

OFICIO FN N° 941 /

ANT.: Of. FN N° 804 del 21.08.06 sobre delitos de abuso contra particulares y apremios ilegítimos.

MAT.: Complementa y rectifica Of. FN N° 804 de 21.08.06, en la parte relativa al delito de apremios ilegítimos del Art. 150 A del Código Penal.

SANTIAGO, septiembre 21 de 2006

DE : SR. FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

A : SRS. FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS DE TODO EL PAÍS

Mediante Of. FR XI N° 175/2006, el Sr. Fiscal Regional de la XI Región de Aysén ha formulado observaciones al Of. FN N° 804 de 21.08.06, en lo relativo a los comentarios sobre el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal.

En sus observaciones, el Sr. Fiscal Regional se refiere a que es menester referirse a la situación particular del artículo 19 del DL N° 2460 de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, que sanciona los actos de violencia de los agentes de Investigaciones destinados a obtener declaraciones de parte de los detenidos. En su opinión, este delito es especial y prima sobre el delito general del artículo 150 A del Código Penal.

En efecto, el mencionado Of. FN N° 804 de 21.08.06 al referirse en el punto II al delito de apremios ilegítimos, no analiza o considera la situación de los agentes de Investigaciones que cometen el delito previsto en el artículo 19 del DL N° 2460 y por ello es necesario complementar el oficio ya referido.

Sin perjuicio de lo anterior, también se aprovecha esta oportunidad para efectuar algunas correcciones de forma al Of. FN N° 804.

Por consiguiente, se sustituye enteramente el título II sobre el delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal.

“II.- Delito de Apremios Ilegítimos del artículo 150 A del Código Penal.

La figura antes examinada del artículo 255 del Código Penal sanciona también la aplicación de apremios ilegítimos, pero esta conducta actualmente está tratada por el artículo 150 A del Código Penal, introducido por la ratificación por parte del

Estado Chileno de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas por resolución 39/46, de 10 de Diciembre de 1984 y que entró en vigor en Chile el 26 de junio de 1987.¹

El artículo 150 A fue introducido por la Ley 19.567², en cuya discusión parlamentaria se planteó la tortura como una práctica aberrante que debía ser erradicada, no siendo suficiente la normativa que existía en ese momento para sancionarla ya que contemplaba penas muy bajas en relación a los bienes jurídicos que resultaban lesionados (vida e integridad física), por lo cual, sostuvieron los parlamentarios, era necesario contar con una legislación que sancionara mas gravemente estas conductas en relación con el desvalor de la conducta y el sufrimiento producido.

El artículo 150 A del Código Penal, está contemplada en el Libro II, Título III, párrafo 4 que trata de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución, el cual señala:

Artículo 150 A. El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.

Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.

Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.

Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.

La conducta sancionada es la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, entendiéndose por tal todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española entiende por tormento "acción y efecto de atormentar. Angustia o dolor físico y dolor corporal que se causaba al reo para obligarle a confesar o declarar". Por atormentar entiende el mismo texto "causar dolor o molestia corporal". Por apremio se entiende por el mismo Diccionario "acción y efecto de apremiar" y por Apremiar "oprimir, apretar."

² El artículo 150 A fue agregado por el artículo 2° de la Ley N° 19.567, publicada en el Diario Oficial de 1 de julio de 1998.

Por su parte el artículo 1° de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes define a la tortura como todo acto por el cual se inflijan 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, 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 sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

En cuanto a las formas que adoptan estas prácticas, ellas son numerosas, teniendo presente que el avance de la técnica ha permitido causar grandes sufrimientos a las personas sin dejar lesiones físicas que den cuenta de aquello.

El sujeto activo es un funcionario público, que actúa en su calidad de tal. No obstante ello, se sanciona también al particular que participa junto al funcionario público en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos (art. 150 B), recibiendo un tratamiento más benigno en cuanto a la magnitud de la pena aplicable, ello porque no recae sobre éstos un deber de resguardo de garantías, que sí tienen quienes ejercen una función pública.

En cuanto al tipo subjetivo pareciera sólo exigirse el dolo, pero sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez³, que la utilización de las expresiones "tormentos" o "apremios ilegítimos", en cuanto a su objetividad sólo es aprehensible desde el elemento subjetivo que le da sentido al dolor que se inflige y que permite diferenciarlo de las lesiones comunes. Agregan que existe por parte del sujeto activo el propósito de castigar a la víctima por un acto que ha cometido, o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación o bien con la finalidad de obtener de ella o de un tercero información o una confesión.

