



**Defensoría**  
Sin defensa no hay Justicia

**UNIDAD DE CORTE DEFENSORÍA NACIONAL**

**Minuta sobre Requerimiento de Inaplicabilidad Rol N° 4476-2018-INA. Delito de “Tratos Degradantes” contemplado en el artículo 403 ter del Código Penal**

**04 de febrero de 2019**

# Índice

Índice .....	2
Introducción.....	3
I. Análisis descriptivo del tipo penal “Tratos degradantes” del artículo 403 ter.....	4
II. Núcleo fáctico del requerimiento .....	5
III. Desarrollo de argumentos de la defensa de por qué la norma es inconstitucional en el caso concreto .....	6
IV. Argumentos de rechazo al requerimiento .....	7
V. Desarrollo de argumentos del voto de disidencia (Ministros Aróstica y Vásquez) .....	8

## Introducción

Desde que Beling introdujo el concepto de *tipo* a comienzos del siglo XX que la dogmática penal le ha asignado tres funciones concretas, una sistemática, otra dogmática y otra de carácter políticocriminal<sup>1</sup>. En primer lugar, la función sistemática del *tipo*, pretende hacerse cargo de qué cualidades ha de tener una determinada acción para encontrarse amenazada con pena. En este sentido, el tipo penal se introduce como una nueva categoría de análisis en la Teoría del Delito que abarca el conjunto de todos los elementos que componen una descripción típica concreta y permiten diferenciarla de las demás. Adicionalmente, el tipo contempla una función dogmática autónoma desvinculada de la función sistemática general que pretende poner de manifiesto una descripción de ciertos elementos que en caso de desconocerse, excluyen el dolo (error de tipo).

Por otro lado, el análisis desde el prisma de la función politicocriminal, debe identificarse con una denominada Función de Garantía, que permita adecuar la conducta prohibida al principio *nullum crimen sine lege*, que en nuestro ordenamiento jurídico ha encontrado reconocimiento constitucional en el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 n° 3 incisos octavo y noveno de la Constitución Política de la República.

La descripción típica del artículo 403 ter del Código Penal es un ejemplo palmario de una técnica legislativa deficiente que atenta contra la función de garantía que deben tener los tipos penales, especialmente respecto al mandato de taxatividad.

Además de lo anterior, el precepto legal es problemático desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Por estos motivos, este primer pronunciamiento resulta ilustrativo para comprender el artículo 403 ter desde la óptica adoptada por el Tribunal Constitucional en cuanto a eventuales transgresiones de los principios de legalidad y proporcionalidad.

---

<sup>1</sup> Roxin, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Sección 3ª, §10. (1997) Madrid. Editorial Civitas.

## I. Análisis descriptivo del tipo penal “Tratos degradantes” del artículo 403 ter.

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

El precepto legal en comento, se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico con la promulgación de la Ley N° 21.013, publicada el 6 de junio de 2017, que introdujo el párrafo 3 bis *“Del maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad”* en el título VII del Código Penal.

En primer lugar, se trata de un delito común, por lo que no requiere que el sujeto activo revista alguna calidad especial. Luego, la acción típica se identifica con “someter a una de las personas referidas en el artículo 403 bis a un trato degradante”. Por su parte, el artículo 403 bis, identifica a los sujetos pasivos calificados, esto es, niños; niñas; adolescentes menores de dieciocho años; personas adultas mayores y; personas en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.

Por su parte, el verbo rector es “someter” y, al tratarse de un delito de resultado, la consumación requiere necesariamente del acaecimiento de un –en este caso- determinado elemento normativo del tipo: el menoscabo grave de la dignidad de la víctima. Así, el bien jurídico tutelado es la dignidad de los sujetos pasivos calificados previstos por el tipo penal.

De la mera lectura del precepto queda en evidencia una indeterminación problemática que se entiende a la luz de las mutaciones que experimentó la norma durante su tramitación legislativa. Así, en el primer trámite constitucional evacuado por la Cámara Baja, el tipo penal pretendía tipificar el maltrato psíquico en contextos extrafamiliares y exigía habitualidad y un especial deber de cuidado por parte del sujeto activo. Luego, en segundo trámite constitucional, el Senado incorporó las indicaciones del Ejecutivo, eliminando el especial deber de cuidado (posición de garante) que pesaba sobre el sujeto activo y, posteriormente se suprimió la habitualidad como elemento integrante del tipo. Dichas indicaciones fueron rechazadas por la Cámara de Diputados, por lo que la norma comenzó a ser discutida en Comisión Mixta donde finalmente se reemplazó el verbo rector “infligir” por “someter”, quedando finalmente configurado el tipo penal en su redacción actual.

La modificación del verbo rector, pretendía descartar conductas de baja lesividad que pudieren quedar comprendidas en el verbo “infligir”.

Por otro lado, el elemento normativo “trato degradante” ya se encontraba incorporado en nuestro ordenamiento punitivo en el párrafo IV del Título III del Libro II del Código Penal y la jurisprudencia lo había entendido como un trato de carácter humillante que lesiona la dignidad (SCA Valparaíso 1920-2015), lo que no arroja demasiadas luces a la hora de interpretar el concepto. Por su parte, la jurisprudencia española del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en adición al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han entendido que los tratos degradantes deben revestir un mínimo de gravedad que se manifiesta en la duración; los

efectos físicos o mentales producidos en la víctima o; factores particulares de la víctima tales como su sexo, edad, estado de salud, etc. Por regla general, supone además cierta permanencia en el tiempo a menos que se trate de un único acto especialmente cruel, brutal o humillante.

En cuanto al menoscabo grave, el Tribunal Supremo Español lo ha identificado con la producción de dolor y sufrimiento psíquico humillante y envilecedor por parte de la víctima en su dignidad que, a su vez, reviste una indeterminación excesiva que obliga a interpretarla de forma restrictiva.

Sin perjuicio de que no exista una línea jurisprudencial definida o algún análisis detallado por parte de la doctrina nacional, lo cierto es que tanto la discusión llevada a cabo en el Congreso, como las comprensiones de la jurisprudencia comparada de tipos penales análogos, permiten ir construyendo (obviamente, con ciertos matices) algunos elementos fundamentales que deben verificarse para satisfacer la estructura típica del delito de tratos degradantes en contra de personas vulnerables.

Por un lado, resulta evidente que los sujetos pasivos que pueden resultar objeto del trato degradante revisten un carácter objetivo definido por la propia ley (sujeto pasivo calificado). Por otro, es la propia historia fidedigna de la ley la que –especialmente al reemplazarse el verbo *infligir* por *someter*- permite afirmar, en primer lugar, no basta con la exteriorización de una cierta conducta (el trato degradante) sino que ese trato, debe revestir una entidad suficiente como para poder –efectivamente- lesionar el bien jurídico “dignidad” de persona vulnerable.

Especialmente en el caso de los ancianos, lo que tenía en mente el Legislador eran los casos de especial gravedad que se habían hecho conocidos a través de la prensa: *“El supuesto de una persona que está en una casa de asilo, y que resulta que a esa persona la dejan amarrada a un poste, o que no le cambian los pañales, no constituye un delito de maltrato corporal, pero sí es una degradación, es una vejación, afecta su dignidad”* [Historia de la Ley N°21.013, pág. 234].

Estos hechos, además de una aparente habitualidad, suponían la existencia de una posición de garante y, sin perjuicio de que dichos requisitos no hayan sido incorporados finalmente en el texto expreso de la Ley, resultan ilustrativos de la entidad que debe revestir un trato degradante, para efecto de poder efectivamente lesionar la dignidad de las personas vulnerables.

