del C.P.P. y, en consecuencia, respecto de ellos, la norma no provoca ningún efecto.

Es paradójal respecto de los demás sujetos pasivos, puesto que conforme al art. 54 letra a) del C.P.P. las lesiones menos graves del art. 399 y las lesiones leves del art. 494 N°5 del C.P. son delitos de acción pública previa instancia particular. De este modo, se produce el sinsentido de que mientras el tipo residual del delito de lesiones –maltrato corporal- no requiere de denuncia previa por parte del ofendido para que se inicie la persecución penal, el delito de lesiones cometido en contra de una persona vulnerable sí requiere la denuncia previa.

Así, por ejemplo, si “J” golpea a un adulto mayor de 80 años, causándole lesiones cuya recuperación tarda 29 días (lesiones menos graves), el proceso sólo podrá iniciarse previa denuncia del adulto mayor. Por el contrario, si “J” golpea al mismo adulto mayor sin causarle lesión alguna (maltrato corporal del 403 bis), el proceso puede comenzar de oficio, sin necesidad de denuncia previa.

III. Reformas introducidas al art. 14 de la ley N°20.066, que “Establece Ley de Violencia Intrafamiliar”

El art. 2° de la ley 21.013 introduce modificaciones al delito de maltrato habitual, tipificado en el art. 14° de la ley 20.066. El precepto indicado prescribe que:

“Artículo 2.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 14 de la ley N° 20.066, que Establece Ley de Violencia Intrafamiliar:

- a) Intercálase en el inciso primero, entre la palabra "mínimo" y la coma, la frase "a medio".*
- b) Elimínase su inciso final”.*

En el siguiente cuadro comparativo se pueden apreciar con mayor facilidad las modificaciones que se introdujeron al art. 14:

TEXTO ANTERIOR A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N°21.013	TEXTO VIGENTE TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N°21.013
--	--

LEY N° 20.066 DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Párrafo 3° De la violencia intrafamiliar constitutiva de delito Artículo 14.- Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio 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 éste. Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria. — El Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968.	LEY N° 20.066 DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Párrafo 3° De la violencia intrafamiliar constitutiva de delito Artículo 14.- Delito de maltrato habitual. El ejercicio habitual de violencia física o psíquica respecto de alguna de las personas referidas en el artículo 5° de esta ley se sancionará con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, 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 éste. Para apreciar la habitualidad, se atenderá al número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferente víctima. Para estos efectos, no se considerarán los hechos anteriores respecto de los cuales haya recaído sentencia penal absolutoria o condenatoria. Inciso eliminado.
---	--

La primera modificación introducida se limita a aumentar el techo de la pena del delito, que pasó de tener una pena privativa de libertad de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), a tener una pena de pena privativa de libertad de presidio menor en su grado mínimo **a medio** (61 días a 3 años). Este aumento de pena es relevante para efectos de resolver los concursos aparentes que eventualmente se podía producir entre este delito y los delitos de trato degradante y maltrato corporal ocasional, los cuales tienen penas menores al maltrato habitual, por lo que el concurso por consunción se resuelve en favor del delito del art. 14.

La segunda modificación elimina el antiguo inciso 3° del art. 14, el cual prescribía que ***“el Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito tipificado en el inciso primero, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la ley N° 19.968”***. Por su parte, el art. 90 de la ley 19.968 establece en sus incisos 1° y 2° que:

“Remisión de antecedentes si el hecho denunciado reviste caracteres de delito. En caso que los hechos en que se fundamenta la denuncia o la demanda sean constitutivos de delito, el juez deberá enviar de inmediato los antecedentes al Ministerio Público.

Si de los antecedentes examinados en la audiencia preparatoria o en la del juicio aparece que el denunciado o demandado ha ejercido violencia en los

términos establecidos en el artículo 14 de la Ley sobre Violencia Intrafamiliar, el tribunal los remitirá al Ministerio Público”

De esta manera, lo que se eliminó fue la necesidad de precalificación previa de los hechos como constitutivos de delito por parte del Juzgado de Familia. Durante la tramitación parlamentaria, la Jefa de Reformas Legales del Ministerio de la Mujer y Equidad de Género, señora Claudia Sarmiento, expresó que las modificaciones al art. 14 tenían como objetivo “*además de aumentar la pena de presidio menor a presidio menor en su grado mínimo a medio, **eliminar la precalificación que contiene el inciso final del artículo 14 de la Ley de Violencia Intrafamiliar**, en virtud de la cual sólo cuando el Juzgado de Familia considere que los hechos denunciados revisten el carácter de delito, la causa pasa al conocimiento del Ministerio Público, **constituyendo, en opinión del Ejecutivo, un óbice procesal que obstaculiza la persecución penal de estos delitos***”⁹¹.

⁹¹

Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de Comisión Especial, p. 78. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf