

Aspectos generales de los Delitos de Maltrato
Corporal Relevante y Trato Degradante contra
Niños, Niñas y Adolescentes

:

Carlos Alberto Añasco Luna
Jalin Eliezer Simunovic Menares
Jasna Haydee del Carmen Silva Soto

CONTENIDOS

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN	4
1.- MARCO CONCEPTUAL	5
1.1.- CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL MALTRATO Y SU RELACIÓN CON LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	6
1.1.1.- AGRESIVIDAD	7
1.1.2.- AGRESIÓN	7
1.1.3.- VIOLENCIA	8
1.1.4.- DIFERENCIA BIOPSIOSOCIAL Y JURÍDICAS ENTRE NIÑOS/AS Y ADOLESCENTES	12
1.2.- CONCEPTUALIZACIÓN JURÍDICA ELEMENTAL DE LA NORMA	15
1.2.1.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD O RESERVA	15
1.2.2.- TIPO PENAL ABIERTO	16
1.2.3.- TIPO ABIERTO Y CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA	17
1.2.4.- BIEN JURÍDICO	19
1.2.5.- SUJETO ACTIVO DEL DELITO	20
1.2.6.- SUJETO PASIVO DEL DELITO	21
1.2.7.- LA ACCIÓN O CONDUCTA	21
1.2.8.- ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS DEL TIPO	22
1.2.9.- FACULTAD DE CORRECCIÓN	23
2.- DESARROLLO	26
2.1.- ANTECEDENTES INTERNACIONALES GENERALES DE LA REGULACIÓN	26
2.2.- DESCRIPCIÓN HISTÓRICA EN CHILE DE LA LEY 21.013	28
2.3.- MALTRATO CORPORAL RELEVANTE	30
2.3.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	30
2.3.1.1.- AUTORES QUE EQUIPARAN EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO AL DE LESIONES, ESTO ES, LA INTEGRIDAD Y SALUD PERSONALES:	31
2.3.1.2.- AUTORES QUE ENTIENDEN LA PROTECCIÓN DE UN BIEN JURÍDICO DISTINTO:	31
2.3.2.- TIPO BÁSICO DE MALTRATO CORPORAL RELEVANTE	34
2.3.2.1.- CONDUCTA	34
2.3.2.2.- REFERENCIA AL MALTRATO INFANTIL	36
2.3.2.3.- MALTRATO POR OMISIÓN	37
2.3.2.4.- SUJETO ACTIVO	37
2.3.2.5.- SUJETO PASIVO	38
2.3.3.- ELEMENTO NORMATIVO: LA RELEVANCIA	39
2.3.3.1.- DIFICULTADES EN LA DETERMINACIÓN Y ALGUNOS CRITERIOS	40
2.3.3.2.- RELEVANCIA Y PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA	43
2.3.3.3.- NUESTRA OPINIÓN RESPECTO DEL ELEMENTO RELEVANCIA	45
2.3.3.3.1.- MALTRATO INFANTIL Y RELEVANCIA	46
2.3.3.- TIPO AGRAVADO DE MALTRATO CORPORAL RELEVANTE	48
2.3.3.1.- ESPECIAL CALIDAD DEL SUJETO ACTIVO COMO FUNDAMENTO DE AGRAVACIÓN	48
2.3.3.2.- CONDUCTA POR OMISIÓN DEL TIPO AGRAVADO	49
2.4.- TRATO DEGRADANTE	51
2.4.1.- DESCRIPCIÓN DE TIPO	51
2.4.1.1.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	51
2.4.1.2.- POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO POR INDETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO	52
2.4.1.3.- CONDUCTA	53
2.4.1.4.- ELEMENTO NORMATIVO: EL TRATO DEGRADANTE	53
2.4.1.5.- ALGUNOS PARÁMETROS DE DETERMINACIÓN	57
2.4.1.6.- TRATO DEGRADANTE EN NIÑOS Y NIÑAS	57
2.4.1.7.- RESULTADO REQUERIDO: MENOSCABO GRAVE A LA DIGNIDAD	58
2.4.1.8.- TRATO DEGRADANTE POR OMISIÓN	59
2.5.- ALGUNAS RELACIONES CONCURSALES GENERALES DE LA NORMA EN CUESTIÓN	59
2.5.1.- MALTRATO CORPORAL RELEVANTE Y OTROS DELITOS	61
2.5.2.- MALTRATO CORPORAL RELEVANTE Y LESIONES	61
2.5.3.- CONCURSO RESPECTO DE LA LEY N° 20.066 DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR	61

3.- CONCLUSIONES	63
BIBLIOGRAFÍA	64

RESUMEN

La presente investigación, describe los delitos de «maltrato corporal relevante» y «Trato Degradante» contemplados en el art. 403 bis y ter del Código Penal,

respectivamente, relacionándolos con algunas instituciones de dogmática jurídica penal para situarla a su respecto. Se dará un enfoque especial al maltrato infantil y se relacionaran conceptos como bien jurídico protegido, elementos normativos del tipo y el principio de insignificancia. Se acudirá a criterios jurisprudenciales y opiniones doctrinales principalmente españolas, debido a que su legislación contempla figuras penales similares y de contexto internacional en relación al maltrato infantil.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio busca una aproximación exploratoria en la descripción de los delitos de «maltrato corporal relevante» y el «trato degradante» tipificados en la ley 21.013, la cual por su reciente data no tiene mayor discusión nacional a nivel

doctrinal, como así mismo, un desarrollo jurisprudencial que permita evidenciar cómo se desarrollan los tipos en lo concreto.

