

Carta FN N° 18/2023

Santiago, 01 de septiembre de 2023

Sr. Jorge Martínez Cornejo
Abogado, JMA, Jorge Martínez Abogados
Presente

De mi consideración:

Junto saludarlo, acuso recibo de su carta, con fecha 28 de agosto de 2023 y del informe en derecho del profesor Cristóbal Izquierdo, titulado "El delito de apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva", además de su respectivo *Addendum*.

Hago presente a usted que los documentos individualizados en el párrafo anterior serán puestos a disposición del Fiscal Regional Xavier Armendariz, considerada su designación mediante la Resolución FN/MP N° 200 / 2022 para dirigir las investigaciones penales RUC 2110018984-1 y 2110018985-K, y la prohibición legal en mi calidad de Fiscal Nacional para impartir instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares.

Sin otro particular, le saluda atentamente,



ÁNGEL VALENCIA VÁSQUEZ
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

ASG/PMD/mcv
Ingreso N° 3626-2023

c.c.: - Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte
- Unidad Especializada en Derechos Humanos
- Archivo Gabinete del Fiscal Nacional

OFICIO FNM N° 779/2023

ANIT: No hay

MAT.: Remite informe en derecho del profesor Cristóbal Izquierdo, titulado "El delito de apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva".

Adj.: Carta FN N° 18/2023 de 01 de septiembre de 2023, Ingreso Gabinete N° 3626.

Santiago, 05 de septiembre de 2023

DE : SR. ÁNGEL VALENCIA VÁSQUEZ
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SEÑOR XAVIER ARMENDARIZ SALAMERO
FISCAL REGIONAL
FISCALÍA REGIONAL METROPOLITANA CENTRO NORTE

Junto con saludar, envío informe en derecho del profesor Cristóbal Izquierdo, titulado "El delito de apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva", además de su respectivo *Addendum*.

Hago presente que los documentos mencionados en el párrafo precedente me fueron remitidos por don Jorge Martínez Cornejo, abogado defensor de don Ricardo Yáñez Reveco, en el marco de las investigaciones penales RUC 2110018984-1 y 2110018985-K, las que se encuentran asignadas a usted mediante Resolución FN/MP N° 200 / 2022, por lo que corresponde que estén a su disposición, como se le ha informado al Sr. Martínez según carta que adjunto.

Sin otro particular, saluda atentamente a usted,



ÁNGEL VALENCIA VÁSQUEZ
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

ASG
ASG/PMD/mcv
ING. 3626-2023

c.c.:
- Unidad Especializada en Derechos Humanos
- Gabinete Fiscal Nacional

Santiago, 27 de agosto 2023

Señor
Fiscal Nacional del Ministerio Público
Don Ángel Valencia Vasquez
Abogado
Santiago
Presente.

Ref. Resolución FN/MP N° 200/ 2022; causas RUC N° 2110018984-1 y 21.1001895-K (presunta lesa humanidad)

De nuestra consideración,

1. Aprovechamos la oportunidad de saludarlo cordialmente, y de acuerdo de la Fiscal doña Ximena Chong Campusano, hacemos llegar a usted como abogados defensores de General Director de Carabineros de Chile, don Ricardo Yañez Reveco, el informe en derecho del profesor titular de la Universidad Católica de Chile, don **Cristóbal Izquierdo**, titulado “ *El delito de apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva*”, el mencionado informe cuenta con un adendum sobre la modificación realizada a este tipo penal con la entrada en vigencia de la ley N° 21.560, de fecha 10 de abril del año 2023.
2. El profesor Izquierdo no necesita presentación, es doctor de la Unidad Pompeu Fabra de la Universidad de Barcelona, profesor titular de derecho penal de la Pontificia Universidad Católica y jefe de la Escuela de Postgrado de la referida universidad, realizó este informe por recomendación del profesor don Héctor

Hernandez Basualto, dado su excelencia en conocimientos en delitos omisivos, materia de su tesis de doctor en derecho en España.

3. Este informe se entregó por esta defensa a la Fiscal doña Ximena Chong Campusano, como un informe de la defensa, pero como una demostración del interés del General Director don Ricardo Yañez de cooperar en la investigación penal a que se refieren los RUC del antecedente, en especial al relacionado con el N° 2110018984-1 que por el supuesto delito de “responsabilidad de mando del superior” se investigan la responsabilidad de la superioridad de Carabineros de Chile en una supuesta su comisión omisiva vinculados con los hechos ocurridos territorialmente en el sector denominado plaza Italia y en plaza de Maipú entre los días 18 de octubre de 2019 y 31 de marzo de 2020
4. Al respecto, no podemos dejar de señalar a usted los siguientes hechos:
5. Estas investigaciones no fueron incidas de oficio por el Ministerio Público, sino en virtud de dos querellas interpuestas en contra de quienes resulten responsables presentadas por Katherine Fernandez Neira y Sebastian Velázquez Diaz, abogados en representación del equipo jurídico de “Londres 38, casa de la memoria”; Javiéra Corvalan Schindler, por la Asociación de Abogadas Feministas de Chile (Abofem); junto con Natalia Bravo Peña; don Miguel Astudillo Lara, presidente del centro de estudiantes de la Facultad de derecho de Chile (CED) junto con Francisca Hernández Mardones.
6. Hacemos presente a usted, que, con anterioridad a la primera cautela de garantías presentada en esta causa, las aludidas querellantes señalaron que en realidad no representaban a ninguna de estas asociaciones, y que en este caso actuaban a nombre propio como personas naturales, asilando su pretendida legitimación procesal en el artículo 112 del CPP.
7. Con posterioridad, la abogada doña Katherine Fernandez Neira renunció al patrocinio y poder en esta causa.
8. Un somero análisis de estas querellas (dos) que fueron acumuladas al RUC 2110018984-1 se estructuran sobre la orgánica legal constitucional y legal de

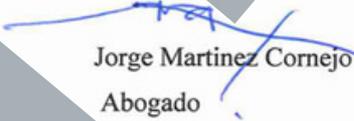
Carabineros de Chile, imputándoles la figura penal de “**empresa criminal conjunta**”, (joint criminal comisión), institución propia del Derecho Penal Internacional, señalando que el mando de Carabineros de Chile, desplegó acciones para atacar en forma generalizada y sistemática a la población civil en el cumplimiento de “una política generalizada” consensuada supuestamente con el gobierno del ex Presidente de la Republica don Sebastian Piñera Echeñique; el segundo acápite del libelo invoca como fuente de la responsabilidad del mando aquella conocida como responsabilidad del superior, civiles y militares, a que se refieren las normas del artículo 28 de Estatuto de Roma, y los artículos 35 y 37 de la ley 20.357, las que no son jurídicamente aplicables, ya que dichas normas solo pueden tener materialidad en contexto de la efectividad de crímenes de Guerra o Lesa Humanidad; concluyendo en definitiva estas querellas en insinuar a título de acción u omisión la responsabilidad de los mandos en delitos comunes de apremios ilegítimos del Código Penal chileno (art 150 letra D) CP)

9. Carabineros de Chile ha concurrido desde el inicio de esta investigación, en forma colaborativa con el Fiscal que investiga estos hechos, primero por ser su deber legal como toda institución del Estado, y segundo porque en respeto al principio de inocencia que nos favorece, junto con las demás garantías judiciales de cada imputado, nos han permitido ir entregando antecedentes, insumos, declaraciones, respuesta de 21 requerimientos de ministerio público, insumos e informes en derecho para desvirtuar esta errónea imputación penal promovida por terceros.
10. No podemos dejar de mencionar a usted que el INDH, luego de la salida de don Alejandro Micco, presentó con fecha 16 de noviembre de 2022, una querrella ante el 7° Juzgado de Garantía de Santiago, contra “El alto mando de Carabineros”. La querrella fue presentada señalado tribunal y agregada al Rol 2110018984-1, el tipo penal invocado es el de apremios ilegítimos del artículo 150 letra D). Los hechos invocados (17) se encuentran aclarados y desvirtuados por la investigación actualmente en curso.

Nuestra preocupación sobre esta conducta del INDH se debe a que rompe el invariable acuerdo del consejo del INDH manifestado a través de su director, mantenido desde el día 18 de octubre de 2019, que en Chile no se cometieron crímenes de Lesa humanidad, lo que fue declarado además por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, por la inexistencia de “la política “sobre estos hechos.

11. Para el General director don Ricardo Yañez Reveco, resulta de la más alta importancia que usted conozca el contenido de estos informes, y que, si usted lo estime a bien, sean puestos estos a disposición de la unidad de estudios de la fiscalía nacional, o a la persona que usted designe. El acuerdo con la fiscal de la causa doña Ximena Chong Campusano es que estos serían enviados al abogado **Nicolas Calvo** para su estudio el día 23 de agosto, fecha en que fue entregado vía SIAU a dicha fiscalía regional centro Norte
12. Por último, informo a usted que el General Director don Ricardo Yañez prestará declaración voluntaria en esta causa, como lo ha hecho en todos los procesos en que ha sido citado, derivados de los hechos ocurridos en el país a contar del día 18 de octubre de 2018, demostrando la permanente disposición con esta o cualquier investigación que lleve adelante la institución que usted dirige, colaboración que él considerada un deber y un compromiso de cooperación permanente con otra institución del Estado, para seguir comentando los lazos de confianza y cooperación entre carabineros de Chile y la institución que usted dirige.

Se despide afectuosamente de usted.


Jorge Martinez Cornejo
Abogado

CC. General director de Carabineros don Ricardo Yañez Reveco
don Jaime Elgueta Burgos General (J) de Carabineros de Chile



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Santiago, 27 de julio de 2023.

Estimado Sr. Jorge Martínez:

La presente carta tiene finalidad entregarle a usted el Informe en “Derecho El Delito de
Apremios Ilegítimos en Chile y su realización Omisiva” que terminé de elaborar el día 31
de enero de 2023.

Le saluda afectuosamente,



Cristóbal Izquierdo Sánchez
Cristóbal Izquierdo Sánchez
Profesor de Derecho penal
Pontificia Universidad Católica de Chile
Doctor en Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

CASA CENTRAL
Avda. Libertador Bernardo O'Higgins 340, Santiago, Chile.
Edificio de Derecho.
Mesa Central (56) 22354 2000 www.derecho.uc.cl

derecho.uc.cl



Santiago, 16 de agosto de 2023

Señor Abogado
Jorge Martínez

Estimado Sr. Martínez:

Junto con saludarlo cordialmente, adjunto a esta carta el *Addendum* al Informe en Derecho "El Delito de Apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva".

Este anexo o adición se hace cargo brevemente de importantes cambios que la Ley N° 21.560 introdujo al artículo 150 D del Código Penal.

Un cordial saludo,



Cristóbal Izquierdo Sánchez
Doctor en Derecho Penal Universitat Pompeu Fabra
Profesor de Derecho Penal
Pontificia Universidad Católica de Chile



Adendum Informe en Derecho

“EL DELITO DE APREMIOS ILEGÍTIMOS EN CHILE Y SU REALIZACIÓN OMISIVA”

16-VIII-2023

Con posterioridad a la entrega del Informe en Derecho “El delito de apremios ilegítimos en Chile y su realización omisiva”, fechado el 31 de enero de 2023, el 10 de abril de 2023 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 21.560 (Ley Nain-Retamal) que modificó diversos cuerpos normativos con la finalidad de fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de gendarmerías de Chile.

Dicha ley modificó el texto legal del artículo 150 D en sus incisos segundo y tercero. A continuación, se expone una tabla comparativa donde pueden observarse los cambios introducidos en el artículo 150 D.

Texto vigente al 31 de enero de 2023, fecha de entrega del Informe en Derecho	Texto publicado en el Diario Oficial el 10 de abril de 2023 ¹
<p>ARTÍCULO 150 D.</p> <p>El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.</p>	<p>ARTÍCULO 150 D.</p> <p>El empleado público que, <u>en incumplimiento de los reglamentos respectivos actúe</u> abusando de su cargo o <u>que en el ejercicio de</u> sus funciones, <u>aplique, ordene o consienta</u> en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen <u>por su gravedad</u> a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no <u>impida</u> o no <u>haga</u> cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello <u>y</u> estando en posición para hacerlo.</p>

¹ Se destacan con cursiva, negrita y subrayado las modificaciones que sufrieron los incisos 1° y 2° del art. 150 D.

<p>Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.</p> <p>No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.</p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.</p>	<p>Si la conducta descrita en el inciso precedente <u>se comete</u> en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez, la pena se aumentará en un grado.²</p> <p>No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.</p> <p>Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.</p>
---	---

El presente *Addendum* busca dar noticia sobre dos importantes cambios introducidos en el inciso 1° del art. 150 D:

1. Incorporación de la cláusula “en incumplimiento de los reglamentos respectivos”; ✓
2. Establecimiento de dos requisitos copulativos en la realización omisiva del delito de apremios ilegítimos. ✓

Finalmente, en el apartado 3 se trata brevemente sobre el efecto retroactivo con que la modificación deberá operar.

1. INCORPORACIÓN DE LA CLÁUSULA “EN INCUMPLIMIENTO DE LOS REGLAMENTOS RESPECTIVOS”

El inciso 1° del nuevo texto dispone “El empleado público que, en incumplimiento de los reglamentos respectivos actúe abusando de su cargo o [...]”. El art. 150 D incluye ahora un requisito que impone a los Tribunales de Justicia (y a la persecución penal) una relevante carga probatoria: deberá acreditarse judicialmente que el empleado público incumplió la respectiva reglamentación. Tratándose de funcionarios policiales que pueden usar legítimamente la fuerza, el autor del delito de apremios ilegítimos deberá actuar incumpliendo las condiciones que los correspondientes protocolos establecen para que pueda

² Desaparece “o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público”.

considerarse legítimo el uso de la fuerza. Los Tribunales deberán, en consecuencia y cuando se trate de agentes policiales, incorporar en sus razonamientos un examen sobre la concreta inobservancia de los protocolos, lineamientos e instrucciones que norman el uso de la fuerza en la mantención del orden público y de la seguridad pública interior.

La adición del elemento “incumplimiento de los reglamentos respectivos” corresponde a la técnica legislativa conocida como ley penal en blanco propia.³ El Código Penal, en este artículo 150 D, remite a otro cuerpo normativo de rango inferior al legal para completar el “blanco” o margen de indeterminación que posee la conducta “apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. La norma, de acuerdo al texto resultante de la Ley N° 21.560, es una ley en blanco perfectamente conforme con la Constitución Política de la República (artículo 19 N°3, inciso final⁴). El núcleo fundamental de la conducta delictiva se encuentra expresamente descrito en la Ley (Código Penal): aplicar, ordenar o consentir en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen por su gravedad a constituir tortura.

El simple “abusando de su cargo o sus funciones” de la redacción anterior del art. 150 D, no correspondía a una ley penal en blanco, sino a un *elemento normativo del tipo*. Los elementos normativos de los tipos penales se contraponen a los elementos típicos descriptivos. Estos últimos no requieren una referencia a leyes o conceptos específicamente jurídico-normativos para su comprensión y la constatación de su verificación. Un ejemplo claro de un elemento descriptivo de un tipo penal es el verbo rector del tipo del homicidio (“matarse a otro”) y tantísimos otros verbos que se comprenden y pueden determinarse judicialmente sin que sea necesario atender a mayores consideraciones jurídicas. En cambio, los elementos normativos de los tipos penales sí requieren esa atención o comprensión de factores jurídicos adicionales. En nuestro Código Penal encontramos muchos ejemplos de delitos que contienen elementos normativos: art. 432 (“cosa mueble ajena”); art. 141 (“El que *sin derecho* encerrare o detuviere [...]”), etc.