## II. Núcleo fáctico del requerimiento

*“El día dos de Julio de 2017, alrededor de las 21:30 horas, el requerido llegó a su domicilio ubicado en Río Aconcagua N° 140, dpto. 102-A, Concón, en manifiesto estado de ebriedad. Su abuela, la víctima, de 79 años, al ver el estado en que se encontraba le sirvió un plato de comida, el requerido sin causa ni motivo justificado **la trató denigrantemente diciéndole: “vieja hueona conchesumadre, por tu culpa soy quien soy” al mismo tiempo que botó el plato con comida al suelo y sacó toda la comida del refrigerador y también la tiró al piso, por lo que la víctima lo dejó solo y se encerró en su dormitorio”***

Estos hechos fueron calificados jurídicamente por el Ministerio Público como maltrato relevante a persona vulnerable en contexto de violencia intrafamiliar según lo previsto en el artículo 403 ter del Código Penal, en relación a los artículos 1° y 5° de la Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar, en grado de desarrollo consumado y atribuyéndole al imputado participación culpable en calidad de autor del artículo 15 N° 1 el Código Penal, según consta en Requerimiento de Procedimiento Simplificado en causa RUC N° 1700617470-1, seguido ante el Juzgado de Garantía de Viña del Mar.

### III. Desarrollo de argumentos de la defensa de por qué la aplicación de la norma es inconstitucional en el caso concreto

Estimó el requirente de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que la aplicación, al caso concreto de su representado, del precepto legal contenido en el artículo 403 ter del Código Penal genera efectos que atentan contra sus garantías constitucionales, por lo que se solicita un control concreto de constitucionalidad que declare que la norma en comento no puede ser aplicada en el procedimiento penal específico.

En primer lugar, indica que la aplicación de la norma en cuestión atenta contra el **principio de legalidad en su manifestación de tipicidad o taxatividad**, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso noveno de la Constitución. Lo anterior, debido a que la norma impugnada constituye una ley penal abierta ya que su tenor es vago e impreciso, al no contener una descripción clara de la conducta concreta que se sanciona. En particular, refiere que las expresiones “someter”, “trato degradante” y “dignidad”, contenidas en el artículo 403 ter, son genéricas e indeterminadas, por lo cual queda entregado al juez establecer en cada caso concreto, en qué consisten dichas expresiones. La norma en sí misma, no entrega criterios que permitan distinguir con claridad que acciones resultan penadas de aquellas que no ameritan reproche penal.

Además, indica que en el caso concreto también se vulnera el **principio de proporcionalidad**, cuya manifestación positiva se plasmó en los incisos primero y sexto del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. En esta línea, indica que el precepto no es capaz de satisfacer un test de idoneidad y, en menor medida, de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que, si bien la protección de la dignidad de personas vulnerables es una finalidad legítima, no parece ser la aplicación del tipo penal en comento la vía adecuada para la protección de la dignidad de la víctima, toda vez que existen otras normas tanto penales como extrapenales que resultan ser medios más idóneos para preservar la dignidad de las personas vulnerables señaladas en el artículo 403 bis.

En lo que respecta la última etapa del análisis -el juicio de proporcionalidad en sentido estricto- es manifiesto que la gravedad de la sanción contemplada en el artículo 403 ter es desproporcionada, ya que castiga un maltrato de palabra u obra con una pena más severa -de

simple delito- que la correspondiente a la conducta del artículo 403 bis, consistente esta última en un maltrato corporal y siendo merecedora de una sanción de falta.

#### IV. Argumentos de rechazo al requerimiento

*“Que, al escudriñar el contenido del tipo penal se observa de su lectura, la utilización de expresiones que pueden ser comprendidas cabalmente por el profano. Así el verbo rector de la hipótesis criminal es “someter” a un niño, niña o adolescente menor de 18 años a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad a un trato degradante. Y para especificar al sujeto pasivo del delito, la ley penal recoge lo señalado en el artículo 403 bis, determinando a continuación que no cualquier sometimiento es reprochable penalmente, sino aquel que presente caracteres de trato que afecten la dignidad de las personas señaladas en términos graves” [C.17]*