La dictación de esta nueva ley, obedece en lo sustancial a la existencia del pleno consenso respecto de la necesidad de dar protección a los niños, las niñas y adolescentes frente a toda forma de maltrato físico o psicológico, independiente de que éste se produzca o no en el contexto intrafamiliar; todo, en el contexto temporal de los múltiples casos de maltrato infantil, develados recientemente a la opinión pública, ejercidos por personas contratadas, paradójicamente, para su cuidado y protección; es decir, por terceros sin ningún tipo de vínculo de parentesco, pero que, sin embargo, ejercen un cuidado legal de estos menores.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la normativa no ha estado exenta de críticas. En efecto, en el proceso previo de discusión de la norma, se advirtió que la figura del maltrato corporal relevante, tendría el carácter de «Ley penal en blanco» (abierta), la cual terminaría por entregarle la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez, lo que conllevaría, en un futuro, a una posible condición de inconstitucionalidad. A mayor abundamiento, también se evidenció, en esta misma discusión previa, la dificultad que implicaría distinguir la facultad de corrección de los padres o cuidadores, es decir, saber *cuándo se convierte en un maltrato corporal «de manera relevante»*, el ejercicio de esta facultad; esto, además de la preocupación de que la normativa abra la puerta a que se judicialicen las relaciones familiares.

En relación al contexto analítico anteriormente señalado, es de suma importancia para el presente estudio, indagar tres aristas del área de familia, que se desprenden de la problemática jurídica penal de la norma anteriormente enunciada, las cuales son: 1) Explorar, conforme al bien jurídico protegido, las conductas sancionadas; 2) conseguir un acercamiento a elementos conceptuales indeterminados, tales como «relevancia», «especial deber de cuidado» y «trato degradante»; y, por último, 3) relacionar las figuras penalizadas con el maltrato infantil.

1.- MARCO CONCEPTUAL

1.1.- Conceptualización general del maltrato y su relación con la infancia y la adolescencia

La conceptualización del maltrato es amplia. En efecto, acudiendo en primer lugar a la Real Academia Española (RAE), observamos que la expresión «maltratar» es entendida como el «Tratar mal a alguien de palabra u obra». Es decir, bajo esta óptica general, se puede identificar que el concepto del maltrato está vinculado directamente con ambas formas de vulneración que son objeto de esta investigación; a saber, el «maltrato corporal relevante» (expresión de maltrato de obra) y el «trato degradante» (más vinculado a lo que podría entenderse como un tipo de maltrato verbal-psicológico).

En este sentido, técnicamente importa distinguir el maltrato de otro término, de uso muy popular, pero no muchas veces comprendido en toda su complejidad; cual es el concepto de «violencia», definida por la misma RAE, como la acción de «violentar»; verbo que a su vez hace alusión a la utilización de «...medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia».

El uso de la violencia en las personas, nos sugiere a priori la idea o indicio de algún grado de vulneración de la dignidad humana, por cuanto su fin es el sometimiento mediante una dinámica mal tratante, sin embargo, esto requiere una mayor especificidad en la estructuración conceptual de estos aspectos comportamentales en el ser humano, que, por esencia, tienden a poseer fuerte componente intersubjetivos en sus percepciones, aspecto propio de la experiencia humana en general.

Siendo así de complejo el establecer definiciones tipos, para elementos altamente subjetivos, necesariamente se debe contemplar conocimientos que disciplinas profesionales como la psicología y la psiquiatría, entre otras, pueden aportar para su más correcta delimitación conceptual.

Siguiendo aquella lógica de acercamiento técnico a estos conceptos, se considerará a uno de los grandes exponentes teóricos contemporáneos en esta materia, el médico psiquiatra argentino-francés, Dr. Reynaldo Perrone (2012), quien propone una mirada fragmentaria de esta temática, entre tres conceptos elementales del comportamiento humano en una dinámica vincular de poder, los cuales, generalmente tienden a confundirse y, por ende, a mal interpretarse en diversos ámbitos –entre ellos, también en el ámbito jurídico–; componentes que

tienen directa relación con el ejercicio del maltrato entre las personas. Perrone los delimita en los conceptos de «agresividad», «agresión» y «violencia», elementos que, para efectos de una mejor comprensión, se pasarán a revisar con mayores detalles, en los siguientes párrafos:

1.1.1.- Agresividad

Según el experto, el primero de los tres conceptos, la «agresividad», es entendida como una característica innata y sumamente útil para el desarrollo y la subsistencia humana. Plantea que se ha logrado comprender que «...todo organismo viviente, en ciertas condiciones desfavorables, puede manifestar agresividad y que esta es necesaria para conservar la vida... esta fuerza vital se expresa en todos los intercambios que conciernen a la perpetuación de la existencia, la definición del territorio personal y las acciones que apuntan a la autoafirmación... cuando el ser vivo se encuentra en una situación difícil y se confronta con la intimidación o el desafío, necesita de la agresividad» (Perrone, 2012, p. 21).