El 11 de abril de 2023 el Gobierno ingresó un proyecto de ley de Reglas del uso de la fuerza que busca regular los protocolos, lineamientos e instrucciones que norman el uso de la fuerza en la mantención del orden público y de la seguridad pública interior y complementa la llamada ley Nain - Retamal (N° 21.560). Mientras este proyecto de ley no se promulgue debe

³ La Ley penal en blanco impropia designa la técnica legislativa por la que el complemento normativo de la ley penal se encuentra en otro cuerpo legal del mismo o superior rango legal que el de la ley penal en blanco.

⁴ “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. Es sabido que el texto constitucional no requiere que la conducta esté expresa y *completamente* descrita en la ley. De este modo, la técnica legislativa de la ley penal en blanco es compatible con la Constitución Política de la República de Chile.

entenderse que el art. 150 D remite a los instrumentos normativos infralegales internos de Carabineros vigentes al momento de la realización de los correspondientes hechos investigados: un primer paquete de regulaciones sobre el uso de la fuerza policial corresponde a la Circular N° 1.756 de 2013 y la Orden General N° 2.287 de 2014 de la Dirección General de Carabineros.⁵

Otro importante texto regulatorio que, de acuerdo a la fecha de ejecución de los hechos deberá examinarse, es la Circular N° 1.832 de marzo de 2019 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública dirigida a Carabineros de Chile. ↴

2. ESTABLECIMIENTO DE DOS REQUISITOS COPULATIVOS EN LA REALIZACIÓN OMISIVA DEL DELITO DE APREMIOS ILEGÍTIMOS

La ley N° 21.560 modificó radicalmente la modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos u otros tratos. El nuevo texto de la parte final del inciso primero del art. 150 D reza: “Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impida o no haga cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello y estando en posición para hacerlo”.

Antes de la ley N° 21.560 el tipo penal señalaba de forma disyuntiva que el autor bien podía i. tener la “facultad o autoridad” (para impedir o hacer cesar) o, ii. “estar en posición” de hacerlo. Lo anterior derivaba de la presencia de la conjunción “o” en el anterior texto del artículo 150 D.

A mayor abundamiento, el tipo objetivo del anterior delito de apremios ilegítimos podía cumplirse de dos formas independientes y alternativas, a saber, “teniendo la facultad” o bien “estando en posición”. La primera alternativa decía relación con que el omitente ostentara el rango jerárquico que le permitiera impedir u ordenar el cese de los apremios ejecutados activamente por otro. La segunda se refería a que el empleado público podía tener la posibilidad fáctica de impedir o hacer cesar los apremios, con independencia del rango, como por ejemplo, por encontrarse físicamente en el lugar de los apremios.

En la nueva redacción del artículo 150 D la figura omisiva del inciso primero se restringe limitando de modo relevante el campo de operatividad de los apremios ilegítimos cometidos por omisión. El garante -a quien se le pueden imputar a título omisivo los apremios ilegítimos realizados activamente por otro- deberá no impedir o no hacer cesar la aplicación de los apremios u otros tratos, en la medida en que esté -siempre y en todo caso- en posición para

⁵ WILLENMANN, J.: Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 41, pág. 7, 2020.

hacerlo y, además, teniendo -siempre y en todo caso- la facultad o autoridad necesarias para impedir o hacer cesar los apremios u otros tratos realizados por otro.

De conformidad con la actual regulación de los apremios ilegítimos cometidos por omisión, dejan de existir dos formas independientes y alternativas de omisión: no existen ya los apremios imputables a alguien, por una parte, porque omitió “teniendo la facultad” de evitarlos o hacerlos cesar y, por otra, porque omitió “estando en posición” de evitarlos o hacerlos cesar. Muy por el contrario, **los requisitos son ahora copulativos y dan lugar a una sola alternativa posible para incurrir en la omisión delictiva: el autor debe tener la facultad o autoridad necesaria para impedir o hacer cesar los apremios y encontrarse, además, en posición para hacerlo.** Esta es la única interpretación posible si se busca respetar el principio constitucional de legalidad tras la incorporación de la conjunción copulativa “y” como factor unitivo de los elementos: “facultad o autoridad” + “estar en posición”.

A partir de la ley 21.560, **el autor de la comisión por omisión (propia) del delito de apremios ilegítimos deberá tener la facultad o autoridad para impedir o hacer cesar los apremios y, además, deberá ocupar fácticamente una posición que le permita hacer cesar o impedir los apremios ilegítimos activamente ejecutados por otro.**

3. EFECTO RETROACTIVO DE LA MODIFICACIÓN AL ART. 150 D.

Los elementos típicos del tipo omisivo del delito de apremios ilegítimos son ciertamente más exigentes en virtud de la reforma de la Ley N° 21.560. Esta mayor exigencia, como se ha explicado más arriba, deriva de que será necesario valorar y constatar judicialmente el incumplimiento de los “reglamentos respectivos” sobre el uso de la fuerza en todos los casos en los que resulten aplicables. Por otra parte, como también se ha explicado en el presente documento, sólo podrá atribuirse una autoría en comisión por omisión del delito del art. 150 D en la medida en que el empleado público no impida o haga cesar los apremios teniendo la autoridad o cargo y estando en posición de hacerlo.

Deberá ajustarse a las nuevas exigencias típicas del art. 150 D cualquier pronunciamiento judicial sobre el delito de apremios ilegítimos. Lo anterior es obligatorio ya que **las mayores exigencias típicas del art. 150 D inciso 1° operan en favor de cualquier sujeto eventualmente responsable penalmente por los delitos de los que trata dicho inciso.** El nuevo art. 150 D constituye un caso de *nueva ley más favorable* que debe operar con efecto retroactivo en virtud del inciso 2° del art. 18 del Código Penal. “Si después de cometido el

delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.

Si bien la ley N° 21.560 no despenaliza el delito ni rebaja la pena, en nuestro país es ampliamente aceptado que debe operar con efecto retroactivo toda ley beneficiosa o favorable para el sujeto responsable (condenado o procesado). Al respecto, CURY explica **“Una nueva ley es más favorable para el imputado no solo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también [...] cuando altera la descripción del delito (el tipo penal) agregándole exigencias que no concurrieron en la conducta por la cual se lo procesa. En todos estos casos la pena del afectado, en efecto, se excluirá o se reducirá indirectamente”**.⁶

⁶ CURY, E.: Derecho Penal Parte General (ed. 2020), Tomo I, página 290.

INFORME EN DERECHO
El delito de apremios ilegítimos en Chile
y su realización omisiva

Cristóbal Izquierdo Sánchez

Profesor y Director del Departamento de Derecho penal de la Pontificia Universidad
Católica de Chile

Doctor en Derecho penal por la Universitat Pompeu Fabra

Santiago de Chile, 31-I-2023

Índice

Introducción.....	3
Capítulo 1: El delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en contexto.....	5
A. Ubicación legal	5
B. Incorporación en virtud de la Ley N° 20.968.....	6
C. El concepto de "tortura" y de "apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes". El problema de la transposición directa de criterios internacionales.....	8
D. Consecuencias de la regulación actual para la interpretación del delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	13
Capítulo 2: El tipo penal del artículo 150 D del CP	18
A. Requisitos del tipo objetivo	18
B. Requisitos del tipo subjetivo.....	23
Capítulo 3: El tipo omisivo del delito de apremios ilegítimos.....	28
A. Aproximación preliminar a la modalidad omisiva del artículo 150 D del CP	28
B. Los fundamentos de la responsabilidad penal	28
i. Infracción del deber de no dañar a otros (<i>neminem laedere</i>).....	28
ii. Infracción de deberes positivos.....	30
C. Clases de delitos omisivos.....	32
D. Realización omisiva del artículo 150 D del CP.....	36
i. Requisitos objetivos de la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos.....	38
ii. Requisitos subjetivos de la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos.....	40
iii. Profundización sobre la estructura del delito de apremios ilegítimos cometido por omisión.....	41
Capítulo 4: Conclusiones.....	43
Bibliografía citada	45
Jurisprudencia citada	46

Introducción ✓

En virtud de diversas querellas interpuestas por personas naturales y por abogados de diversas instituciones (Londres 38, Casa de la Memoria; Asociación de Abogadas Feministas de Chile y el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile) se dio origen a la investigación RUC 2110018984-1, RIT 18930-2019, que se tramita ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago.

En dichas querellas se acusa la comisión de diversos presuntos hechos de apremios ilegítimos previstos y sancionados en el artículo 150 D del Código Penal (en adelante “CP”), que habrían sido cometidos por funcionarios de Carabineros de Chile en ciertos periodos de tiempo con posterioridad al 18 de octubre de 2019. En relación con ellos, se estima por los querellantes que los mandos superiores de la referida institución pública habrían también incurrido en la comisión de dicho delito al no haber impedido o hecho cesar los supuestos apremios ilegítimos, teniendo la facultad o autoridad para ello o estando en posición para hacerlo.

La defensa de don Ricardo Yáñez Reveco, actual General Director de Carabineros de Chile, y a la fecha de los hechos objeto de las querellas, Director Nacional de Orden y Seguridad de la misma institución, ha solicitado a quien escribe elaborar **un informe en Derecho que se refiera a los requisitos típicos del delito del artículo 150 D del CP y, en particular, aquellos que tienen relación con su modalidad omisiva.**

En lo que sigue, se procederá a evacuar el encargo realizado, exponiendo lo pertinente en el siguiente orden:

Capítulo 1: Se realizará una descripción general del delito previsto y sancionado en el artículo 150 D del CP referente a los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes¹, con especial énfasis en el contexto en que fue introducido en la regulación vigente. Tal contexto hablará del propósito del legislador nacional de actualizar su normativa a convenios internacionales especialmente referidos a la tortura, considerando las dificultades y los desafíos de tal decisión legislativa. Un aspecto esencial será destacar que en el sistema penal chileno la figura central es la tortura, lo que acarrea diversas consecuencias en la interpretación del delito de apremios ilegítimos.

Capítulo 2: Sobre la base de las restricciones interpretativas apuntadas en el Capítulo 1, se pasará a analizar los requisitos típicos del delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D del CP, tanto en lo que guarda relación con la faz objetiva del tipo penal como con aquellos elementos que permiten interpretar las exigencias subjetivas del mismo. Esta revisión general de los elementos del tipo

¹ En adelante, se hará referencia al delito del artículo 150 D del CP en su versión completa (“apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”) o abreviada (“apremios ilegítimos”), de manera indistinta.

penal servirá de preámbulo para, a continuación, considerar específicamente la modalidad omisiva de comisión del delito objeto de estudio.

Capítulo 3: Se revisará con particular detenimiento **la variante omisiva que se encuentra tipificada en el artículo 150 D**. Para abordar esta tarea, se expondrá brevemente sobre los diversos fundamentos de la responsabilidad penal y su relación con los delitos omisivos, tanto en lo que respecta a la base normativa de su punición como a la estructura presente en las diversas clases de delitos omisivos. A continuación, se propone una sencilla clasificación de los delitos realizados por omisión. Esta clasificación ayudará a justificar el motivo por el que se propone en el presente informe que **el delito de apremios ilegítimos, en su variante omisiva, corresponde a una omisión propia dotada de estructura comisiva (comisión por omisión)**. Este capítulo terminará con una explicación pormenorizada de los requisitos objetivos de la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos. La faz subjetiva del delito de apremios ilegítimos estará ya suficientemente explicada en el Capítulo 2.

Capítulo 4: Finalmente, se terminará con un breve **capítulo de conclusiones**.

Capítulo 1: El delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en contexto

A. Ubicación legal

La regulación chilena del delito de apremios ilegítimos se encuentra en el párrafo IV (“De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”) del Título Tercero (“De los crímenes y simples delitos que afecten los derechos garantidos por la Constitución”) del Libro II del CP, específicamente en los artículos 150 D, 150 E y 150 F, que se pasan a reproducir íntegramente:

ARTÍCULO 150 D.

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

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

No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.

ARTÍCULO 150 E.

Si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere además:

1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.

3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

ARTÍCULO 150 F.

La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refieren los artículos 150 D o 150 E.

B. Incorporación en virtud de la Ley N° 20.968

En noviembre de 2016 fue promulgada y publicada la Ley N° 20.968 que tiene por título “Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes” y que tuvo por objeto poner al día a Chile en la regulación de estas materias, tal como ya lo sostenía la moción parlamentaria que dio origen a la tramitación del proyecto de la referida Ley².

En efecto, si bien Chile había promulgado mediante los Decretos 808 y 809 de 1988 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 1984 (en adelante, “Convención ONU”) y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada por la OEA en 1985 (en adelante, “Convención OEA”), respectivamente, ello no se terminó expresando inmediatamente en una normativa interna respecto de la materia que regulara los referidos ilícitos de una manera acorde al estándar internacional.

Sin perjuicio de que se dieron ciertos avances en virtud de la Ley N° 19.567 de 1998 (titulada “Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano”), la regulación chilena seguía sin actualizarse debidamente, pues continuaba utilizando una nomenclatura que eludía hablar de tortura (el artículo 150 A del CP castigaba los “tormentos” y “apremios ilegítimos”³), por lo que tampoco se realizaba una descripción precisa de la misma y, además, exigía para su configuración que la víctima se encontrara privada de libertad, lo que se estimaba una reducción infundada del campo de aplicación de dicho delito⁴.

² Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, pp. 3-5.

³ Esta circunstancia, sin embargo, no impidió que la doctrina y jurisprudencia vieran en dicho delito de tormentos y apremios ilegítimos del antiguo artículo 150 A del CP, la regulación del delito de torturas. Solo a modo ejemplar: “El delito de torturas, conocido en Chile desde antiguo como aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, (...)”, POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2015) *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, (Editorial Jurídica de Chile, 2° ed., Santiago), p. 217. Así también, el profesor Héctor HERNÁNDEZ sostuvo ante la Comisión de Constitución del Senado que “cuando los académicos penalistas enseñan estas materias, explican que el delito de tortura, hoy en día, se encuentra regulado en los artículos 150 A y B del Código del ramo”, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 171.

⁴ En 2009, la Comisión Contra la Tortura de la ONU había evacuado un informe en que realizaba éstas y otras críticas a la regulación chilena vigente a la época, como dio cuenta, entre otros, el profesor Jean Pierre

Atendido lo anterior, la Ley N° 20.968 tuvo por objeto la incorporación de una nueva regulación en la materia, tipificando y regulando el delito de torturas entre los artículos 150 A y 150 C del CP. En estos artículos, como se expondrá con más detalle en el próximo apartado letra c), se trata derechamente de “torturas” y se la define de manera comprensiva de diversas hipótesis en virtud de las cuales se afecta a la víctima. Asimismo, se eliminó la rebaja de pena de un grado para el empleado público que conociendo la ocurrencia de hechos constitutivos de tortura no las impidiera o hiciera cesar, teniendo facultad o autoridad necesaria para ello, modalidad pertinente al objeto del presente informe pues se refiere justamente a la conducta omisiva de torturar.

Solo como un objetivo bastante secundario, con la finalidad de sancionar conductas que no alcanzaran a constituir tortura, se fijó como propósito incorporar el delito de apremios ilegítimos, actualmente regulado en los artículos 150 D a 150 F del CP⁵.