Se establece por el Código una figura base y otra agravada. La figura base esta dada por la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos por parte del funcionario público, o bien por ordenar o consentir en su aplicación. En este caso se sanciona al funcionario público que actúa personalmente en la aplicación de tormentos y también a aquel que, sin actuar materialmente los ordena o consiente expresamente en su aplicación, recibiendo la misma pena cualquiera sea la actuación que desarrolle, cual es la de presidio o reclusión menor en sus grados medios a máximo más la accesoria correspondiente.

También se sanciona, aún cuando con una pena atenuada, la conducta del funcionario público de "consentir tácitamente" en la aplicación de los tormentos, es decir, por incurrir en una omisión, pues teniendo la facultad para hacer cesar el tormento o impedirlo, no lo hace, siendo sancionado con una pena disminuida en un grado en relación con la figura base.

La figura agravada está contemplada en el inciso tercero del art. 150 A, que se refiere sólo a la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos o a ordenarlos o consentir en su aplicación, con la finalidad de obtener una confesión, prestar algún

³ Politoff, Matus y Ramírez. Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, 2005, Pág. 217 y siguientes.

tipo de declaración o de entregar cualquier información. En este caso la penalidad se eleva a presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, más la accesoria legal. A este respecto sostienen los profesores Politoff, Matus y Ramírez⁴ que sólo se aplicaría esta figura agravada cuando se verificara el propósito del agente, no bastando la presencia de este elemento subjetivo para agravar la conducta, esto es, cuando mediante estos apremios se obtiene efectivamente la confesión, la declaración o se entrega información.

Estas situaciones de la figura agravada, podrían ocurrir en el marco de una investigación penal, en la cual se intente obtener la confesión del imputado o que preste una declaración, pese a su derecho a guardar silencio, mediante la aplicación de estas conductas prohibidas. Lo mismo podría suceder con un testigo, en la medida que este se hallara por cualquier motivo privado de libertad.

Finalmente, es posible encontrar una figura preterintencional en el inciso final del artículo 150 A, que sanciona las lesiones del artículo 397 o la muerte provocada a una persona privada de libertad como consecuencia de la aplicación de tormentos, siempre que a su respecto concorra culpa, aplicándole la pena especial de presidio mayor en su grado mínimo e inhabilitación absoluta perpetua. En cambio, si los resultados de lesiones del Art. 397 o muerte de la víctima son atribuibles a dolo, ellos deben ser castigados en forma separada conforme a las reglas del concurso ideal, aplicando la pena asignada al delito más grave, para comprender de esa forma el mayor injusto de la conducta desplegada por quien infringe su deber de custodia de la seguridad individual de los ciudadanos.

Como antes señalamos, si bien es sujeto activo del delito en estudio el funcionario público que actúa en el ejercicio de su función, los particulares que cooperan con aquél también reciben sanción, si bien atenuada en relación a la del funcionario público y no distinguiendo el tipo de participación del particular, existiendo una pena única. No obstante, esta sanción para el particular partícipe no concurre en el caso más grave del art. 150 A referente a la tortura infligida para obtener una confesión o información.”

II.1 Artículo 150 A del Código Penal y la ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile.

La citada disposición establece lo siguiente:

“Artículo 19.- Se prohíbe a los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile, ejecutar cualquier acto de violencia, destinado a obtener declaraciones de parte del detenido.

El que infrinja esta disposición será castigado:

1.- Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimos a medio, si le causare la muerte;

⁴ Politoff, Matus y Ramírez. Ob. cit, pag 219.

2.- *Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, si le causare lesiones graves;*

3.- *Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, si le causare lesiones menos grave, y*

4.- *Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo, si no le causare lesiones o si éstas fueren leves”.*

La regulación del delito del artículo 150 A del Código Penal, sanciona los apremios ilegítimos y tormentos aplicados por un funcionario público a una persona privada de libertad. Por otra parte, una ley especial, a saber, la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile - DL 2460- en su artículo 19 prohíbe a los funcionarios de este cuerpo de Policía, ejecutar cualquier acto de violencia destinados a obtener declaraciones de parte del detenido.

La infracción de esta última disposición se sanciona, según sea el resultado lesivo causado, salvo la hipótesis cuarta del citado artículo.

En la medida que existen dos cuerpos normativos comprendiendo conductas que, en principio, pudieren ser de la misma naturaleza, cabe determinar cuál de éstas se aplica. Ciertamente es un problema de concurso aparente de leyes penales.