Bajo esta mirada, la agresividad es una habilidad adaptativa, es la «...fuerza al servicio de la supervivencia...»; es decir, es «...la capacidad para oponerse a la amenaza, a la coacción y a la coerción» (Ibíd., p. 23). Por su parte, según Littré (1994, citado en Perrone, 2012), «...la palabra coacción (que connota actos concretos): ella define la “fuerza o violencia que se hace a alguien para obligarlo a que diga o ejecute algo”, y coerción (que connota influencia) evoca la “presión que se ejerce sobre alguien para forzar su voluntad o su conducta”...» (p. 24).

En definitiva, en el ser humano «...la capacidad de defenderse de los ataques del entorno relacional es determinante para su equilibrio y salud mental» (Perrone, 2012, p. 16), por lo cual, la agresividad es una característica útil y necesaria para la subsistencia y el sano desarrollo de cada persona.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien la agresividad es una importante «respuesta adaptativa individual» para los desafíos y dificultades del entorno, en algunos casos, estas modalidades agresivas «...se acentúan, se amplifican y pueden volverse un rasgo de carácter perturbador o patológico» (Perrone, 2012, p. 17).

1.1.2.- Agresión

En segundo término, tenemos el concepto de «agresión», el cual es definido por Perrone (2012) como «...la fuerza al servicio de la desestabilización del otro, de su desequilibrio o de la modificación de su naturaleza.

«La agresión es más que la agresividad. Esta última existe en la agresión y se manifiesta cuando los controles interiorizados o sociales de la agresividad han fracasado o cuando se busca voluntariamente utilizarla sin retención ni límite» (p. 59).

En relación a lo anterior, podemos entender que la agresión es un acto de agresividad, que contiene elementos específicos que lo caracterizan, los cuales tienen que ver con un descontrol que sobrepasa los límites de los controles sociales, en el cual se utiliza la agresividad como una fuerza al servicio de la desestabilización del otro, de su desequilibrio o de la modificación de su naturaleza. Es un ataque en contra de un otro, a fin de imponerse mediante la utilización de la fuerza. Según el autor, «...una agresión es un ataque asestado contra algo, sea un objeto, una persona, un grupo, una colectividad o una nación. Se necesita de la agresividad para actuarla, sin embargo, a diferencia de la violencia, la finalidad no es la de destruir el objeto atacado sino, como fue dicho precedentemente, la de provocar un vuelco de su equilibrio intrínseco, la de modificar su posición para debilitarlo con el objetivo de obtener un beneficio o de establecer (o restablecer) una posición más ventajosa. La agresión está asociada con sorpresa, rapidez, golpe inesperado, episodio único o repetido, predecible o traicionero» (Perrone, 2012, p. 59).

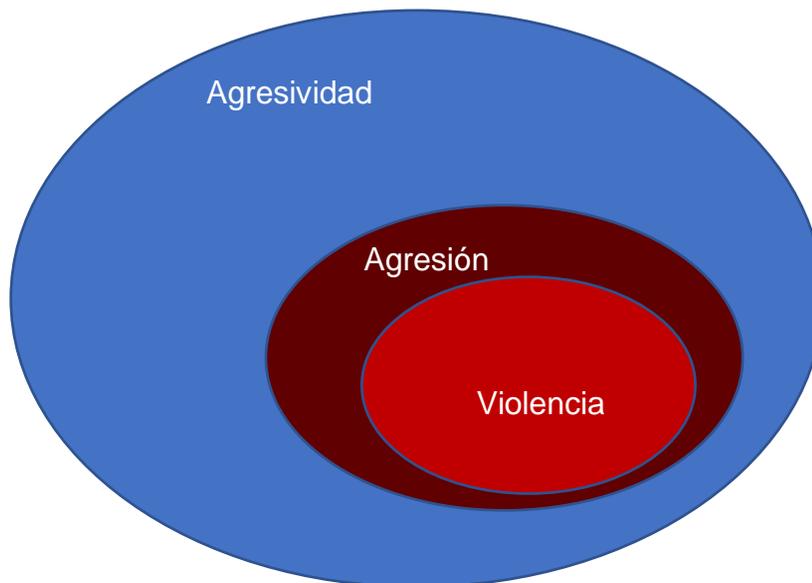
1.1.3.- Violencia

Por último, y como tercer concepto, tenemos a la «violencia». Esta es definida como «...una fuerza utilizada para destruir el objeto al que ella apunta. Existe violencia cuando la fuerza sin límite se pone al servicio de la satisfacción del deseo –de aquel que ejerce la violencia– a expensas de aquel que la sufre» (Ibíd., p. 60).