Lo anterior explica que durante toda la tramitación parlamentaria en que se discutió la regulación actualmente vigente, la mayor parte de la discusión estuvo gobernada por cuestiones vinculadas con el delito de torturas, como, por ejemplo, si el sujeto activo debía limitarse al empleado público o también podía ser cometido por particulares; si debían comprenderse las agresiones sexuales como elemento del tipo penal además de la afectación de la integridad física o psíquica; y de los diversos objetivos que debía tener quien aplicare apremios contra una víctima para que se entendiera que estaba torturando; entre muchos otros aspectos.

En cambio, en relación con el delito de apremios ilegítimos, casi no hubo discusión. El objetivo de su inclusión, como ya se señaló, fue el de crear una figura residual que se situara por debajo de la gravedad de la tortura. Asimismo, como indicó el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a la época de la tramitación del proyecto que resultaría en la Ley N° 20.968, se tenía como propósito evitar problemas de sucesión de leyes:

“El señor Castillo manifestó que el sentido de esta regla obedece a un criterio de sucesión de leyes, en el sentido de mantener una cierta punibilidad respecto de aquello que ya era sancionado anteriormente, agregando que la jurisprudencia ha entendido que apremio ilegítimo y tormento constituían una forma de tortura. Subrayó que no incluir un tipo residual que se sitúe entre la tortura y las vejaciones injustas puede ocasionar un problema de sucesión de leyes y de vacío de punibilidad respecto de determinadas conductas que ya estaban tipificadas”⁶.

MATUS ante la Comisión de Constitución del Senado. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, pp. 150-151.

⁵ Que se trata de un objetivo secundario queda claro ya de la revisión de la moción parlamentaria que dio origen al proyecto de Ley, en que se hace referencia a ocho pretendidas modificaciones legales (letras a) a h)): Las primeras seis son relativas al delito de tortura y solo la penúltima hace referencia a la creación de la “nueva figura típica” de apremios ilegítimos no contemplados dentro de la figura de tortura. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, pp. 3-4.

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 190.

Por lo anterior, y como resulta evidente de la mera lectura del tipo penal del artículo 150 D del CP, **la interpretación acerca de qué debe entenderse por apremios ilegítimos se encuentra íntimamente vinculada a lo que se interprete que constituye tortura**, pues los primeros se castigarán como tales tanto en cuanto “no alcancen a constituir tortura”⁷. Asimismo, su carácter subsidiario se refuerza en el último inciso al señalar que, “si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos”⁸. Sin embargo, como se pasará a comentar a continuación, **la distinción entre qué tipo de hechos constituyen tortura y cuáles, en cambio, configuran apremios ilegítimos está lejos de ser clara y tajante.**

C. El concepto de “tortura” y de “apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes”. El problema de la transposición directa de criterios internacionales

Diversos instrumentos internacionales se refieren a la proscripción de la tortura y de tratos crueles inhumanos o degradantes. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁹, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ y la Convención americana sobre Derechos Humanos¹¹. Sin embargo, por su especificidad en la materia, destacan las ya referidas Convención ONU y Convención OEA.

Conforme al artículo 2 de la Convención ONU, todo Estado Parte se comprometió a adoptar las medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en su territorio. Entre estas medidas, el artículo 4 establece el compromiso de cada Estado Parte de tratar la tortura como un delito en su respectivo ordenamiento jurídico. Para estos efectos, el artículo 1.1 se refiere a lo que debe entenderse por “tortura” en los siguientes términos:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o

⁷ CHILE, *Código Penal*. Artículo 150 D, inc. 1°.

⁸ CHILE, *Código Penal*. Artículo 150 D, último inc.

⁹ La DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS señala en su artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

¹⁰ El PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS dispone en su artículo 7: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

¹¹ El artículo 5 del PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA se refiere al Derecho a la Integridad Personal, disponiendo en su numeral 2 que: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

Luego de una regulación extensa de una serie de normas relacionadas con la tortura, recién el artículo 16 de la Convención ONU se pronuncia sobre otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, destacando nuevamente su carácter secundario, de la siguiente manera:

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

Por su parte, la Convención OEA dispone en su artículo 1 que los Estados Partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura, definida en el artículo 2:

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

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

En cuanto a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención OEA se expresa, nuevamente, de manera secundaria. En el artículo 6, en que se dispone que los Estados Partes se comprometen a asegurar que la tortura constituirá delito en cada respectiva jurisdicción, en un tercer inciso establece que:

Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Asimismo, a través del artículo 7 se estableció el compromiso de tomar medidas para transmitir a los policías y demás funcionarios públicos responsables de la custodia de personas privadas de libertad un especial énfasis en la prohibición de tortura. A este respecto un segundo inciso agrega:

Igualmente, los Estados Partes tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

En nuestro ordenamiento jurídico, desde la promulgación de la Ley N° 20.968 de 2016, la regulación del delito de tortura ha quedado establecida entre los artículos 150 A y 150 C. Se pasa a reproducir enteramente tales normas:

ARTÍCULO 150 A.

El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.

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

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

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

ARTÍCULO 150 B.

Si con ocasión de la tortura se cometiere además:

1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.

ARTÍCULO 150 C.

En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el minimum o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control.

De la lectura de estas normas, en relación con las de la Convención ONU y Convención OEA, se desprende manifiestamente el propósito del legislador chileno de alinear la regulación penal a los parámetros internacionales. Asimismo, y como ya se señaló en los anteriores apartados a) y b), el delito de apremios ilegítimos se castigará como tal cuando se trate de comportamientos que “no alcancen a constituir tortura”¹². Y, en caso de que “los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad”¹³, se estará a la pena dispuesta para esos delitos.

La transposición de conceptos de Derecho internacional al Derecho penal tiene diversas dificultades y esta es una de las materias en que éstas se expresan claramente. De partida, y tal como señala HERNÁNDEZ en una reciente publicación, la consideración de un concepto tan amplio de tortura¹⁴ solo tiene sentido desde una perspectiva internacional fundamentalmente concentrada en la protección de las víctimas frente a graves violaciones de derechos humanos, pero no es esperable que ello se traslade automáticamente al ordenamiento jurídico penal, que debería concentrarse en la realización de un reproche personalísimo al victimario. En este sentido, cabría haber esperado mayores esfuerzos del legislador en realizar mayores distinciones de gravedad al momento de describir la tortura como delito, so riesgo de generar una “banalización del concepto”¹⁵.

Un problema relevante en lo que concierne al objeto de este informe tiene relación con la delimitación de los comportamientos que constituyen tortura y aquellos que configurarían “únicamente” el delito de apremios ilegítimos. Dado el declarado propósito de que la segunda figura tuviera carácter residual respecto del delito de torturas, se las tipificó de manera casi idéntica, exigiendo interpretar el delito de apremios ilegítimos en función de lo que *no* constituya el delito de torturas, lo que ha generado grandes inconvenientes.

HERNÁNDEZ dedica fundamentalmente su trabajo a mostrar las dificultades que ha causado la exigencia de tener que realizar una distinción entre las conductas ya referidas. Tal diferenciación ha sido muy compleja en el propio Derecho internacional, que

¹² CHILE, *Código Penal*. Artículo 150 D, inc. 1°.

¹³ CHILE, *Código Penal*. Artículo 150 D, último inc.

¹⁴ Y lo mismo podría decirse de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, dada la construcción residual con que se ha concebido tanto en los instrumentos internacionales como en el ordenamiento jurídico penal nacional.

¹⁵ HERNÁNDEZ (2021) p. 516.

parecería decantarse por **un criterio de distinción cuantitativa de gravedad e intensidad de los dolores o sufrimientos que recibe la víctima**¹⁶.

La jurisprudencia internacional también ha aportado en la discusión. Ilustrativo resulta lo resuelto en el insigne caso *Bueno Alves vs. Argentina* del año 2007 en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") fija los requisitos que, a su juicio, deben verificarse en un caso para poder hablar de tortura¹⁷, a saber, "a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito, fórmula que ha mantenido hasta el día de hoy".

En definitiva, parecería que **lo único realmente decisivo de cara a la distinción entre la tortura y los apremios ilegítimos es, como indica HERNÁNDEZ, la severidad que alcancen los sufrimientos físicos o mentales**¹⁸. Con el fin de calificar la severidad de los sufrimientos, la CIDH ha precisado que este aspecto debe valorarse teniendo en cuenta tanto factores endógenos, concernientes al hecho mismo (por ejemplo, la duración de la conducta o el método escogido para ejecutarla), como exógenos, concernientes a la víctima (edad, sexo, estado de salud, etc.), más allá de lo cual, sin embargo, la delimitación dista de ser clara. Desde luego se ha afirmado la presencia de tortura en casos atroces e indudables, pero, a juicio de HERNÁNDEZ frente a agresiones menos brutales el juicio de la Corte ha sido oscuro, encontrándose posturas disimiles¹⁹, en los casos *Maritza Urrutia vs Guatemala*, de 2003²⁰, como también el caso *Torres Millacura y otro vs Argentina*, de 2011²¹

En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina internacional. Liliana GALDÁMEZ concluye de un estudio de la jurisprudencia de la CIDH que **la intensidad o gravedad del sufrimiento es el criterio que distingue la tortura de los otros tratos**, sea este físico o mental; actual o potencial. Respecto al elemento teleológico, es decir, la finalidad que se persigue con la acción (castigar, obtener información, o cualquier otro objetivo) concluye que en la jurisprudencia de la Corte está formalmente presente en la noción de tortura, pero no es concluyente ni determinante para su calificación²².

En el ordenamiento chileno, no obstante, los desafíos se ven acrecentados por el hecho de que la tipificación de los delitos de tortura y de apremios ilegítimos son prácticamente iguales, por lo que se refuerza un criterio de distinción meramente cuantitativo²³.

¹⁶ HERNÁNDEZ (2021) pp. 535-551.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Bueno Alves vs Argentina* (2007).

¹⁸ HERNÁNDEZ (2021) pp. 539-540.

¹⁹ HERNÁNDEZ (2021) p. 541.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Maritza Urrutia vs Guatemala* (2003).

²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Torres Millacura y otro vs Argentina* (2011).

²² GALDÁMEZ (2006) p. 98.

²³ HERNÁNDEZ, (2021) pp. 551-554. Por lo anterior, el referido autor sugiere, de *lege ferenda*, la realización de dos correcciones: "En primer lugar, deberían reformularse las reglas concursales del artículo 150 E, de modo que se pueda diferenciar por su gravedad la tortura de los otros tratos. Desde luego, debería suprimirse la referencia a los delitos de mera actividad (los delitos sexuales mencionados en el N° 2) y, respecto de los delitos dolosos de resultado (homicidio del N°1 y lesiones del N° 2), supeditarse la

D. Consecuencias de la regulación actual para la interpretación del delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

Como se ha expresado, tanto la tortura como los apremios ilegítimos constituirían delitos que, compartiendo una misma naturaleza, **se distinguirían solamente desde un punto de vista cuantitativo, esto es, en razón de la gravedad o intensidad de los dolores o aflicciones provocados a la víctima**. En efecto, el delito más grave sería el de tortura del artículo 150 A del CP; luego estaría el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D del mismo Código; y, finalmente, y no había sido mencionado hasta aquí por su escasa relevancia práctica, el delito de vejaciones injustas del artículo 255 del CP²⁴. En palabras de HERNÁNDEZ:

“De este modo, de la regulación exclusiva de la tortura se pasó a la tipificación de un continuo de vejámenes contra las personas cometidos por agentes estatales en el ejercicio de sus cargos que va, en orden decreciente de gravedad, desde la tortura (artículo 150 A) hasta los tratos degradantes, pasando por los tratos crueles o inhumanos (artículo 150 D), a lo que habría que agregar, por su aparente superposición parcial con los “otros tratos”, de las viejas vejaciones injustas, aunque aggiornadas, del artículo 255”²⁵.

aplicación de la regla concursal a que no concurra la circunstancia de encontrarse la víctima bajo el control del agente”, p. 559. “En segundo lugar, debería suprimirse la calificación por privación de libertad o sujeción al control del agente del artículo 150 C, con lo cual se evitaría que una circunstancia reconocidamente inherente al hecho (aunque no susceptible de mención expresa, conforme a las obsesiones del CAT) lo agrave de modo artificial, en tanto que la dejaría en condiciones de servir como criterio doctrinario para distinguir entre la tortura y los otros tratos, tal como se hace en el debate internacional”, p. 560.

²⁴ Este delito también fue objeto de modificaciones en el año 2016 con el objeto de adecuar su lugar todavía más subsidiario que le corresponde en el marco de la regulación actual. El artículo 255 del CP dispone:

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

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

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

Se apunta que el lugar de este delito en la nueva regulación es “aún más subsidiario”, porque su escasa aplicabilidad ya era destacada por la doctrina con anterioridad a la Ley del año 2016: *“El artículo 255 CP castiga las injustas vejaciones (maltratos, perjuicios, molestias o gravámenes) cometidas por los empleados públicos en el desempeño de un acto de servicio y el uso de apremios ilegítimos o innecesarios en el mismo servicio. Con la actual regulación del artículo 150-A CP, esta figura ha quedado completamente desplazada en lo que se refiere a los apremios ilegítimos y, en lo referido a los vejámenes, en la medida que ellos se contemplan dentro de la aplicación de tormentos a que hace referencia esta última disposición”.* En POLITOFF; MATUS, y RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, p. 515.

²⁵ HERNÁNDEZ (2021) p. 529.

Tal como ya se señaló, encontrar un criterio de distinción claro entre las distintas figuras típicas es un ejercicio tan complejo que durante la tramitación de la actual Ley N° 20.968 fue considerado como pretender hallar “la cuadratura del círculo”²⁶. Por lo anterior, lo más razonable parece ser considerar la tortura como la figura central a partir de la cual se pueden interpretar los demás tipos penales de menor gravedad. Por esto, es preciso tener en consideración ciertas ideas generales que se siguen de este posicionamiento antes de pasar a revisar derechamente el tipo penal del artículo 150 D y siguientes del CP.

Así, en primer lugar, es pertinente tener presente que **tanto la tortura como los apremios ilegítimos afectan el mismo bien jurídico: la dignidad humana**. Obsérvese lo señalado en los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley:

“La CCT no ofrece una descripción específica de este tipo de conductas. Sin embargo, al referirse a éstas, las identifica como aquellas “que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1”. En otras palabras, se refieren a conductas menos graves que la tortura, pero igualmente atentatorias contra la dignidad humana. El concepto ha sido precisado en la jurisprudencia del Sistema Europeo de Derechos Humanos, el cual ha adherido a la idea de gradualidad entre torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes”²⁷.

En el mismo sentido se pronuncia DURÁN, quien sostiene que el bien jurídico protegido sería **la integridad moral de la persona, diferenciable de la integridad física y psíquica**²⁸. Éste se definiría de la siguiente manera:

“el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, esto es, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona, lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior”²⁹.

²⁶ El ya citado profesor Héctor HERNÁNDEZ intervino ante la Comisión de Constitución, sosteniendo: “Se podría creer que la diferencia es de gravedad del maltrato, lo que explicaría la diferencia de pena, pero lo cierto es que la delimitación conceptual entre “tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales” y “todo acto por el cual se inflige intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos” equivale al hallazgo de la cuadratura del círculo, pues difícilmente alguien puede dejar de atribuirle gravedad a lo que se pueda calificar como “tormento”, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 165.

²⁷ Así se señaló en un informe preparado para la Comisión de Constitución del Senado, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 94.