*“Tampoco, como esgrime el requirente, el legislador al establecer la norma impugnada, se ha valido de conceptos indeterminados en que el contenido deba darlo el juez. El hecho punible contiene una conducta evidente y que es someter a un maltrato indigno a las personas establecidas en el tipo penal dado que están en una condición de vulnerabilidad ante el agresor.” [C.19]*

*“La hipótesis penal censurada describe acciones que hacen fácilmente comprensibles, en el saber y entender de toda persona, el comportamiento reprochable hacia sujetos en situación de precariedad. De tal manera, que contrastada la norma jurídica con la disposición constitucional que contiene el principio de legalidad, y más precisamente con la taxatividad, no se observa una infracción del legislador a los parámetros requeridos constitucionalmente para estar ante una situación de inexecutable” [C.23]*

*“Que, en la interpretación debe primar la presunción de constitucionalidad. Esto significa que la constitucionalidad solo debe ser planteada en casos muy serios y abordada con máxima cautela, porque ella puede dejar de lado a parte del ordenamiento jurídico y crear inestabilidad en el sistema. Es tal, que si existe duda razonable en torno a la constitucionalidad, entonces debe operar una presunción en favor de esta. Y tan solo cuando la inconstitucionalidad sea notoria y palpable y de alcances graves para el ordenamiento jurídico, habrá que optar por ella” [C.26]*

*“Tampoco se divisa una afectación del principio de proporcionalidad, considerando la entidad de la pena que el delito lleva consigo, y como ha expresado esta Magistratura dicho principio, en cuanto a su expresión en el sistema penal, se encuentra determinado por la prohibición de exceso, que en la especie no se da. Más bien lo que ha ocurrido, en relación con el caso concreto, es una situación a resolver por el juez del fondo en un conflicto de violencia intrafamiliar concomitante a la acción, descrita en el artículo 403 ter del Código Penal” [C.26]*

## V. Desarrollo de argumentos del voto de disidencia (Ministros Aróstica y Vásquez)

El voto de disidencia es de la opinión de que más allá de todo el análisis teórico, lo que se busca en el caso particular es criminalizar el acto de proferir un garabato en el marco de un desencuentro familiar, lo cual resulta inaceptable. Considerar esta conducta como merecedora de una pena de simple delito atenta contra los principios de *última ratio* e *intervención mínima*. Prueba de ello es que frente a un examen de necesidad de la norma en cuestión, aparece mucho más apropiada para cautelar la dignidad de la víctima la agravante del artículo 12 N° 18 del Código Penal: “Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando el no haya provocado el suceso”

El voto disidente también tiene reparos sobre el argumento de presunción de constitucionalidad de las leyes contenido en el considerando 26°, por considerar que esa idea no tiene asidero en nuestro régimen positivo, el cual parte del principio de control jurídico y no de la inmunidad de los actos estatales.

Además, faltan explicaciones a la hora de dotar de contenido específico a la conducta contenida en el artículo 403 ter, toda vez que se incurre en una **petición de principio** al aseverar que en el tipo se consagra una conducta evidente o fácilmente comprensible sin entregar una argumentación racional al respecto. En ese sentido la sentencia ha incurrido en un evidente error de fundamentación, toda vez que de las premisas contenidas en los considerandos 11° a 16°, no se derivan las conclusiones que se encuentran en los considerandos 17° y siguientes, y especialmente las contenidas en los considerandos 19° y 23°. La **fundamentación del fallo es aparente**, toda vez que para hacerse cargo de las alegaciones de la defensa en relación con la indeterminación conceptual y lingüística de las voces contenidas en el artículo 403 ter., el tribunal incurre en un salto lógico inaceptable, al señalar someramente que el legislador a usado un lenguaje fácilmente comprensible para el común de las personas y en ningún caso sus conceptos pueden considerarse indeterminados, sin entregar argumentos racionales que permitan alcanzar dicha conclusión.