En este análisis, sin embargo, debe «...retenerse el carácter intencional que reviste el acto violento. Aun si las motivaciones son múltiples el objetivo siempre es provocar un efecto demoledor en la materia donde hace impacto; la finalidad es la dominación, el sojuzgamiento, la imposición por la fuerza y cuando es

necesario, incluso la muerte del sujeto que obstaculiza este designio» (Ibíd., p. 61).

En virtud de lo expresado anteriormente, se propone el siguiente gráfico para ilustrar la relación que Perrone plantea, existiría entre los conceptos de «agresividad», «agresión» y «violencia», siendo unos contenidos por otros:



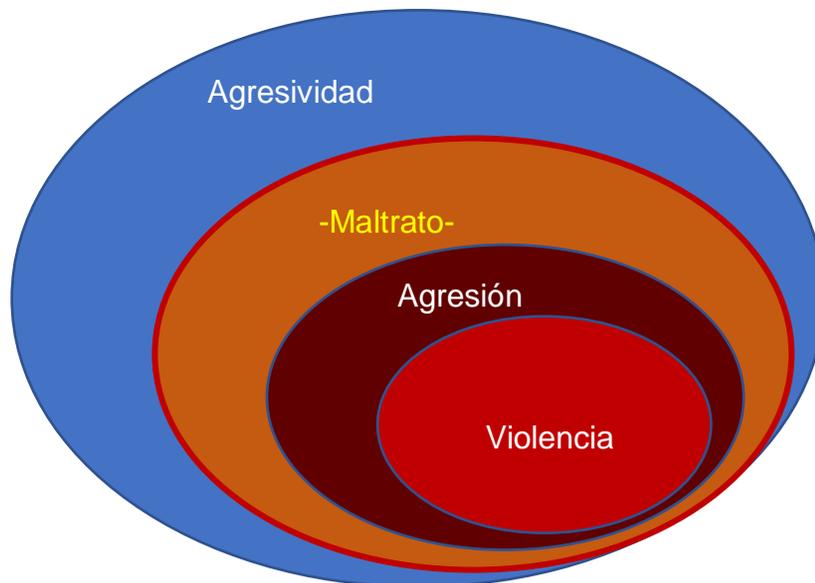
Como es posible apreciar, en todo lo mencionado hasta el momento, tanto el concepto de «agresión» como el de «violencia», poseen elementos que pudiesen tener estrechos vínculos con el concepto del «maltrato», sin embargo, se debe tener en cuenta que su grado de cercanía dependerá del nivel de daño que perciba la víctima en relación a la conducta agresora de su victimario; en otras palabras, dependerá tanto de la calidad de respuestas adaptativas individuales (agresividad) que el sujeto agredido posea para hacer frente a los embates coactivos y coercitivos del agresor, como también de la intencionalidad de dañar que este último (victimario) posea, en el hecho en cuestión.

El siguiente cuadro sintetiza los conceptos contenidos en la teoría de Perrone (2012), que permiten hacer una relación a priori con la definición antes vista del maltrato:

Conducta victimario	Características de la conducta
---------------------	--------------------------------

CONDUCTAS NO MALTRATANTES	Agresividad	Mecanismo adaptativo primitivo, propio del ser humano, útil para distintos aspectos de la existencia y subsistencia, entre ellos, el alcance de objetivos en la vida, la ejecución de proyectos, la autodefensa, la defensa de otro, etc.; el cual se mantiene dentro de los márgenes de las convenciones sociales, como ley o la ética (pp. 23-54).
CONDUCTAS MALTRATANTES	Agresión	Es un acto de agresividad, que contiene elementos específicos que lo caracterizan, los cuales tienen que ver con un descontrol que sobrepasa los límites de los controles sociales, utilizando la agresividad como una fuerza al servicio de la desestabilización del otro, de su desequilibrio o de la modificación de su naturaleza. Es un ataque en contra de un otro, a fin de imponerse mediante la utilización de la fuerza (pp. 59-60).
	Violencia	La violencia es un tipo de agresión que contienen, como elemento específico, el deseo de hacer daño o destruir al otro agredido, mediante la utilización de una agresividad desmedida, sin límites e intencionalmente ejercida para generar sufrimiento (pp. 60-61).

En este análisis, podríamos incorporar al concepto de maltrato como un área específica de la agresividad, la cual contiene tanto a los actos de agresión como a los actos de violencia:



En esta misma lógica, para Perrone (2012) la «violencia» puede dividirse en tres tipos:

1.1.3.1.- Violencia agresión: Es la que se desarrolla en una relación de simetría. Es un enfrentamiento desde una posición igualitaria. Esta «...violencia se manifiesta como un intercambio de gritos, insultos, amenazas y finalmente de golpes: tanto uno como otro reivindican su pertenencia a un mismo estatus de fuerza y poder» (p. 86).

1.1.3.2.- Violencia castigo: Esta violencia toma forma de castigo y se inscribe en el marco de una relación desigual, dado que la capacidad de la víctima para «...oponerse a su agresor es deficitaria, soporta la violencia sin oposición. Por falta de autoestima o por desprecio de sí misma, se acomoda a esta fatalidad, sin recurrir a ninguna instancia social de protección, como son (o podrían ser) la policía o la ley. En los casos extremos, esta forma de violencia castigo se transforma en sumisión y cautiverio para el que sufre.