²⁸ DURÁN (2019) pp. 205-213. También reconocen a la integridad moral como bien jurídico protegido, MATUS y RAMÍREZ (2019)

²⁹ DURÁN (2019) p. 208, citando una definición de ARROYO.

A continuación, otra consecuencia de la interpretación de estos delitos teniendo como referente central a la tortura, es que **también en las figuras típicas de menor gravedad se exige el dolor o sufrimiento de la víctima**. Así también DURÁN:

“Por esta gradualidad, conceptualmente y más allá de la respectiva tipicidad, el delito de tortura como la figura más grave y más lesiva de atacar contra el bien jurídico protegido integridad moral, exigiría siempre el hecho o acto material de infligir dolores o sufrimientos graves, de forma intencional, sumado a la existencia de un propósito especial y concreto por parte del agente. Los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, a su vez, implicarían infligir un nivel considerable de tratamientos a la víctima, relevantes pero menos que graves, sin que lleguen a constituir torturas pero afectando el bien jurídico, y sin que sea necesaria la existencia o la búsqueda de un propósito concreto”³⁰.

La anterior asunción, como destaca HERNÁNDEZ, se ve facilitada por el hecho de que la descripción típica del delito de apremios ilegítimos es idéntica al delito de tortura³¹. Tal como se verá con mayor detalle en el próximo Capítulo, tanto los verbos rectores como las exigencias en relación con la calidad del sujeto activo son idénticos en los artículos 150 A (tortura) y 150 D (apremios ilegítimos) del CP.

Así, la exigencia del inc. 3º del artículo 150 A del CP respecto del delito de torturas de causar *“dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos”* también debe replicarse al interpretar el delito del artículo 150 D.

Lo anterior se aprecia igualmente en ordenamientos comparados. Solo a modo ejemplar, la legislación española también contempla tanto el delito de tortura (artículos 174 a 177 del Código Penal español) como el delito de trato degradante (artículo 173 del mismo Código), en tanto ilícitos que afectan la integridad moral. En ambos casos, se exige la constatación de padecimientos por parte de la víctima. Así lo sostienen, por ejemplo, FELIP Y RAGUÉS, quienes hacen referencia a cómo el Tribunal Supremo español ha ido acotando la interpretación de un delito como el de tratos degradantes que, de entrada, parece excesivamente amplio:

“Según el Tribunal Supremo (Sentencia 137/2008, ponente Varela Castro), ‘la integridad moral estaría compuesta por vía negativa por elementos subjetivos, tales como los constituidos por la humillación o vejación sufrida por la víctima que se ve tratada de forma instrumental y desprovista de su dignidad, pudiendo, además, concurrir la nota del dolor físico, y también por elementos objetivos en referencia a la forma y modo en que se produce el ataque’. Prosigue la Sala: ‘En un esfuerzo por reconducir la laxitud de la descripción típica en la sentencia 294/2003 de 16

³⁰ DURÁN (2019) p. 214.

³¹ *“Al respecto destaca que toda la estructura de este delito se corresponde con la del de tortura: la conducta típica consiste también en aplicar los apremios u otros tratos o en ordenar o consentir en que se apliquen, así como en no impedir o no hacer cesar su aplicación, teniendo la facultad o autoridad o estando en posición de hacerlo, siempre también ‘abusando de su cargo o sus funciones, (...)’.* HERNÁNDEZ (2019) p. 528.

de abril, se enuncian los siguientes elementos típicos: a) Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo. b) La concurrencia de un padecimiento físico o psíquico. c) Que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y todo ello único, a modo de hilo conductor, a la nota de gravedad, lo que exigirá un estudio individualizando caso a caso”³².

Por otro lado, la constatación de que estamos frente a un delito que exige un resultado en la víctima para su consumación, tiene bastante relevancia para los efectos de este informe, toda vez que, como se señalará en el Capítulo 3, el legislador incorporó también una modalidad de comisión por omisión relativa al delito de apremios ilegítimos, lo que exigirá, entonces, acreditar no solamente la pasividad del sujeto activo, sino que, además, la posibilidad efectiva que podría haber tenido éste en el caso concreto para evitar alguno de los resultados del delito incluso habiendo actuado.

Finalmente, en cuanto a los elementos subjetivos que deben estar presentes para tener por configurado el delito del artículo 150 D del CP, deberán considerarse los mismos que aquellos que se encuentran presentes en la regulación del delito de tortura. Lo anterior, pues, como se señaló, es manifiesto que el criterio de distinción entre ambos delitos no está en la finalidad del sujeto activo, sino en la gravedad o intensidad de la afectación a la víctima. Así también HERNÁNDEZ:

“Por último, si se quisiera recurrir a una delimitación en base a los fines o razones que específicamente deben presidir los actos de tortura, considerando que la ley no exige nada semejante respecto de los apremios u otros tratos, rápidamente se impone la conclusión de que el intento está destinado al fracaso, porque los elementos subjetivos del tipo de tortura son tan amplios y ubícuos que es apenas imaginable que un empleado público en el ejercicio de su cargo le cause daño intencional a una persona sin la presencia de alguno de ellos, cuando menos el fin de castigarla por algo o de intimidarla o coaccionarla en cualquier sentido o, en fin, que lo motive alguna característica de ella, de modo que, de adoptarse este criterio, prácticamente todo sería tortura y el tipo residual quedaría relegado a casos estrambóticos de funcionarios que van por la vida maltratando a la gente sin las motivaciones por las que normalmente se maltrata. Formalmente sería una interpretación inobjetable, pero contraría a los claros propósitos legislativos en orden a destacar la posición prominente y no residual de la tortura. Que, a pesar del favor que le prodiga alguna doctrina, no haya sido realmente considerado de

³² FELIP y RAGUÉS en SILVA y RAGUÉS (2021) pp. 118-119. Anteriormente, en relación con una sentencia del Tribunal Constitucional Español (sentencia 137/1990, ponente Leguina Villa *et al.*), los autores señalan en relación con los tratos inhumanos o degradantes que vulnerarían la integridad moral de otra persona, que estos serían “aquellos que ‘acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento’ a quien los sufre”, p. 118.

*un modo útil por la jurisprudencia internacional (supra IV 1) muestra que no es un criterio idóneo*³³.

A continuación, se pasará a analizar la tipicidad del delito del artículo 150 D del CP relativo a los apremios ilegítimos. Para ello, por lo señalado, se tomará como referencia permanente el delito de torturas del artículo 150 A.

³³ HERNÁNDEZ (2021) p. 552. Anteriormente, en relación al Derecho internacional, el citado autor sostiene idéntica conclusión: *“Como fuera, si hay algo para lo cual el material jurisprudencial no ofrece el más mínimo respaldo es para la pretensión adicional de un sector de la literatura en cuanto a que la de limitación entre tortura y otros tratos a los efectos de la UNCAT pase por las finalidades del agente”*, p. 544.

Capítulo 2: El tipo penal del artículo 150 D del CP

Sin perjuicio de que el objeto principal de este informe es referirse a la modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos, **es pertinente señalar previamente algunas cuestiones generales sobre el tipo penal del artículo 150 D del CP** para tener una cabal comprensión acerca de la figura sujeta a análisis. Especial relevancia tendrán las consideraciones del tipo subjetivo.

A. Requisitos del tipo objetivo

Tal como ya se señaló, dado que **la distinción entre el delito de tortura del artículo 150 A del CP y el de apremios ilegítimos no es cualitativa, sino cuantitativa, en el sentido de que se diferencian por la intensidad del daño**, es pertinente tener presente qué tipo de comportamientos constituyen tortura para luego discernir cuáles podrían estar bajo ese nivel de gravedad y, por lo tanto, ser candidatos a encuadrar en el tipo penal del artículo 150 D del CP.

Como también se expresó, la tortura se encuentra definida en los inc. 3º y 4º del artículo 150 A del CP en los siguientes términos:

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

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

Relacionando la disposición citada con el inc. 1º del artículo 150 D del CP, puede decirse, por tanto, que **habrá apremios ilegítimos cuando a la víctima se le inflijan dolores o sufrimientos graves, físicos, sexuales o psíquicos, pero que no alcancen a constituir tortura**³⁴.

³⁴ La necesidad de acreditar efectos en la víctima se sigue además de la constatación de que tanto el delito de torturas como el de apremios ilegítimos contemplan tipos penales agravados según la naturaleza de los resultados que se provoquen (artículo 150 B del CP en relación con la tortura; y artículo 150 E del CP en relación con el delito de apremios ilegítimos).

En este sentido se han pronunciado los tribunales chilenos, quienes han sido constantes en afirmar que **el delito de apremios ilegítimos constituye un tipo residual de la tortura**. Es en base a dicha concepción que han realizado un estudio de la gravedad de los sufrimientos para delimitar ambos delitos.

Por ejemplo, el Tribunal Oral en lo penal de Angol en la causa Rol 05-2022 descartó la existencia de tortura ya que a su juicio no concurrió el elemento de gravedad requerido en la tortura. El Tribunal razonó de la siguiente manera:

“Las lesiones fueron catalogadas médicamente como leves y no fue acreditado en el juicio que ellas hubieran dejado secuelas físicas en la víctima y que la consecuencia fue psicológica, un estrés agudo, sintomatología ansiosa reactiva a la agresión y una actitud hiperalerta, que mantenía hasta la segunda evaluación que se hizo en el mes de diciembre del año 2020.

Los actos de los funcionarios policiales fueron golpear con los pies, puños y un elemento contundente a la víctima, durante un lapso de minutos a la víctima, que es lo que se consigna en las tres acusaciones, y luego lo subieron al vehículo policial y lo trasladaron al predio forestal donde lo liberaron. (...)

El factor tiempo de la golpiza, minutos de acuerdo con lo señalado por los acusadores, que resultaran lesiones leves cuya sanación debió ocurrir en un máximo de tres semanas, que la víctima rechazara el tratamiento médico y hubiera preferido consumir alcohol para calmar sus dolores, llevan al Tribunal a considerar que no concurre el elemento de gravedad que exige el artículo 150 A del Código Penal para configurar el delito de tortura.”

En este mismo sentido la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt ha hecho referencia a lo dispuesto en el marco del Derecho Internacional, concretamente en la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos o degradantes, dispone en el inciso segundo del artículo 1, que “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”³⁵.

Pese a lo anterior, en el mismo fallo la Corte de Puerto Montt ha entendido que el legislador no ha otorgado todos los elementos para definir con precisión que actos constituyen tortura y cuales apremios ilegítimos. Si bien la gravedad es el criterio diferenciador entre ambas figuras no se describe qué ha de entenderse por sufrimiento grave. Esto último lleva al Tribunal a desprender que la gravedad en los términos en cómo es planteado por el legislador, es un concepto gradual y comparativo, en donde la menor gravedad de los apremios ilegítimos se configura de manera más vaga en comparación a la mayor intensidad característica de la tortura.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de San Miguel también entiende que la función hermenéutica recae en el adjudicador, y debe ser él quien delimite, en su ejercicio de

³⁵ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, Rol 451-2022.

subsunción, los contornos de los apremios u otros tratos. Para realizar ese ejercicio hermenéutico, invariablemente tiene que usar elementos interpretativos que, como en este caso, se desprenden de la propia estructura de los tipos penales, reconociendo a la gravedad como el elemento diferenciador de mayor rendimiento³⁶.

En cuanto a los verbos rectores a través de los cuales se puede cometer el delito de apremios ilegítimos, tal como se mencionó, son los mismos que aquellos presentes en el tipo penal de torturas. En efecto, el inc. 1º del artículo 150 D del CP sanciona al empleado público (y conforme al artículo 150 F del CP también al particular que, en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público o con el consentimiento o aquiescencia de éste) 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.

Asimismo, según la segunda parte del inc. 1º previamente referido, también se sanciona al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, *no impidiere o no hiciera cesar* la aplicación de los apremios ilegítimos o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

En cuanto a los verbos rectores presentes en la primera parte de la norma aludida (*aplicar, ordenar y consentir en que se apliquen apremios ilegítimos*), DURÁN, aunque haciendo referencia al delito de tortura, señala:

“Gramaticalmente, el verbo rector aplicare debe ser entendido en su acepción de emplear, usar, destinar, utilizar o poner algo (en este caso torturas) sobre otra cosa o en contacto de otra cosa. O bien, en el sentido de emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento de alguien o algo. Esto es, en la especie que nos ocupa, en emplear o usar torturas, por parte del sujeto activo o agente, en contra del sujeto pasivo con el fin de obtener un determinado fin o efecto. Lo mismo respecto del inciso 4º, donde lo que ocurre es el empleo, utilización o uso intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en la norma.

En el mismo sentido, el verbo ordenare, significa y se entiende como mandar que se haga algo; encaminar o dirigir u un fin; colocar algo de acuerdo con un plan. En nuestro caso es, entonces, decidir, dictaminar, establecer o decretar la aplicación de tormentos contra el sujeto pasivo. Finalmente, y de igual forma gramatical, consintiere debe entenderse como la manifestación de la anuencia, aprobación, beneplácito, permiso o del acuerdo, de parte del sujeto activo

³⁶ CORTE DE APELACIONES SAN MIGUEL, Rol 1645-2022.

*empleado público, para con la realización de los tormentos contra la víctima por parte de terceros*³⁷.

En cuanto a la modalidad omisiva, en la que se profundizará en el Capítulo 3, por ahora cabe decir que, también aludiendo al elemento gramatical, DURÁN sostiene que:

*“Gramaticalmente, impedir es estorbar, frenar, paralizar, imposibilitar la ejecución de algo, suspender, embargar su ejecución, disuadir. Por ello, en este contexto, debe entenderse que el deber para con el bien jurídico protegido por parte del empleado público es no omitir su obligación de imposibilitar, frenar, suspender, evitar o imposibilitar la ejecución, más o menos cercana o pronta en el tiempo, de tormentos sobre la víctima. En el mismo sentido, hacer cesar significaría producir, ejecutar, obrar, realizar, causar u ocasionar actos o acciones con el fin de acabar, finalizar, concluir, terminar o hacer caer algo. Esto es, el empleado público debe realizar actos, ejecutar acciones concretas y directamente destinadas a terminar, finalizar o acabar con la tortura de las que conoce su ocurrencia, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para ello*³⁸.”

Una particularidad de esta modalidad omisiva es que, **de entrada, cuesta encontrar alguna diferencia con el verbo rector presente en la primera parte del inc. 1º del artículo 150 D del CP, que consiste en consentir en que se apliquen apremios ilegítimos**³⁹. A este respecto, y en relación con la normativa existente con anterioridad a la modificación legal del año 2016 en que también se distinguía entre *consentir* e *impedir* o *no hacer cesar*, POLITOFF, MATUS Y RAMÍREZ sostenían que en el primer caso se trataría de un consentimiento expreso, mientras que en el segundo se haría referencia a un consentimiento tácito⁴⁰. Por su parte, HERNÁNDEZ sostiene:

*“Se podría haber entendido que “consentía” en el sentido del inciso primero, restrictivamente, aquél a quien se le solicitaba permiso para aplicar los tormentos y lo concedía, en tanto que toda inactividad estaba cubierta por el inciso segundo, pero como el verbo “consentir” se suele entender como omisión de garante en otros contextos (en los artículos 233 y 239, por ejemplo) y no divisándose razón para conceder un régimen privilegiado a los garantes, bien podía entenderse también que el inciso segundo solo era aplicable a quienes, aunque teniendo la facultad o autoridad no tenían el deber de intervenir porque no era parte de su competencia específica, entre otras posibilidades. Como se ve, se trataba de una norma oscura e inconveniente*⁴¹.”