Para adoptar una decisión al respecto, se requiere previamente determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones que concurren, pues permitirá desentrañar la relación existente entre ellas.

El artículo 150 A sanciona la aplicación de apremio o tormentos sean físicos o mentales, no siendo necesario que se busque obtener la declaración del detenido. De ser éste el propósito, la pena se agrava, de acuerdo a lo establecido en el inciso tercero de la disposición. En cambio, la tipicidad de la ley especial está condicionada a la finalidad de obtener tales declaraciones.

En atención a que el inciso primero del artículo 150 A incrimina la conducta, no al margen de la obtención de declaraciones del detenido, podemos sostener que se trata de la figura básica, el resto de las hipótesis contenidas, tanto en la misma norma como en la ley especial, vienen a operar como agravantes.

Por otra parte, el inciso primero del artículo 150 A contiene la aplicación de tormentos o apremios, sean físicos o mentales, conducta que se sanciona con la pena de presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo y las accesorias correspondientes. En tanto, que el artículo 19 de ley orgánica de los funcionarios policiales, reprime los actos de violencia, según sea el resultado lesivo causado. Así regula la pena en función si se ha provocado muerte, lesiones graves, lesiones menos graves o leves. Todos estos resultados precisan, de acuerdo al sistema de nuestro código, el empleo de violencia física, excluyendo la mental. El único supuesto, en que la ley especial daría cabida a esta clase de violencia a través de la expresión " si no le causare lesiones", es castigado con una pena sensiblemente menor: prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo. Siendo así, ya se advierte una diferencia penológica importante, que impide sostener que el artículo 19 de la ley especial sea más gravoso frente al artículo 150 A.

Siguiendo con las diferencias penológicas, se hace presente que el inciso final de la disposición del Código Penal contiene una agravación para el caso de la causación imprudente de la muerte de la persona privada de libertad. Para tal evento, prescribe la pena de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua. Si se tratase de una muerte dolosa, no imprudente, correspondería aplicar las reglas generales del concurso ideal, artículo 75 del Código Penal. Partiendo de la base de homicidio simple, la pena del caso sería de presidio mayor en su grado medio. En cambio, el artículo 19 de la ley especial, prevé para la hipótesis de muerte dolosa, la sanción de presidio mayor en su grado mínimo a medio. Nuevamente la regulación de la normativa orgánica es menos gravosa que el texto punitivo.

En atención a las diferencias anotadas, podemos señalar que es insuficiente dar cuenta de éstas sobre la base del sujeto activo subespecializado como lo serían, dentro de los funcionarios públicos, los policías de investigaciones. Por lo tanto, el principio de especialidad no sería el llamado a resolver este concurso. Nos parece que no está en condiciones de ofrecer una alternativa de solución, pues de aplicarse frente a casos de tal gravedad, el funcionario policial resultaría privilegiado con la pena, prescindiendo de la voluntad posterior del legislador, que mediante el artículo 150 A viene a dar una clara señal en sentido contrario.

En conclusión, para casos como estos, en que a partir de un tipo básico operan distintas agravaciones, todas las cuales podrían ser aplicables, se debiera elegir aquella que en el caso concreto tenga asignada la pena mayor, de conformidad con el principio de subsidiariedad⁵.

Por último sólo nos resta por indicar que esta alternativa de solución es la propuesta, entre otros casos, a la concurrencia entre la mutilación de miembro importante y la impedición de un miembro de esa misma clase(artículos 396 y 397 N° 1 del C.P.), precisamente por la disparidad de pena que se producen, en orden a evitar privilegios injustificados.

Por consiguiente, se solicita a los Fiscales Regionales que distribuyan el presente oficio que complementa y rectifica el Of. FN N° 804 de 21.08.06, para todos los fines que haya lugar.

Saluda atentamente a UDS.,



GUILLELMO PIEDRABUENA RICHARD
FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

GPR/MCR/crz

⁵ Sobre el principio de subsidiariedad suele entenderse que la soluciones por él comprendidas lo son a la vez por el principio de especialidad o consunción. Sin embargo, en la legislación nacional existen una serie de casos no abarcados por éstos, como lo sería la relación entre mutilaciones y lesiones grave-gravísimas (Politoff/Bustos /Grisolía, 280) citado por Matus Acuña, Jean Pierre : Comentarios al artículo 74 a 78. En Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Politoff, Sergio; Ortiz ,Luis Directores. Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 390 , 383-408.