«Se manifiesta en forma de castigos, servicias, torturas, negligencias o falta de cuidados. Uno de los actores reivindica una condición superior a la del otro y se arroga el derecho de infligirle un sufrimiento, muchas veces cruel, a quien, por definición, coloca en una clase inferior a la suya. Desde su punto de vista, el otro, “subhombre, subniño, infrahumano, sirviente, indigno, anormal o diabólico”, se merece el castigo y debe recibirlo sin rebelarse» (p. 87).

Esta, por su propia naturaleza, es la que generalmente está asociada a situaciones de maltratos de parte de un adulto hacia un niño, niña o adolescente, debido a la relación asimétrica natural de poder que existe entre ambos.

1.1.3.3.- Violencia represalia (o castigo con simetría latente): Por último, esta es una variante de la «violencia castigo» y se da cuando el «...sujeto que se encuentra en la posición baja, obligado a sufrir castigo, se resiste a pesar de la relación desfavorable de fuerzas. Aunque se somete a la violencia, está en desacuerdo con la situación y guarda una secreta voluntad de oponerse, lo cual, cuando es percibido por el agresor, aumenta la intensidad del castigo, que apunta entonces a quebrar el núcleo de resistencia» (p. 89). Entonces, este tipo de violencia es aquella expresión de «...intercambio entre aquel que agrede y se impone y aquel que recibe el castigo –pero resiste en silencio– esperando el momento de dar vuelta la situación» (Ibíd.).

1.1.4.- Diferencia biopsicosocial y jurídicas entre niños/as y adolescentes

En primera instancia, se puede decir que existe una importante diferencia en la condición biopsicosocial que posee un niño versus las de un adolescente, ante una situación de maltrato ejercida por un adulto. En el caso de un adolescente – legalmente entendido en Chile, como un sujeto que transita etariamente en el rango de los 14 y 18 años de edad (Ley 20.084 de Responsabilidad Penal Juvenil)– , estas características serían propias de una persona que se encuentra en una etapa evolutiva intermedia entre la niñez y la adultez; es decir, se entiende que poseería mayores y mejores mecanismos de defensas ante situaciones externas de agresión o violencia. Por lo cual, a priori, se debiera hacer un trato analítico diferenciado entre ambas etapas del desarrollo: niñez y adolescencia.

Según la psicología evolutiva clásica, la adolescencia se comprende como la fase de la incorporación al estadio de las «operaciones formales», la cual sería la última de las cuatro etapas en la Teoría del Desarrollo Cognitivo de Piaget. En esta se adquiere la capacidad de pensar de manera abstracta, manipulando ideas en la mente, sin depender de la manipulación concreta de objetos. Esta etapa comienza en la adolescencia y continúa en toda la adultez (Inhelder y Piaget,

1958). Es decir, bajo esta visión, el adolescente comienza a alcanzar un nivel de significación del mundo que lo rodea, más profundo y real, lo que conlleva que este también cuente con mayores herramientas cognitivas en la comprensión y significación, tanto de los aspectos positivos de la vida –para la estructuración definitiva de su personalidad–, como también de aquellos que son negativos, como es el caso del maltrato. En esta lógica, al comenzar a comprender de mejor manera los fenómenos (estímulos) externos que constantemente interactúan con su persona, también se empieza a tener, progresivamente, un mayor control de la emocionalidad, especialmente si esta fue previamente fortalecida en la etapa de su infancia.

En este sentido, Ortiz (1999, referido en Colom y Fernández, 2009) explica que los estudios sobre los procesos emocionales en la adolescencia, dan cuenta que estos presentan una serie de características significativamente más complejas que en la etapa de la niñez. Entre estas, se menciona que:

- «Se tiene una mayor conciencia de los estados afectivos que en edades anteriores y hacen más referencia a estados mentales a la hora de explicar sus emociones.
- «Se ha adquirido un mayor conocimiento acerca del efecto que tienen sus estados afectivos –negativos y positivos–, en el modo de percibir a la gente y en la realización de actividades y tareas.
- «Existe la conciencia de que una persona puede motivar simultáneamente emociones contrarias y esto no anula los sentimientos de afecto o cariño.
- «Se ha desarrollado una mayor comprensión de las emociones de los demás, siendo el adolescente mucho más sensible a qué características personales de los otros pueden influir en la modulación de su respuesta emocional.
- «El mayor avance de su pensamiento hipotético permite al adolescente considerar la influencia de múltiples factores personales en las reacciones de los demás. A su vez, posee más capacidad para indagar y recabar información sobre las personas a la hora de inferir y explicar emociones complejas.

- «La autorreflexión y las competencias cognitivas de los adolescentes se asocian con una mayor referencia a estrategias cognitivas en la modulación de los estados emocionales y una mayor confianza en la regulación de sus estados afectivos» (p. 239).