³⁷ DURÁN (2019) p. 221.

³⁸ DURÁN (2019) p. 222.

³⁹ Esta cuestión interpretativa tenía una mayor trascendencia en la legislación anterior al año 2016, en que la modalidad omisiva tenía un tratamiento más benigno en cuanto a la penalidad, lo que no sucede con la regulación actualmente vigente.

⁴⁰ POLITOFF, MATUS; y RAMÍREZ (2015) p. 220.

⁴¹ HERNÁNDEZ (2021) pp. 520-521, nota al pie nº 23.

Lo cierto es que, sin perjuicio de que no exista ya una consecuencia a nivel de penalidad, la distinción sigue siendo “*oscura e inconveniente*”.

Finalmente, es imperioso tener presente que existe una limitación relacionada con las consecuencias lesivas de actos legítimos de autoridad, que no constituirían delito por ausencia de tipicidad objetiva. En efecto, el inc. 4º del artículo 150 D del CP dispone:

No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad⁴².

De esta manera, antes siquiera de analizar si podría concurrir en un caso concreto la causa justificante del artículo 10 N° 10 del CP (obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo), debe considerarse la posibilidad de estar frente a una **causa de atipicidad objetiva** vinculada con el ejercicio legítimo de la fuerza por parte de la autoridad pública. Esta limitación fue **objeto de particular discusión en la tramitación legislativa de la modificación legal del año 2016 y encontró consenso** tanto entre parlamentarios como entre representantes del Ejecutivo⁴³.

También el representante de Carabineros de Chile consideró que éste era un resguardo esencial para que los funcionarios de la institución pudieran cumplir con su labor:

“El Director de Justicia (J) de Carabineros de Chile, General señor Juan Gutiérrez, reiteró que considera positiva la creación de los tipos penales que se consagran en la presente iniciativa y añadió que no advierte que ella pueda causar algún tipo de perturbación o complejidad como consecuencia de su aplicación. Destacó, a la vez, que la estructura del proyecto y la especificidad con que se tipifican los respectivos ilícitos resulta adecuada. ✓

A la vez, manifestó que los funcionarios de Carabineros quedarán resguardados cuando ejerzan la fuerza necesaria, por cuanto el inciso final del artículo 150 A dispone que: “No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.”. Esta norma, dijo, es satisfactoria y resguardará los actos que los Carabineros realizan

⁴² Idéntica limitación existe en relación con la configuración típica del delito de tortura, en conformidad con el inc. 5º del artículo 150 A del CP.

⁴³ “El Honorable Senador señor Espina demostró su preocupación por lo que ocurre con ciertas actuaciones que realizan autoridades dentro del marco de la ley, como es el caso de los interrogatorios. Por otra parte, sugirió reemplazar la última oración del inciso final con una redacción proveniente de la legislación mexicana, que señala: ‘No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.’. El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Castillo, no advirtió inconveniente en acoger la propuesta del Honorable Senador señor Espina.”, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 187.

en el ejercicio de sus funciones, los cuales, dijo, constituyen justamente "actos legítimos de autoridad".

Por tales razones, concluyó, no deberían producirse inconvenientes en la práctica"⁴⁴.

Que esta circunstancia sea una causa de atipicidad objetiva **tiene también consecuencias en la interpretación de las exigencias de tipo subjetivo**, como se pasará a señalar a continuación. ✓

B. Requisitos del tipo subjetivo

En relación con el tipo subjetivo del delito de apremios ilegítimos, es manifiesto que éste solo puede cometerse con dolo directo, lo que impediría configurar el delito por conductas imprudentes. Esto se sigue, **en primer lugar**, de la exigencia del artículo 150 D del CP de que **el empleado público se encuentre "abusando de su cargo o sus funciones"**, elemento que también está presente en el delito de tortura del artículo 150 A del CP. La exigencia de abusar del cargo o funciones se vincula con todos los verbos rectores con que se pudiera incurrir en el delito. Así también lo sostiene HERNÁNDEZ:

"Al respecto destaca que toda la estructura de este delito se corresponde con la del de tortura: la conducta típica consiste también en aplicar los apremios u otros tratos o en ordenar o consentir en que se apliquen, así como en no impedir o no hacer cesar su aplicación, teniendo la facultad o autoridad o estando en posición de hacerlo, siempre también 'abusando de su cargo o sus funciones', con pena de presidio menor en sus grados medio a máximo"⁴⁵.

En segundo lugar, como se ha señalado reiteradamente, el delito de apremios ilegítimos no tiene una diferencia cualitativa con el delito de tortura, sino que cuantitativa, solamente vinculada a la menor intensidad en los dolores o sufrimientos que se causan a la víctima. Si bien el tipo de tortura exige expresamente que los dolores o sufrimientos se cometan intencionalmente con determinados fines, lo que haría pensar en una diferencia cualitativa entre ambos delitos, la amplitud de estos fines, que comienzan ya en una simple coacción, termina por hacer fracasar la especificidad que se buscaba con su tipificación. En efecto, se coincide con HERNÁNDEZ en que resulta bastante difícil pensar en un caso de apremios ilegítimos en los que no concurra alguno de los fines de la tortura⁴⁶. Por ello la presencia o no de estos fines resulta del todo irrelevante para determinar si una conducta constituye el delito del artículo 150 A o del artículo 150 D del CP.

En este sentido, como señala el inc. 3º del artículo 150 A del CP, se entiende por tortura todo acto por el cual *"se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos*

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, pp. 201-202.

⁴⁵ HERNÁNDEZ (2021) p. 528.

⁴⁶ HERNÁNDEZ (2021) p. 552.

graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos” con una determinada finalidad ulterior. La intención directa de causar dolores en la víctima permite afirmar claramente la exigencia de dolo directo.

Incluso, durante la discusión parlamentaria de la actual Ley N° 20.968 se vinculó, en efecto, el abuso del cargo o funciones con la intención de causar dolor:

“El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, consultó cuál era la razón para utilizar la expresión ‘abusando de sus funciones’ al aludirse al empleado público, agregando que al usarse el verbo ‘abusar’ se estaría imponiendo una condición adicional al tipo penal.

La señora Ministra de Justicia y Derechos Humanos explicó que dicha forma verbal viene a resaltar que el empleado público está cometiendo el delito cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones.

El señor Castillo complementó lo anterior señalando que el tipo penal que se plantea incorpora un elemento subjetivo especial, que es el causar intencionalmente dolor o sufrimiento. Precisó que dicha intencionalidad justamente dice relación con el ejercicio abusivo del cargo por parte del empleado público. ✓

El Honorable Senador señor Harboe opinó que la referencia al ejercicio abusivo del cargo resulta de toda lógica, porque en ningún caso el ejercicio legítimo del mismo permite aplicar tortura. Por tal razón, agregó, se entiende que un funcionario público comete dicho delito abusando de sus funciones”⁴⁷.

Es pertinente considerar que el delito de tortura exige que los dolores o sufrimientos graves sean infligidos “con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad”⁴⁸. Estos fines de (i) obtención de información, declaración o confesión, (ii) intimidación, (iii) coacción y/o (iv) discriminación solo resultan compatibles con la actuación de un sujeto con dolo directo. ✓

Estas exigencias subjetivas coinciden con aquellas que se expresan a nivel internacional. Tal como se sostuvo en un informe presentado a la Comisión de Constitución del Senado según consta en la historia fidedigna del establecimiento de la Ley N° 20.968:

“De esta manera, los elementos descriptivos de la conducta que definen la tortura pueden sintetizarse de la siguiente manera: (i) dolo de producir sufrimiento físico

⁴⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 176.

⁴⁸ CHILE, Código Penal. Artículo 150 A inc. 3.

o mental; (ii) finalidad de obtener información, confesión, o castigo; intimidación o coacción, o discriminación; y (iii) ser realizada directa o indirectamente por un funcionario público o por un particular ejerciendo funciones públicas”⁴⁹.

Finalmente, en relación con la conducta omisiva consistente en que quien “conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo” **la exigencia del dolo directo es todavía más justificada.** En efecto, así también DURÁN, quien, si bien en el resto de las modalidades comisivas admite la posibilidad de dolo eventual (lo que aquí no se comparte por las razones ya apuntadas⁵⁰), tratándose de la conducta omisiva exige tajantemente dolo directo: ✓

“Por otra parte, la faz omisiva contenida en el inciso 1º del artículo 150 A claramente es más estricta y exige Dolo Directo. En ella, el funcionario que no impide ni hace cesar la aplicación de torturas, debe hacerlo con conocimiento de la ocurrencia de estas conductas. Razón por la cual son discutibles, por tal exigencia típica, situaciones de Dolo eventual”⁵¹.

El dolo del agente en comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos debe ser uno que cumpla con los requisitos del dolo directo, es decir, que **conozca y quiera la realización del delito, no admitiendo de esta forma la posibilidad de concurrencia de dolo eventual, y menos aún, un tipo penal culposo** de apremios ilegítimos. ✓

Lo anterior se desprende de la manera en la que está tipificado en la ley el delito de apremios ilegítimos, al establecer el legislador que “igual sanción se impondrá al empleado público que, **conociendo de la ocurrencia de estas conductas,** no impidiere o no hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo”, puesto que el tipo penal exige que el agente conozca la ocurrencia de las conductas, y habiéndolas conocido, no impida o no hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos.

A mayor abundamiento, el dolo directo exigido para la concurrencia del delito de apremios ilegítimos debe recaer sobre: i) La continuación de un apremio que se está realizando, no haciéndolo cesar; o ii) El no impedir que se realice un apremio que está por comenzar de forma inmediata en el espacio temporal. De esta forma, **el dolo directo del autor en comisión por omisión de este tipo penal tiene que incidir en circunstancias en que el apremio se esté actualmente realizando o empezando a ocurrir, y que, ante estas situaciones, el empleado público decida no impedir los**

⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 94. Igualmente, en pp. 104-105 y 182.

⁵⁰ Aunque, curiosamente, cuando se refiere a las finalidades con que se aplique la tortura sí requiere dolo directo: “Finalmente, el inciso 3º del artículo 150 A, exige que el acto de tortura se inflija intencionalmente y con una finalidad o elemento subjetivo especial y trascendente, es decir, con dolo directo respecto de cada uno de sus elementos y realizado con determinados pero amplísimos fines u objetivos”. DURÁN (2019) p. 233.

⁵¹ DURÁN (2019) p. 233.

apremios que están por comenzar ni hacer cesar aquellos que se estén realizando. En definitiva, para que se verifique una omisión en relación con este delito se exige que el sujeto activo, con conocimiento actual y cierto de conductas de apremios ilegítimos, quiera no impedirlos ni hacerlos cesar. ✓

En consecuencia, no bastará para afirmar el dolo del autor, el hecho de que éste tome conocimiento de apremios que ya ocurrieron, toda vez que precisamente por haber éstos ya sucedido, el autor no habrá podido siquiera representarse la posibilidad de actuar para impedir o hacer cesar dichos apremios. Aquí se hace alusión al elemento de la actualidad del dolo que debe encontrarse presente para que se configure este tipo penal, ya que no tiene sentido que se le impute responsabilidad penal al empleado público que tomó conocimiento de conductas propias de apremios ilegítimos con una posterioridad a su ocurrencia, sin poder ya hacer nada para evitarlos o detenerlos.

Por lo anterior, para imputar la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos, deberá, en primer lugar, revisarse si es que hubo o no una extemporaneidad del conocimiento que se haya tenido de las conductas constitutivas de apremios ilegítimos u otros tratos crueles. Si en el momento en que se toma conocimiento de dichas conductas, éstas ya habían ocurrido a una distancia temporal de tal longitud que no fue posible su impedimento o cesación, deberá entonces rechazarse dicha imputación. **Es aquí la importancia de la actualidad del dolo**, puesto que se requiere que el supuesto omitente haya tenido al menos la posibilidad de realizar una conducta con el fin de detener los acontecimientos con un conocimiento que no sea extemporáneo. ✓

Con todas las consideraciones ya realizadas acerca del tipo subjetivo, es posible señalar que el caso judicial en el que se ha solicitado la elaboración de este informe es un buen ejemplo que explica la justificación de la exigencia de dolo directo a este respecto. En efecto, se está imputando la responsabilidad de miembros del mando de Carabineros de Chile por, supuestamente, no haber impedido o hecho cesar la aplicación de apremios ilegítimos que habrían sido cometidos por diversos carabineros en el marco de las protestas que tuvieron como contexto el denominado “estallido social”.

Sin embargo, se pasa por alto que lo que los mandos de Carabineros no podían hacer ante situaciones de graves alteraciones del orden público era, justamente, no hacer nada (que, según el tenor de sus presentaciones, parecería que era lo esperable para los querellantes). Muy por el contrario, Carabineros de Chile, y quienes ordenan sus operativos, tienen el deber de atender y garantizar la seguridad pública de la nación. De lo contrario, se exponen a incurrir en el delito de denegación de servicio del artículo 256 del CP, además de responsabilidad civil y administrativa⁵².

⁵² El artículo 256 del CP dispone: “El empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”.

En este sentido, los mandos de Carabineros de Chile, salvo que se estimase absurdamente que al organizar y ejecutar un operativo policial de control de orden público están incurriendo en un actuar ilegítimo *per se*, no están permitiendo u omitiendo hacer cesar apremios ilegítimos, sino que, por el contrario, están cumpliendo con su deber de acudir donde se les requiera para controlar el orden público. ✓

Por otra parte, es evidente que el cumplimiento del deber conlleva ciertos riesgos por una serie de circunstancias: por la cantidad de funcionarios que ejecutan sus labores *in situ*, por la cantidad de manifestantes con los que deben lidiar, por la magnitud de los desórdenes que estén llamados a enfrentar y por diversas situaciones contextuales adicionales que indica ya el propio sentido común. Si ante la mera posibilidad de que un riesgo se concrete en una lesión de algún bien jurídico, los mandos de Carabineros de Chile tuvieran que detener sus operativos policiales, nunca habría ningún operativo policial que se llevara a cabo.

Obviamente, lo anterior no es óbice para imputar la responsabilidad personal del funcionario policial que pudo haber incurrido concreta y específicamente en algún delito particular, inclusive el de apremios ilegítimos. Pero sí es una limitación infranqueable para quien quiera acusar de dicho delito a un funcionario integrante del mando de Carabineros de Chile que, por el solo hecho de que pudiera haberse representado algún riesgo para un bien jurídico, no hubiese impedido un operativo policial indispensable para resguardar el orden y la seguridad pública, objeto específico de su deber. ✓

Por lo anterior, para considerar que hubo una omisión constitutiva de tal tipo penal por parte de integrantes del mando de Carabineros de Chile, es indispensable acreditar que ellos obraron con dolo directo de apremiar ilegítimamente a específicos manifestantes. De no ser el caso, estaríamos justamente en el supuesto del inc. 3° del artículo 150 D del CP: “*No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad*”.

Capítulo 3: El tipo omisivo del delito de apremios ilegítimos

A. Aproximación preliminar a la modalidad omisiva del artículo 150 D del CP

Como ya se señaló en el Capítulo 2, el artículo 150 D del CP dispone que al empleado público le son aplicables las penas del inc. 1º no solamente en el caso en 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. En efecto, a continuación, señala **“Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”**⁵³.

Ya se indicó, además y en general, en qué consiste tal omisión desde el punto de vista del sentido gramatical. Asimismo, se explicó en detalle por qué en tal caso la exigencia de dolo directo se encuentra todavía más justificada que en las otras modalidades activas de realización del delito aquí estudiado.