Precisamente, tomando como base argumental esta realidad evolutiva, provista por la ciencia, es que la legislación chilena actualmente estipula que «...todos los adolescentes entre 14 y 18 años son responsables ante la ley penal, tienen derecho a defensa gratuita, y de ser condenados a encierro, no son derivados a recintos carcelarios adultos, sino a centros especiales. Además, reciben un conjunto de garantías, como acceso a educación y programas de rehabilitación antidrogas y alcohol» (Ley Fácil, s/f). Esta contemplación particular de la ley para este grupo de menores de edad, es debido a la concepción que se ha ido construyendo de la responsabilidad que se adquiere progresivamente en el desarrollo humano, según las capacidades que, con el tiempo, pueden y deben ir asumiendo los menores de edad; situación que, en el caso del tema de esta investigación, permite considerarlo como un elemento importante de diferenciación entre la condición de vulnerabilidad biopsicosocial de un niño o niña, versus la de un adolescente. Sin perjuicio de esto, no se debe olvidar que, aún en el contexto de estas importantes diferencias etarias, el adolescente sigue siendo un menor de edad en desarrollo, por lo cual, aún tiene una importante relación de asimetría de poder, frente a una persona adulta mayor de 18 años de edad.

La anterior diferenciación niño-adolescente, puede brindar un elemento clarificador más, para la mejor delimitación de lo que pueden ser las conductas de maltrato «relevante» y trato «degradante», ejercidas por un adulto en contra de un menor de edad, tomando en consideración –o como una de las tantas consideraciones– la condición etaria de la víctima, estableciendo como norma evolutiva del desarrollo humano: *que, a menor edad, más significativo e impactante se percibe el efecto de la violencia y la agresividad en la vida de un niño o adolescente.*

1.2.- Conceptualización jurídica elemental de la norma

1.2.1.- Principio de legalidad o reserva

Este principio en Derecho Penal, tiene una finalidad limitadora de la facultad de castigar que posee el Estado. Al efecto, tomando en consideración las ideas que expone Garrido (2007a.), en síntesis, y en lo que interesa al objeto de este estudio, se observa:

a) Que en su literalidad, el principio se refiere a la reserva a la ley, de manera absoluta, de todo lo relativo a la configuración del delito.

b) Que una de las manifestaciones de este principio, denominada «lex stricta» –en relación a la conducta– implica que no basta con que el legislador considere un acto como delito, sino que además es necesario que se describa con claridad y exhaustivamente la conducta a que se refiere, diferenciando una de otra adecuadamente, de modo que puedan individualizarse sin dudas.

c) Que esta exigencia de precisión legal de la conducta, se denomina **mandato de determinación o de taxatividad**, el cual se vincula con el tipo penal, toda vez que «...al legislador le corresponde tipificar el delito, o sea describir los elementos subjetivos y objetivos que conforman la conducta conminada con sanción penal; el principio de tipicidad es un aspecto del mandato de determinación» (Garrido, 2007a, p. 33).

d) Que el reconocimiento constitucional del mandato lo encontramos en el art. 19, N° 3, de la Constitución Política de la República de Chile (1980), en el cual se señala:

«Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella».

e) Por último, este mandato «...es el límite de la posible arbitrariedad del legislador, y algunos sostienen que también lo es para los órganos jurisdiccionales; el primero para castigar una conducta debe describirla con precisión, los segundos sólo pueden imponer una sanción –dentro de los márgenes autorizados– a aquellas conductas expresamente descritas por la ley, y no a otras, aunque se les parezcan» (Cobo, citado por Garrido, *Ibíd.*).

1.2.2.- Tipo penal abierto

Siguiendo a Welzel (1956), podemos señalar que los tipos penales abiertos son aquellos en que solo parte del injusto está legalmente descrito y en el resto es necesario su complementación a través del juez.

En cuanto a su denominación, se designa «tipo abierto» en contraposición a los denominados «tipos cerrados», que son aquellos que enumeran exhaustivamente los elementos materiales del injusto.

Sin embargo, como advierte Bustos (1994), jamás un tipo será en estricto sentido cerrado, por cuanto siempre requerirá una labor de complementación por parte del juez.

Por su parte, en Zaffaroni (2002), podemos entender el motivo por el cual se utiliza esta fórmula legislativa. Al respecto, el autor expresa que «...por mucho que una legislación quiera respetar la legalidad, el propio lenguaje tiene limitaciones, de modo que la construcción legal de los tipos nunca agota la legalidad estricta, que requiere la labor interpretativa de reducción racional de lo prohibido, propia del derecho penal» (p. 441).

Desde otra perspectiva, Garrido (2007b) refiere que los tipos abiertos son «...aquellos en que normalmente la conducta descrita es socialmente adecuada, pero el tipo penal la sanciona únicamente en situaciones de especial desvalor» (p.114).

En definitiva, los tipos «penales abiertos», son semejantes a las «leyes penales en blanco», con la diferencia de que la complementación del tipo no se realiza por remisión a una regla jurídica de menor jerarquía, sino que a través de la discreción judicial.