En este Capítulo se describirá desde una perspectiva más amplia, en primer lugar, la fundamentación de los diversos criterios de imputación de responsabilidad penal que sustentan los delitos del ordenamiento jurídico nacional. En segundo lugar, se señalará qué se entiende por omisión como modalidad de realización de delitos para luego revisar brevemente las clases de delitos omisivos, indicando los requisitos que se exigen para su verificación. Finalmente, se indicará qué tipo de omisión es la que se encuentra regulada en la referida hipótesis del artículo 150 D del CP y cuáles son las consecuencias que se derivan de ello para quien se proponga acreditar la comisión del delito de apremios ilegítimos por omisión.

B. Los fundamentos de la responsabilidad penal

La clasificación tradicional que se realiza entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia suele confundirse con una distinción previa que tiene relación con el fundamento de la responsabilidad penal.

i. Infracción del deber de no dañar a otros (*neminem laedere*)

Un primer fundamento de responsabilidad penal descansa sobre el binomio libertad de organización / responsabilidad por las consecuencias. De acuerdo con este primer fundamento, la responsabilidad penal deriva de una vulneración del deber negativo *neminem laedere* (deber de no dañar a otros ciudadanos) mediante el ejercicio defectuoso de la libertad de organización que genera un *output lesivo* para otra esfera de organización

⁵³ Como ya se ha indicado previamente, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley N° 20.968, esta modalidad omisiva constituía una figura atenuada del delito de tormentos o apremios ilegítimos del artículo 150 A del CP vigente hasta el año 2016.

(otro ciudadano). Se asienta sobre este primer fundamento la responsabilidad penal por la realización de delitos tales como el homicidio, la estafa o la violación. En todos ellos el autor infractor del *neminem laedere* ejerce defectuosamente su libertad al organizar (realizar) un comportamiento que daña a otro sujeto (ciudadano concebido como una esfera de organización). En todos los delitos en los que la responsabilidad penal deriva del binomio aquí referido, la conducta delictiva (matar, estafar, violar) implica una **irrupción heterolesiva (dañosa)** para terceros. De esta última constatación deriva una muy relevante consecuencia: en los delitos en los que la responsabilidad penal consiste en infringir el *neminem laedere* -infracción realizada por un ejercicio defectuoso de libertad por el que se irrumpe dañosamente en la esfera personal de terceros- la conducta delictiva presenta la siguiente estructura: **comisión**. Se trata de **delitos comisivos**. Los delitos comisivos comprenden un amplio grupo de infracciones penales en los que la conducta típica se caracteriza estructuralmente por dañar a un tercero ya que consiste en una irrupción lesiva en una esfera ajena. Para el presente informe resulta especialmente relevante resaltar la siguiente afirmación: **la responsabilidad penal derivada de delitos comisivos -delitos cuya conducta implica y consiste en una irrupción heterolesiva- se fundamenta en la infracción del *neminem laedere*⁵⁴ y tal infracción puede realizarse, por regla general, tanto activa como omisivamente.**

Delitos como el homicidio, la estafa o la violación son **delitos comisivos** porque la realización de la conducta típica supone una irrupción lesiva o dañosa contra la vida, patrimonio y libertad sexual de otro ciudadano. **La comisión del delito de homicidio, por ejemplo, puede darse tanto activa como omisivamente.** Normativamente, en ambas modalidades comisivas el autor -sea éste autor activo o autor (garante) de una omisión-, irrumpe en la esfera jurídica ajena al realizar la conducta *matar a otro*. El homicidio es probablemente el delito con estructura comisiva (estructura de comisión) por excelencia. En él puede resultar especialmente fácil de observar que la idea de irrupción o comisión no solo abarca la *acción de matar* (acuchillar el cuello de otro, por ejemplo), sino también la *conducta omisiva por la que se deja morir a otro encontrándose el omitente en posición de garante*. En este último caso, el que deja morir también incurre en una **comisión** que permite atribuirle la muerte como resultado y la conducta *matar a otro*, solo que la realización de la comisión es omisiva (= comisión por omisión).

Como se acaba de mencionar más arriba en este mismo apartado, los **delitos de comisión o comisivos** por regla general pueden ser cometidos tanto **activamente** (comisión activa = realización activa de un delito comisivo) como **omisivamente** (comisión omisiva, comisión por omisión = realización omisiva de un delito comisivo)⁵⁵.

⁵⁴ El *neminem laedere*, por su parte, se infringe mediante el ejercicio defectuoso (heterolesivo) de la libertad.

⁵⁵ Sin embargo, esta regla general admite excepciones. Así, por ejemplo, el delito comisivo de violación -lo es porque el acceso carnal implica siempre una irrupción heterolesiva- no admite comisión por omisión

La infracción omisiva de deberes negativos (comisión por omisión), no se encuentra abierta a cualquier ciudadano, sino exclusivamente a los denominados garantes. Únicamente un garante puede infringir omisivamente un deber negativo y así irrumpir, también omisivamente, en la esfera personal o derechos de otro. Garante es aquel ciudadano que se encuentra especialmente vinculado con la protección de los bienes jurídicos (de los derechos, de las expectativas normativas) de otro ciudadano. Es, justamente, la infracción de ese deber de protección el que desencadena la responsabilidad penal por la afectación del *neminem laedere*⁵⁶.

ii. Infracción de deberes positivos ✓

Un segundo fundamento de la responsabilidad penal se encuentra en la infracción de deberes positivos. A diferencia del fundamento anterior de la responsabilidad penal (binomio ya explicado por el que se vulnera el principio *neminem laedere*), no es la irrupción lesiva en la esfera de otro ciudadano lo que fundamenta la responsabilidad sino el incumplimiento de un deber de realizar ciertas prestaciones que impone el Derecho penal sobre ciertos ciudadanos. Son dos los deberes positivo-institucionales que fundamentalmente impone el Derecho penal sobre determinados ciudadanos: **(a) deberes de solidaridad derivados de la sola condición de ciudadano; (b) deberes positivos derivados de cargos públicos.**

a) Deberes positivos de solidaridad derivados de la condición de ciudadano ✓

Si bien estos deberes no interesan especialmente para este informe, conviene explicarlos someramente para proponer un panorama coherente sobre los fundamentos de la responsabilidad penal y las estructuras delictivas que derivan de tales fundamentos.

Los deberes de solidaridad pesan sobre los ciudadanos por el solo hecho de serlo en la medida en que se cumplan determinadas condiciones fácticas previstas por el legislador penal. El legislador ha previsto esta clase de condiciones que gatillan un deber de *solidaridad activa* (deber de realizar prestaciones en favor de otro) en el artículo 494 N° 14° del CP⁵⁷. El legislador ha regulado, en cambio, un deber *solidaridad pasiva* (deber de tolerar lo que otro hace) en el estado de necesidad justificante del artículo 10 N°7 del CP.

cuando la autoría es de un solo sujeto violador. La naturaleza misma de la conducta por la que se viola a otra persona (*acceder carnalmente*) imposibilita violar omisivamente con un único autor. En cambio, si parece posible la responsabilidad penal como autor de una violación -delito estructuralmente comisivo- si un garante de la víctima omitiera la evitación del acceso carnal realizado fácticamente por otro. Esta aseveración, válida en el plano normativo y estructural, es realizada sin entrar en el problema relativo al numeral del artículo 15 CP chileno que resulte aplicable.

⁵⁶ En el caso del autor de una comisión activa podría decirse que éste suele comenzar a ocupar la posición de garante de heteroprotección al momento en el que inicia activamente la comisión de un delito mediante la infracción (activa) de un deber penal negativo (al dar comienzo a la realización delictiva mediante un comportamiento dotado de un sentido activo).

⁵⁷ El artículo 494 N° 14 CP dispone: *Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: [...] 14.º El que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiese hacerlo sin detrimento propio.*

Recae el deber de *solidaridad pasiva* sobre el titular de la propiedad que el ciudadano necesitado afecta al amparo de esta causa de justificación⁵⁸.

Es interesante considerar que una característica distintiva de los deberes solidarios es que recaen en (afectan a) ciudadanos no vinculados especial ni anteriormente con el beneficiario de la prestación o abstención solidaria. Lo anterior implica que el ciudadano infractor de deberes positivos y solidarios es un no-garante del ciudadano en cuyo favor existe del deber solidario.

b) Deberes positivos derivados de determinadas funciones públicas ✓

Los casos más paradigmáticos de esta clase de deberes se encuentran en el grupo de los delitos de funcionarios públicos en los que el legislador reconoce que sobre ellos recaen deberes positivos muy cualificados de cuya infracción deriva la responsabilidad penal. Ésta no consiste en una irrupción dañosa en la esfera personal de otro ciudadano (infracción al *neminem laedere*) ni tampoco en el incumplimiento de un deber solidario derivado de la sola condición de ciudadano. En los delitos que consisten en la infracción de **deberes positivos derivados de determinadas funciones públicas** lo que fundamenta la responsabilidad penal es el incumplimiento del deber cualificado-funcionarial de tal manera que decae al máximo, en materia de autoría, la idea de que el autor (infractor del deber positivo derivado de una función) debe dominar o controlar la conducta típica que realiza. En esta línea argumentativa, con contornos aún imprecisos, el grupo de delitos fundados en la idea de una infracción de un deber positivo funcional se vincula directamente -nuevamente en materia de autoría- con los **delitos de infracción de deber**. Respecto de éstos, se sostiene mayoritariamente⁵⁹ que su autor puede ser considerado como tal (paradigmáticamente el funcionario público) simplemente por infringir su deber, dolosa o culposamente según corresponda, sin que sea relevante que dicho autor domine la conducta delictiva ni tampoco que tal infracción derive de una acción o de una omisión. Como se explicará más adelante, **el delito de apremios ilegítimos no es un delito de mera infracción de deber, a pesar de que comparte elementos con esta clase de delitos.** ✓

En el apartado siguiente se establecerán las principales relaciones que, a juicio de quien realiza el presente informe, existen entre los fundamentos de la responsabilidad penal y las diversas clases de delitos omisivos.

⁵⁸ Es así como, por ejemplo, el dueño de una casa situada en medio de un terreno amurallado *debe tolerar/soportar* que ingrese dentro de su propiedad el ciudadano que huye de una jauría de perros rabiosos que lo persiguen. Se trata de un caso en el que el propietario debe tolerar un curso lesivo (ingreso no autorizado en propiedad ajena) organizado por el que actúa en estado de necesidad. Un tema complejo y discutido es el relativo al título de imputación penal por el que responde el ciudadano insolidario que no tolera el ingreso del necesitado en un caso como el aquí planteado.

⁵⁹ CURY (2009) p. 616.

C. Clases de delitos omisivos

Como primera idea básica debe tenerse presente que la omisión constituye una modalidad de realización de un grupo importante de delitos. De este grupo de delitos deben entenderse excluidos los tipos penales que, por decisión legislativa, posean un verbo rector y descripción legal que impida interpretar que la conducta delictiva puede ser realizada omisivamente. Así, por ejemplo, en Chile se considera que el artículo 397, con sus verbos *herir, golpear o maltratar de obra*, excluye la realización omisiva de este específico delito de lesiones graves.

Antes de resaltar las diferencias entre las diversas clases de delitos omisivos, es oportuno señalar que **las diversas clases de delitos omisivos que se examinarán poseen elementos coincidentes en su tipicidad objetiva**. En todos ellos deben satisfacerse los siguientes requisitos: i) debe darse una situación en la que exista un peligro para un bien jurídico-penal y que el Derecho penal requiera la intervención del omitente; ii) el autor-omitente debe tener una real posibilidad de intervenir; y iii) el omitente debe contar con los medios para solucionar la situación de riesgo y ser capaz de manejar esos medios. Si no concurren las condiciones enumeradas no cabe afirmar una omisión en el plano objetivo.

Se proponen, a continuación, dos clasificaciones de delitos omisivos. En primer lugar, la clasificación que los distingue atendiendo a la técnica legislativa empleada en el correspondiente texto legal: **i) Delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia**. En segundo término, otra clasificación distingue los delitos de omisión según su estructura y la clase de deberes que resultan infringidos mediante el comportamiento omisivo: **ii) Delitos de omisión pura y delitos omisivos dotados de una estructura comisiva (comisión por omisión)**.

i) Los **delitos de omisión propia** o, lo mismo, **propia y propiamente omisivos**, son aquellos que la ley ha previsto expresamente como tales y consisten en una abstención por la que el omitente-autor desoye el mandato penal que le impone un determinado deber de actuar. En los **delitos de omisión propia** el enunciado legal correspondiente expresamente regula la conducta punible como una de carácter omisivo. Así, por ejemplo, la prevaricación del artículo 226. *En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes [...]*, la omisión de auxilio del artículo 195 de la ley del tránsito de Chile. *inc. 2º El incumplimiento de la obligación de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad de todo accidente en que se produzcan lesiones, señalada en el artículo 176, se sancionará con la pena de presidio [...]*. En todos los **delitos de omisión propia** hay una prestación positiva esperada -mandada por el Derecho- que, en caso de no ser realizada, infringe un deber jurídico-penal. El deber de realizar una determinada prestación positiva nace cuando se configura la situación fáctica-normativa que el enunciado legal regula. Sin perjuicio de lo anterior, como ya se dijo, no basta con que se verifiquen los requisitos de la situación que gatilla el deber jurídico-penal positivo, pues

además se exige que el omitente tenga capacidad de intervenir y de cumplir con la prestación debida. ✓

Los **delitos de omisión impropia** se encuentran regulados por textos legales que no aluden en forma expresa ni evidente a una conducta típica omisiva. A la realización omisiva de delitos no previstos expresamente como delitos de omisión se la denomina **omisión impropia**. Es importante tener presente que **la omisión impropia se plantea únicamente respecto de delitos de resultado**, entendidos éstos como aquellos cuya consumación requiere un resultado adicional y distinto de la conducta del autor, e imputable a ésta⁶⁰. ✓

Pese al enorme interés que plantea la omisión impropia, no se tratará sobre ella con profundidad debido a que el texto legal del delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles sí ha previsto expresamente la modalidad omisiva de este delito. En consecuencia, la realización delictiva por omisión del delito de apremios ilegítimos corresponde a una omisión propia. ✓

ii) Los **delitos de omisión pura** se distinguen de los delitos de **comisión por omisión** en el plano estructural.

En los **delitos de omisión pura** la conducta del autor-omitente consiste en una **simple abstención de realización de una prestación que el Derecho penal manda al autor realizar**. En el plano estructural, tal omisión se reduce a una no prestación de una determinada salvaguarda en favor de otro. El omitente-autor realiza la conducta punible al infringir un deber positivo (solidario o funcional) que pesa sobre él sin irrumpir dañosamente en la esfera personal o derechos de otro. ✓

La idea de la “pura omisión” también dice relación con los requisitos que el tipo penal exige para sostener la consumación. En el delito de omisión pura, el delito se consuma con la sola abstención **sin que sea menester la verificación de un resultado imputable a la conducta omisiva**. El ejemplo probablemente más claro de omisión pura en nuestra legislación es, sin duda, la falta “omisión de socorro” prevista en el artículo 494 N°14.

En el **delito de comisión por omisión**, a diferencia de la omisión pura, **el autor-omitente infringe un deber negativo (de no matar, lesionar, etc.)**. Si bien en esta clase de delitos (comisión por omisión) poseen efectivamente una dimensión que consiste en una abstención de una prestación en favor de otro -elemento estrictamente omisivo-, la conducta del autor-garante realiza una irrupción heterolesiva o dañosa para un determinado bien jurídico. Probablemente por esta última consideración es que se propone que **únicamente los delitos de resultado admiten comisión por omisión**, ya que en ellos el elemento de irrupción lesiva en la esfera de otro es inequívoca.

⁶⁰ En nuestro país aún existen dudas en un sector doctrinal sobre la constitucionalidad de la admisión de la omisión impropia debido a una (supuesta) vulneración del principio de reserva legal, véase: CONTESSE (2017) p. 43. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia se inclinan mayoritariamente por la admisión de los delitos de omisión impropia y han desarrollado una interesante y fructífera doctrina relativa a las posiciones de garante.

CURY, de modo algo enrevesado y quizá inexacto, se refiere a estas características de la comisión por omisión explicando que: “la conducta que infringe una norma imperativa (mandato) ocasiona, como consecuencia, el quebrantamiento de una prohibitiva (prohibición)”⁶¹.

La **comisión por omisión**, en palabras de MIR: “[...] muestra en su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo”⁶². Se trata de un resumen simple y muy correcto con la sola salvedad de que, como se explicó más arriba, es posible sostener que la posición de garante es un elemento presente en todo delito comisivo, sea que se trate de una comisión por omisión o una comisión activa.

Antes de continuar, se plantearán un par de preguntas cuya respuesta puede contribuir a esclarecer más los contornos de las clasificaciones de los delitos omisivos que se ha propuesto y eventuales relaciones entre ellas. ✓

Primera pregunta: la idea de delito de omisión propia, ¿coincide con la de los delitos de omisión pura cuya consumación no exige un resultado?

No, puesto que existen delitos de omisión propia cuya consumación sí requiere de un resultado adicional a la omisión de tal modo que se trata de delitos de omisión propia con estructura comisiva (o, lo mismo, comisiones por omisión “propias”). Un caso se encuentra en el artículo 253 inc. 2. CP que trata sobre la denegación de auxilio y abandono de destino: *El empleado público del orden civil o militar que requerido por autoridad competente, no prestare, en el ejercicio de su ministerio, la debida cooperación para la administración de justicia u otro servicio público, será penado con [...]. Inc. 2º Si de su omisión resultare grave daño a la causa pública o a un tercero, las penas serán [...].* El resultado debe ser imputable objetivamente a la omisión del empleado público⁶³. Como el lector podrá adelantar a estas alturas del presente informe en Derecho, **la variante omisiva expresamente prevista por el legislador para el delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles no constituye una omisión pura y propia, sino una omisión propia y, a la vez, comisión por omisión.** El delito de apremios ilegítimos es un delito

⁶¹ CURY (2009) p. 678. Lamentablemente, este destacado autor nacional confunde la comisión por omisión, que caracteriza de modo correcto, con la omisión impropia que, como se ha explicado, no son sinónimos.

⁶² MIR (2016) pp. 326-327. Es pertinente apuntar que en Derecho comparado en ocasiones se advierte que es la ley la que entrega criterios para interpretar en qué casos se puede estar frente a un delito de comisión por omisión si éste no se encuentra expresamente descrito expresamente en la norma legal. Es el caso del artículo 11 del Código Penal español, que dispone:

Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

⁶³ Lo aquí explicado es válido sin perjuicio de que la figura del inc. 2º pueda ser considerada como un delito calificado por el resultado.

de resultado que, tanto en su variante activa como en la omisiva posee una estructura comisiva, esto es, de irrupción lesiva para la integridad moral de otra persona. ✓

Segunda pregunta: *¿Es la posición de garante un elemento exclusivo de la comisión por omisión?*

No. La posición de garante es un elemento de todo delito comisivo (activo u omisivo). ✓

La responsabilidad penal por delitos comisivos, caracterizados por la idea de irrupción lesiva en la esfera personal o de derechos ajenos, deriva de la vulneración del principio *neminem laedere* (deber negativo de no dañar a otros). Esta caracterización es plenamente aplicable tanto a la comisión omisiva como a la comisión activa de delitos -valga la redundancia- comisivos. Si bien es cierto que la doctrina y jurisprudencia han reflexionado acerca de las posiciones de garante teniendo en mente la realización omisiva de delitos comisivos, la verdad es que también es garante quien realiza activamente un delito comisivo. Así, por ejemplo, el sujeto activo que acuchilla en el cuello a la víctima que muere, realiza activamente el delito comisivo de homicidio. Al acuchillar el cuello de su víctima deja de ser un ciudadano más respecto de ella, pasando a ser el sujeto preferentemente competente o responsable de la vida de la persona acuchillada. A la posición de responsabilidad preferente por los riesgos ajenos la llamamos posición de garante. **En definitiva, tanto en delitos comisivos realizados activamente como en los realizados omisivamente su autor es un garante.** La única diferencia que existe entre la comisión activa y la omisiva, en lo que respecta al garante, es el **momento** en que el ciudadano-autor queda constituido como garante. En la **comisión omisiva**, el garante debe ocupar esa posición **antes** de la infracción jurídico-penal del deber negativo (por ejemplo, la madre que comete omisivamente un parricidio de un hijo lactante es -debe ser- garante de la vida de la víctima antes de infringir omisivamente el deber negativo “no matar”). En cambio, en la realización activa de delitos comisivos el autor queda constituido como garante al **momento mismo** (no antes) de la infracción del deber negativo. Precisamente la infracción activa del deber negativo -acuchillamiento del cuello de la víctima- genera su responsabilidad o competencia preferente por la vida de la víctima (= genera su posición de garante).

Las consideraciones previas son de la mayor importancia ya que los modos en que un ciudadano entra efectivamente en una posición de garante y los requisitos con arreglo a los cuales será responsable por el correspondiente delito comisivo, son -a fin de cuentas- comunes a la comisión activa y la comisión por omisión. ✓

Como se justificará a continuación, **la específica modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles debe ser considerada como un delito de omisión propia dotado de una estructura comisiva.** ✓

En relación con la posición de garante, la doctrina, en general, considera como fuentes de tal posición a la ley, el contrato, la injerencia y la comunidad de vida especial⁶⁴. Lo

⁶⁴ CURY (2009) pp. 679-685. MIR (2016) pp. 327-338. Siguiendo la teoría de las funciones de Armin KAUFMANN, este último autor distingue las fuentes de la posición de garante según si éstas surgen de la

relevante es que se acredite una posición fáctica de garante respecto del bien jurídico protegido que, en el caso concreto, le exigía actuar⁶⁵.

A continuación, se seguirá argumentando sobre la clase de omisión que se encuentra tipificada en el artículo 150 D del CP y sus exigencias típicas. ✓

D. Realización omisiva del artículo 150 D del CP ✓

La segunda parte del inciso 1º del artículo 150 D del CP establece que comete este delito el “*empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas (la aplicación, la ordenación o el consentimiento de que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura), no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo*”. De conformidad con lo explicado más arriba, la modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos es una **omisión propia** ya que es el propio texto legal el que regula de modo expreso la variante o modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles: trata el texto sobre conductas omisivas: el “*empleado público que [...] no impidiere o no hiciere cesar [...]*”.

La **omisión propia de apremios ilegítimos no presenta los rasgos propios de una omisión pura** ya que la conducta omisiva del autor de apremios por omisión no se reduce a una simple abstención de un deber anejo a su cargo. Se justificará, a continuación, que la estructura de los apremios ilegítimos por omisión **corresponde a una comisión por omisión**. ✓

El autor por omisión de este delito realiza una conducta comisiva al no impedir o no hacer cesar los apremios que otro realiza activamente. La omisión propicia y favorece, omisiva y dolosamente, una irrupción lesiva para la integridad moral de la víctima de los apremios. La conexión entre la abstención del autor de los apremios por omisión y los apremios realizados activamente por otro funcionario público, permiten sostener que **ambas modalidades de realización de este delito poseen una estructura comisiva**: realiza una *comisión activa* el funcionario público que ejecuta directa e inmediatamente

función de protección de un bien jurídico (casos en los que incluye la estrecha vinculación familiar, la comunidad de peligro y la asunción voluntaria de una función de protección) o de un deber de control de una fuente de peligro (casos en los que considera el actuar precedente o injerencia, el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y la responsabilidad por la conducta de otras personas). Cabe hacer presente que la doctrina precedentemente referida ha reflexionado sobre la posición de garante en el marco de la omisión impropia de delitos de resultado.

En el presente informe se considera que solo nacen deberes penales de heteroprotección en virtud de la asunción *fáctica* de esta clase de deberes y de la injerencia, comprendida esta última como un comportamiento que pone en riesgo un bien ajeno con anterioridad a la infracción del deber penal negativo.

⁶⁵ CURY (2009) p. 680: “Solo incurre en comisión por omisión quien, encontrándose en una posición fáctica de garante respecto al bien jurídicamente protegido, no actúa, a pesar de contar con el dominio final del hecho, para evitar una lesión o puesta en peligro de dicho bien”.

los apremios a un ciudadano y realiza una *comisión omisiva* del delito de apremios el omitente-autor que no los impide o hace cesar. ✓

En consecuencia, **la realización omisiva de los apremios ilegítimos corresponde estructuralmente a una comisión por omisión**. Esta afirmación se ve corroborada al tomar en cuenta que *el delito de apremios ilegítimos es un delito de resultado* que se consuma por la verificación de una afectación de la integridad moral de la víctima. Queda pues en evidencia que la conducta del empleado público que comete este delito, sea por acción o por omisión, siempre consiste normativamente en una irrupción en la esfera personal y de derechos del ciudadano-víctima (*estructura comisiva*)⁶⁶.

Tanto la tortura como los apremios ilegítimos son parte de un continuo de ilicitud que no se distinguen entre sí cualitativamente, sino solo en razón de un criterio cuantitativo vinculado con la intensidad y/o gravedad de los dolores o sufrimientos causados a la víctima. **La exigencia de estos efectos (resultados) sitúa a ambas figuras, en sus variantes omisivas, muy lejos de la estructura de una omisión pura.** ✓

Las consideraciones anteriores se ven confirmadas por la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.968, en que a lo largo de toda la tramitación del proyecto de norma legal se hizo referencia a la señalada modalidad omisiva como un tipo penal de **comisión por omisión**. Solo a modo ejemplar de lo que se comenta, se puede señalar que, en el marco de la discusión acerca de si solamente sancionar a quien tenía la facultad o autoridad para impedir o hacer cesar los apremios ilegítimos no lo hiciera, o también incorporar a quien se abstuviera de intervenir estando en posición para hacerlo (opción que prevaleció), el jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos indicó:

“Añadió que estamos ante un funcionario público que observa como otra tortura a una persona. Consignó que la pregunta que el derecho se debe hacer en este caso

⁶⁶ En Derecho comparado, esta clase de figura delictiva es también considerada como una **comisión por omisión**. Solo a modo ejemplar, en relación con los tratos degradantes y la tortura en España, FELIP y RAGUÉS (p. 129) sostienen: “En su artículo 176, el Código Penal considera merecedor de las penas previstas para este delito a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo y sin infligir directamente los tratos degradantes a la víctima, permita que sean otras personas quienes lo hagan. El Tribunal Supremo (Sentencia 294/2003, ponente Sánchez Melgar) entiende que la aplicación de este tipo exige una ‘relación de superioridad’ entre quien tolera las torturas y quienes las ejecutan, afirmando que se trata de un supuesto de comisión por omisión específicamente tipificado. Por su parte, en la STS 205/2015 (ponente del Moral García) se subraya que basta con dejar hacer, sin que sea necesario que el superior apruebe la conducta del subordinado”. En relación con el delito de violencia habitual, que no tiene una tipificación omisiva expresa, los autores también se muestran de acuerdo en que sería posible considerar la configuración del delito vía comisión por omisión (y, a la vez, omisión impropia): “A menudo se plantea la cuestión de la responsabilidad de quien, sin ejercer actos de violencia, no impide que estos se produzcan. Este es el caso, por ejemplo, de quien no evita que los malos tratos dispensados reiteradamente a sus hijos por parte de su pareja. En principio no parece que existan obstáculos legales ni dogmáticos para considerar que se trata de una coautoría o participación en comisión por omisión en un delito de violencia habitual”, pp. 124-125.

es si se le va reprochar dicha conducta a título de tortura. En ese escenario surge la comisión por omisión.

(...)

Alabó lo propuesto por el Honorable Senador señor Harboe. Sostuvo que el juez deberá revisar si el sujeto al cual se le está haciendo el reproche como autor de tortura en comisión por omisión estaba en posición fáctica, objetiva de impedir el tormento.

Insistió en que la propuesta del Honorable Senador señor Harboe resulta interesante de analizar, ya que mantiene los elementos objetivos del tipo penal e incorpora un elemento fáctico que el tribunal deberá apreciar⁶⁷.

La **comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos** será analizada a continuación procurando enfatizar las especificidades propias del delito previsto en el artículo 150 D del CP. Este análisis adoptará los elementos del acertado resumen sintético de MIR relativo a la comisión por omisión antes citado⁶⁸. Lo anterior servirá para el orden de una breve exposición nada innovadora ni polémica, dado el estado de la discusión nacional sobre los delitos omisivos.

Debe tomarse en consideración que los elementos de la comisión omisiva del delito de apremios ilegítimos deben derivar del texto que lo regula (artículo 150 D) pero, a la vez, deben formularse tomando en consideración la reflexión doctrinal general acerca de la comisión por omisión.

i. Requisitos objetivos de la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos

a) Situación típica

Un empleado público -distinto del autor de la comisión por omisión- debe estar actualmente realizando o estar pronto a realizar inmediatamente (activamente, en ambos casos) la conducta de apremios ilegítimos o de los otros tratos crueles.

b) Ausencia de la acción determinada

El autor-omitente **no impide** el apremio que otro empleado público no ha iniciado, pero lo iniciará inmediatamente. Alternativamente, el autor por omisión **no hace cesar** el apremio actualmente ejecutado por otro empleado público.

c) Capacidad de realizar la acción

El autor que no impide o no hace cesar los apremios **debe tener fáctica y realmente la capacidad de llevar a cabo la acción**. Aunque la capacidad de realizar la acción corresponde a un elemento objetivo del tipo penal, es claro que esta real capacidad de realizar la acción **depende directamente del conocimiento concreto** que el empleado

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, CHILE, Historia de la Ley N° 20.968, p. 258.

⁶⁸ Más arriba, p. 34.

público (autor-omitente) tenga de que otro está realizando o realizará inmediatamente unos apremios ilegítimos. No existe la **capacidad de realizar la acción** respecto de un potencial autor por omisión del delito si es que éste tomara conocimiento de los apremios que otro ya realizó con anterioridad. Sería absurdo plantear que alguien pueda tener la capacidad de modificar lo que ya ha ocurrido en el pasado. ✓

d) Posición de garante ✓

Garante es un ciudadano que, de algún modo (a continuación, se revisará cuáles son estos modos) ha incorporado a su ámbito personal de responsabilidad unos deberes de protección de bienes o derechos ajenos. El garante se transforma, en virtud de la posición que ocupa, en un sujeto preferentemente competente o responsable por los bienes y derechos ajenos. Existe un amplio consenso de que ciertos ciudadanos pueden constituirse en garantes en virtud de la ley y el contrato (asunción)⁶⁹. Si estas dos fuentes de la posición de garante se admiten, cabe plantearse si acaso constituyen base suficiente para fundar la responsabilidad penal: i. la sola *formalidad de que una ley dispone* que un determinado ciudadano se halla sometido a deberes muy cualificados en favor de terceros; ii. la *sola formalidad de haberse celebrado un contrato* por el que una persona se obliga a deberes eventualmente relevantes penalmente; **Lo más sensato y justo parece ser la exigencia de algo adicional a la sola forma**, a la sola existencia formal de un deber. El elemento adicional al que se alude es la *efectiva y fáctica entrada del sujeto en la posición de garante*.