Welzel (1956) nos da un ejemplo que nos puede servir para mejor entender esta figura. Plantea que si se toma en referencia una disposición que sancionaba la coacción (antiguo art. 240 del C.P. alemán, vigente en dicha época), en esta no se indica de ninguna manera la antijuricidad con el cumplimiento del tipo, pues hay en la vida social un sinnúmero de coacciones, a través de amenaza de un mal

sensible, que son completamente adecuadas al derecho, de modo que, desde un principio, no se puede decir que está indicada la antijuricidad con el cumplimiento del tipo de coacción. El legislador –refiere el autor– tomó en cuenta esta situación de hecho, al agregar una regla positiva para el establecimiento de la antijuricidad [tipicidad] al tipo de coacción del art. 240, inc. 2: «Es antijurídica [típica] la coacción, si el empleo del medio concreto de coacción (fuerza o amenaza) es socialmente reprobable para la obtención del objeto aspirado» (p. 87).

Evidentemente, los tipos penales abiertos son objeto de reparos en cuanto a su constitucionalidad, por cuanto serían una excepción al **principio de legalidad** en su expresión de *lex stricta* o mandato de taxatividad, que exige del legislador la descripción clara y exhaustiva en lo sustancial de la conducta prohibida.

Así se ha señalado por nuestro Tribunal Constitucional (STC Rol N°1011-07-INA), que «...son contrarias a la Constitución las leyes penales en blanco propias o abiertas, esto es, aquellas en que la descripción de la conducta está entregada a una norma infralegal sin indicar legalmente el núcleo fundamental de ella, y las que entregan la determinación de la conducta punible al criterio discrecional del juez» (Cfr. Considerando Cuarto).

No obstante, el contenido de elementos abiertos en la descripción del tipo, no implica a priori que la norma sea inconstitucional. Al efecto, Cury (2005) expresa que «...ese género de disposiciones sólo es aceptable cuando reúne características capaces de asegurar al ciudadano el conocimiento cabal de los mandatos y prohibiciones protegidos por una pena penal» (p. 179). Por su parte, Bustos (1994) considera que «...al igual que en las leyes penales en blanco, el límite de lo admisible desde el punto de vista constitucional sólo quedará sobrepasado en aquellos casos en que el tipo legal no contenga el núcleo fundamental de la materia prohibida, y por tanto, la complementación ya no sea sólo cuantitativa, sino eminentemente cualitativa» (p. 162).

1.2.3.- Tipo abierto y constitucionalidad de la norma

Uno de los delitos en cuestión, contiene un elemento normativo, la «relevancia», que ha llevado a catalogar a la norma, en la discusión del proyecto, como una ley penal en blanco (en sentido de ley penal abierta).

En el trámite de control preventivo de constitucionalidad de la ley, ante el Tribunal Constitucional de Chile (Sentencia Rol 3407-17-CPR), no se resolvió el tema sobre la inconstitucionalidad de la norma por su eventual carácter de ley penal en blanco; ello, por cuanto se estimó que el artículo en cuestión no era materia de dicho control, por no tratarse de Ley Orgánica Constitucional. En consecuencia, solo se sabrá la opinión del T.C., en el eventual caso que se presenten los respectivos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, es un antecedente a tener en cuenta, la opinión minoritaria expresada en dicho examen preventivo, señalada en el siguiente párrafo del voto disidente:

«Que, el artículo 403 bis en sus tres incisos usa la expresión “de manera relevante”, concepto abierto, cuya valoración queda entregada íntegramente al juez de fondo, abriendo un abanico de posibilidades judiciales a efecto de interpretar tal concepto, convirtiendo al tipo penal en una ley penal en blanco propia, dado que la estimación del accionar punible queda entregado a la amplia discrecionalidad del juez que juzga el hecho» (Considerando Disidente N° 8).

En este sentido, es importante observar que, si bien la descripción del tipo contiene un elemento que podría señalarse como abierto, «la relevancia», éste no atentaría contra el principio de legalidad, por cuanto el núcleo fundamental del tipo «maltratar corporalmente» se describe adecuadamente.

Además, es evidente que la expresión se agregó en un intento de restringir el riesgo de aplicación más amplia aún del tipo, si no tuviese este elemento.¹

En consecuencia, no se considera que la incorporación de la expresión «relevante» sea suficiente justificación para invalidar la norma.

¹ Al respecto, ver en Biblioteca del Congreso Nacional (s/f) informe de Comisión Mixta de Fecha 10 de enero, 2017 pp. 300 a 322, en que se señala entre los motivos del rechazo del artículo original por parte de la Cámara de Diputado, el no contener el criterio de relevancia, razón por la cual se propuso su incorporación.

1.2.4.- Bien jurídico

El Derecho Penal, en su acepción de derecho subjetivo, esto es, como facultad exclusiva de castigar que tiene el Estado; reconoce como límite en un Estado Social de Derecho, que el ejercicio de dicha facultad no sea omnímoda, es decir, que las facultades que castigar del Estado tenga ciertos límites. Esta limitación se conoce como principio de lesividad, que legitima el derecho penal en cuanto se dirija a la protección de bienes jurídicos valiosos (Garrido, 2007a; Zaffaroni, 2002).

Al efecto, Cury (2005) nos dice que «...los bienes jurídicos son estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento» (p. 52). Con «estados sociales», este autor significa que los bienes jurídicos preexisten a su consagración, como tales, por el derecho, el cual se limita a conferirles ese carácter mediante el otorgamiento de su protección.