No basta con ser formal y legalmente miembro del Alto mando de Carabineros de Chile para incurrir en responsabilidad penal por un delito de apremios ilegítimos en comisión por omisión. Tampoco basta penalmente con ser padre o madre -la ley les impone deberes muy cualificados de cuidado de los hijos- para responder por una comisión por omisión del delito de homicidio o lesiones en que alguno de los de su prole son víctima. En toda posición de garante, para que ésta genere responsabilidad penal, se requiere, junto a la formalidad del deber legal o contractual, una entrada y permanencia fáctica en la posición que gatilla o impone los deberes jurídico-penales. ✓

En la comisión omisiva del delito de apremios ilegítimos⁷⁰ un empleado público debe ocupar una posición que lo hace competente preferentemente por la integridad moral de algún ciudadano. Podría sostenerse que es la propia ley penal la que establece la posición de garante en este caso. Siendo cierto lo anterior, no basta la sola mención en el artículo 150 D de las voces "*empleado público*" para considerar que los Carabineros y otros agentes públicos dotados de la facultad de emplear la violencia en nombre del Estado responderán penalmente siempre y a todo evento cuando otro empleado público realice unos apremios. Junto al deber legal previsto por el propio artículo 150 D y las leyes especiales que regulan el actuar de los diversos empleados público⁷¹ **solo deberá**

⁶⁹ Algo más discutida es la injerencia y las comunidades de riesgo. Véase: IZQUIERDO (2006) p. 333.

⁷⁰ Como se explicó más arriba, también podría sostenerse lo mismo para la comisión activa de este delito.

⁷¹ Por ejemplo, la Ley N°18.962 Orgánica Constitucional de Carabineros.

responder el empleado público en la medida en que ocupe fácticamente la posición de garante al momento de su inacción. Así, como ejemplo sencillo, el carabinero que se encuentra en horario de colación en su casa durmiendo una siesta estando autorizado para alejarse del retén donde cumple funciones, no se encuentra fácticamente en su posición de garante si en dicho retén se realizan apremios ilegítimos durante el horario de colación⁷².

Parece acertado el modo en que nuestro legislador reguló la modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos ya que no solo considera garante al superior jerárquico del empleado público que ejecuta activamente los apremios, sino a cualquier otro empleado público que pudiera impedirlo. El artículo 150 D contempla ambas posibilidades al referirse a la omisión de quien “teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”.

e) Producción de un resultado ✓

A la conducta omisiva del garante-autor debe ser posible imputarle objetivamente la afectación a la integridad moral que sufre un ciudadano (resultado) en virtud de los apremios que otro empleado público ejecuta. Si bien la conducta del ejecutor material (activo) de los apremios es auto-responsable, **la comisión por omisión requiere que el resultado -afectación de la integridad moral de la víctima- sea imputable a la omisión del garante.** Una vez más sale a relucir la estructura comisiva de los apremios ilegítimos cometidos por omisión⁷³. ✓

f) Posibilidad de evitar el resultado ✓

Sin tal posibilidad decae toda responsabilidad penal. A lo imposible nadie está obligado. Ante lo imposible, el Derecho penal retira toda consecuencia punitiva. ✓

ii. Requisitos subjetivos de la comisión por omisión del delito de apremios ilegítimos

Es un delito que requiere dolo directo. El garante-autor de la comisión por omisión de este delito debe abstenerse de impedir o hacer cesar los apremios realizados por otro empleado público con la *intención de permitir omisivamente* la afectación de la integridad moral de la víctima del apremio ejecutado activamente por el otro empleado. La explicación pormenorizada sobre el elemento subjetivo del delito del artículo 150 D se encuentra en el **Capítulo 2, letra b) “Requisitos del tipo subjetivo” del presente informe**⁷⁴.

⁷² El ejemplo es válido en la medida en que el carabinero que se encuentra en su casa desconociera que se realizarían apremios ilegítimos en el retén durante su ausencia.

⁷³ Es perfectamente posible que la comisión omisiva de un delito de apremios ilegítimos se cometa en estadios previos a la consumación. Sin perjuicio de las dificultades que supone distinguir entre la tentativa y frustración en la comisión por omisión de delitos, todo indica que este delito puede cometerse en ambas etapas del *iter criminis*.

⁷⁴ Más arriba, pp. 23 y ss.

iii. Profundización sobre la estructura del delito de apremios ilegítimos cometido por omisión

El delito de apremios ilegítimos presenta características que lo hacen especialmente atractivo como objeto de estudio. Se trata de un **delito que tiene como sujeto activo (y, en su caso, autor omisivo) a un funcionario público que debe abusar de su cargo**. Lo anterior podría llevar a pensar que se trata de un *simple delito de infracción de deber* en el que debiera considerarse del todo irrelevante su realización activa u omisiva y, adicionalmente, debiera también desatenderse por completo de la idea de dominio del hecho como criterio de autoría. Nada más ajeno a este interesante delito. El autor (tanto en su variante activa como omisiva) debe efectivamente infringir un deber positivo funcional que pesa sobre él -se requiere abuso del cargo-, pero es el propio legislador el que ha decidido conceder importancia a la distinción entre su realización activa y la omisiva y, en tan gran medida es así, que reguló expresamente la realización por omisión del delito.

Por tratarse de un delito de resultado que requiere la afectación de la integridad moral de un ciudadano, se observa con claridad que **la realización delictiva no se reduce a un simple incumplimiento de un deber positivo (*infracción de deber*), sino que adicionalmente requiere la irrupción lesiva en la esfera del ciudadano-víctima**. Por esta combinación de elementos propios de delitos de infracción de deber y propios de los delitos comisivos, los apremios ilegítimos realizados tanto por acción como por omisión pueden ser calificados como un **delito mixto o sui generis**. La mixtura aludida dice relación **con la combinación de: i. el elemento *infracción de deber* como elemento necesario para la configuración de la conducta delictiva, de la autoría y la fundamentación de la responsabilidad penal del autor; ii. el elemento organizativo** entendido como un ejercicio defectuoso de libertad del autor en virtud del cual éste irrumpe (omisivamente, en este caso) en la esfera de derechos y bienes jurídicos de la víctima, infringiendo así un deber negativo de no menoscabar la integridad moral de los ciudadanos. Finalmente, cabe hacer presente que, como **lo confirma la doctrina nacional y comparada**, está fuera de duda la posibilidad de una estructura típica conformada por ambas dimensiones, esto es, tanto la infracción de un deber como de elementos organizativos⁷⁵.

⁷⁵ En Chile, OSSANDÓN aplica una argumentación semejante a la aquí expuesta a propósito del delito de parricidio, al sostener que debido a que las penas que en este tipo penal se imponen son más graves que las señaladas para otros delitos en los que existe una infracción de un deber positivo-institucional de protección de la vida de otro, se imputa responsabilidad por “algo más” que la soía infracción de un deber. Este elemento adicional, explica Ossandón, corresponde a la defectuosa organización, es decir, que “*la infracción del deber institucional se produce, precisamente, porque el mismo obligado es quien infringe sus deberes de organización, su deber negativo de no matar a otro, dañando la vida que debía proteger*”. De esta forma, el parricidio también es un delito en el que, para su configuración, se exige tanto la infracción de un deber como elementos organizativos, véase OSSANDÓN (2020) p. 401.

En España, SILVA SÁNCHEZ propone también la existencia de delitos mixtos que combinan elementos de infracción de deber y elementos organizativos. Lo hace al tratar el delito de defraudación tributaria. Afirma que “*el tipo delictivo se constituye, por tanto, por la conjunción de actos concretos de organización, la*

La caracterización del delito de apremios ilegítimos como *mixto o sui generis* ayuda a caer en la cuenta de que su comisión por omisión no se satisface por la sola constatación de que un determinado empleado público infringió un deber propio de su cargo. Lo anterior debe darse y constatarse, pero adicionalmente, debe configurarse una conducta omisiva realizada (dimensión organizativa del delito) con dolo directo y orientada a permitir (favorecer, en sentido amplio) que otro empleado público ejecute los apremios⁷⁶.

El empleado público que no impide o no hace cesar los apremios ilegítimos pudiendo hacerlo, se entromete en una esfera jurídica ajena, infringiendo un deber negativo de no dañar a otro a través del incumplimiento de una prestación positiva que le es exigible (impedir o hacer cesar los apremios ilegítimos). No se trata de una mera infracción de un deber positivo funcional, sino de una figura delictiva ciertamente mixta.

infracción de deberes tributarios y la producción de perjuicio. En ese sentido, sería uno de los delitos especiales en los que, a la organización, se le suma efectivamente la infracción de un deber institucional, comprendiendo, por tanto, ambas dimensiones⁷⁵, SILVA SÁNCHEZ (2005) p. 71.

⁷⁶ Como resulta evidente, es muy exigente la satisfacción de los elementos objetivos y subjetivos de este tipo de comisión por omisión. Por ello, no se comparte la perspectiva de DURÁN (2019) p. 222 y de MATUS y RAMÍREZ (2019) p. 134, quienes se inclinan por decir que habría en la segunda parte del inc. 1º del artículo 150 D del CP un tipo de omisión propia, por considerar que la comisión por omisión supondría exigencias típicas más laxas, en circunstancias que la ley describiría limitaciones expresas y tajantes a este respecto. Como ya se ha explicado en el presente informe, los requisitos doctrinales de la comisión por omisión y la omisión propia del artículo 150 D son plenamente compatibles.

1. La específica modalidad omisiva del delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles es un delito de omisión propia dotado de una estructura comisiva. Se trata de un delito de resultado previsto en el artículo 150 D habiendo previsto el legislador expresamente la modalidad omisiva (omisión propia), y regulándolo como un delito mixto que comprende elementos de infracción de un deber positivo y, adicionalmente, una conducta por la que el autor irrumpe lesivamente en la esfera personal de la víctima.

2. Las demás conclusiones del presente informe se presentarán respondiendo a la siguiente pregunta: ¿qué requisitos típicos -objetivos y subjetivos- debe acreditar una acusación que pretenda la condena de un empleado público que incurre en una comisión por omisión del artículo 150 D del CP chileno?

Los requisitos típicos que debe acreditar la acusación para una condena justa y apegada a la legalidad chilena por la **realización omisiva del delito del artículo 150 D** son los siguientes:

2.1. Requisitos objetivos: ✓

a. Que se haya configurado la **situación típica** en la que el empleado público **debió actuar impidiendo o haciendo cesar** los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes ejecutados activamente por otro;

b. Que el funcionario haya tenido la **capacidad de impedir o hacer cesar** el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes ejecutado activamente por otro; ✓

c. **Que el autor del delito haya infringido el deber propio de su cargo de impedir o hacer cesar los apremios ejecutados por otro mientras ocupaba fácticamente -no solo formalmente- su posición de garante.** Lo anterior es del todo relevante para que un tribunal se forme convicción sobre la realización omisiva del delito. Los jueces deben tener certeza plena de que la infracción omisiva del deber en que ha incurrido el acusado es plenamente equivalente (normativa y estructuralmente) a su realización activa.

c.1. Es del todo **insuficiente la simple constatación de que el empleado público se encontraba formalmente sometido al cumplimiento de un determinado deber** (por mucho que éste se haya incumplido), siendo imprescindible establecer adicionalmente que, al momento de la omisión, el funcionario **ocupó efectiva y fácticamente (posición de garante por asunción) el lugar, rol o cargo que lo obligaba a la protección de bienes jurídicos ajenos;**

d. Que el empleado público haya tenido una **real posibilidad de evitar los apremios ilegítimos ejecutados activamente por otro**, comprobándose en juicio que, de haber

intervenido el garante, hubiese efectivamente logrado impedir a otro la ejecución de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

e. Que el empleado público **no haya hecho absolutamente nada para impedir o hacer cesar** los apremios ilegítimos u otros malos tratos realizados por otro.

2.2. Requisitos subjetivos:

a. Que al autor se le pueda atribuir **dolo directo** durante el **abuso omisivo** de su cargo o funciones. Lo anterior implica que, de modo coetáneo a la omisión, el garante-autor debe tener **la intención o propósito de permitir omisivamente a que otro empleado público ejecute activamente el delito de apremios ilegítimos u otros malos tratos.**

b. Que el empleado público, al momento de su omisión dolosa, haya tenido un **conocimiento actual y cierto** de que otro empleado público se encontraba realizando apremios ilegítimos u otros tratos malos o que tales conductas iban a comenzar inmediatamente a producirse.

Bibliografía citada

A. Artículos de Revista

- CONTESSE SINGH, Jorge (2017): "La omisión impropia como hecho punible. Acerca de la incorporación de una regla general de punibilidad de los así llamados "delitos de omisión impropia" en el Anteproyecto de Nuevo Código Penal"; *Reformas Penales*: pp. 11-49.
- DURÁN MIGLIARDI, Mario (2019): "Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemáticas del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido", *Política Criminal*, vol. 14, N° 7: pp. 205-213.
- FELIP SABORIT, David y RAGUÉS VALLES, Ramón (2021): "Tema 5. Torturas y otros delitos contra la integridad moral", *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 7ª Edición: pp. 118-129.
- GALDÁMEZ ZELADA, Lilibiana (2006): "La Noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24796.pdf>
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2021): "La tortura en el Derecho penal chileno y el riesgo de su banalización", *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los derechos humanos*, Thompson Reuters: pp. 516-560.
- IZQUIERDO SÁNCHEZ, Cristóbal (2006): "Comisión por omisión. Algunas consideraciones sobre la injerencia como fuente de la posición de garante", *Revista Chilena de Derecho*, vol.22, N°2, pp. 329-343.
- OSSANDÓN WIDOW, Magdalena (2020): "Fundamento de la imputación por parricidio", pp. 390-411.

B. Libros

- CURY URZÚA, Enrique (2009): *Derecho Penal Parte General* (Santiago, Ediciones UC, novena edición).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, Cecilia (2019): *Manual de Derecho Penal Chileno Parte Especial* (Santiago).
- MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho Penal. Parte General* (Barcelona, Editorial Reppertor, décima edición).

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMÁN, Cecilia (2015): *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición)
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2005): “*El nuevo escenario del delito fiscal en España*”, (Barcelona, Atelier).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006): “*El delito de omisión*”, (Montevideo-Buenos Aires, Editorial B de F).

C. Legislación Nacional

- CHILE, Historia de la Ley N° 20.968.
- CHILE, Ley N° 20.968 (22/11/2016): Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- CHILE, Código Penal.

D. Tratados Internacionales

- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
- 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 DE 1984.
- CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA, ADOPTADA POR LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS EN 1985.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.

Jurisprudencia citada

- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, 08/08/2022, ROL 1645-2022, RECURSO DE NULIDAD.
- CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, 22/08/2022, ROL 451-2022, RECURSO DE NULIDAD.
- TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANGOL, 18/05/2022, ROL 05-2022, JUICIO ORAL.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: BUENO ALVES VS ARGENTINA (2007).

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: MARITZA URRUTIA VS GUATEMALA (2003).
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: TORRES MILLACURA Y OTRO VS ARGENTINA (2011).

CIPER