Por su parte, Garrido (2007a), citando a Welzel, refiere que el bien jurídico protegido es «...un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente» (p. 63).

Zaffaroni (2002), a su vez, precisa separar el concepto de «bien jurídico afectado» de la noción «bien jurídico tutelado», concluyendo que éste último es una inversión extensiva racionalizante del primero (porque el derecho en definitiva no los tutela, independiente de que sea una pretensión discursiva), correspondiendo exclusivamente al bien jurídico afectado, la expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación (por lesión o por peligro) excluyendo las bagatelas o afectaciones insignificantes (p. 128 y ss).

Siguiendo a Garrido (2007b), es posible observar que la intensidad de ataque al bien jurídico, permite distinguir entre «delitos de lesión» y los de «peligro», y este último, entre «peligro concreto» y «peligro abstracto». En síntesis, basados en este autor, se define el (p. 330):

- a) «Delito de lesión», como aquel que, para su perfeccionamiento –o sea su consumación–, exige que realmente se produzca la lesión o menoscabo del bien jurídico que está destinado a proteger.

- b) «Delito de peligro», por el contrario, no requiere producción de una lesión al bien jurídico para su perfeccionamiento, sino que se satisface con la sola creación de un riesgo de lesión de éste.
- c) «Delitos de peligro concreto», requieren que la conducta ciertamente constituya un efectivo riesgo para el bien jurídico protegido.
- d) «Delitos de peligro abstracto», no requieren la verificación de si la acción estuvo en la real posibilidad de lesionar al bien objeto de protección. Esto es, haya o no creado un riesgo, la conducta se estima en sí misma peligrosa, y por ello, su prohibición se conmina con una sanción penal, como ocurre con la tenencia, fabricación o posesión de llaves falsas.

1.2.5.- Sujeto activo del delito

En dogmática penal, sujeto activo es quien realiza toda o una parte de la acción descrita por el tipo. Siguiendo a Garrido (2007b), algunas características que en resumen interesan al estudio son (pp. 70, 71 y 94):

- a) La generalidad de los tipos son neutros en cuanto al sujeto, pues, no se hacen requerimientos particulares a su respecto en cuanto a edad, sexo o número de ellos.
- b) Por excepción, el tipo penal restringe la posibilidad de ejecución a determinados individuos, hipótesis que constituyen los denominados tipos especiales, que requieren de un sujeto calificado, y la calidad especial que deben cumplir es un elemento del tipo objetivo.
- c) Dentro de los tipos especiales, encontramos los denominados impropios, que son delitos que cuentan con un tipo penal común base, que puede ser realizado por cualquiera persona, sin embargo, cuando interviene como autor un sujeto calificado (intraneus) el mismo hecho da lugar a una figura diferente, que normalmente se reprime con sanción más grave.
- d) Si bien generalmente los tipos penales no exigen más que un solo sujeto para su realización, excepcionalmente, puede requerir para conformarse que sus autores sean necesariamente varias personas.

- e) Aunque doctrinariamente una persona jurídica también puede ser sujeto activo, en nuestro derecho, salvo que haya norma expresa que lo reconozca, tal eventualidad es discutible, por motivos de índole sistemáticos. Así, el Código Penal parece articulado, pensando sólo en que el autor de los hechos sean seres humanos (estructuras penales «el que», «al que», eximentes, agravantes, penas).

1.2.6.- Sujeto pasivo del delito

Cousiño (1975) señala que el «Sujeto pasivo del delito es el que sufre las consecuencias de la acción delictuosa del sujeto activo del mismo y que es lesionado en alguno de sus intereses jurídicos que la ley ampara» (p. 281). En relación a esta definición de base, y tomando en cuenta lo explicado por Garrido (2007b), es posible establecer algunas precisiones que merecen ser observadas para el efecto de este estudio:

- a) El sujeto pasivo del delito, no siempre es una persona determinada.
- b) La concepción de sujeto pasivo del delito, puede comprender personas jurídicas, entidades como la familia, el Estado e incluso la sociedad toda.
- c) Conceptualmente, el término no es idéntico al de sujeto pasivo de la acción que es la persona sobre la cual recae la actividad típica, aunque normalmente ambos términos coinciden
- d) El sujeto pasivo de la acción, no necesariamente es quien sufre la lesión al bien jurídico.
- e) El sujeto pasivo del delito, coincide con el objeto de la acción, cuando esta recae sobre el cuerpo de la víctima, quien es a su vez titular del bien jurídico protegido.

1.2.7.- La acción o conducta

La acción es el presupuesto sustancial del delito. No obstante, en cuanto a su concepción, existen distintas visiones siendo conocido el debate entre la noción

casualista y la finalista (se pueden agregar otras, como concepción neokantiana y la social de acción).

En este estudio exploratorio, se seguirá la «posición finalista» de Hans Welzel, referido por Cury (2005), quien postula que la acción es una «actividad final», es decir, es un «...obrar orientado conscientemente desde el fin» (p. 261). Siguiendo esta lógica, es posible destacar un par de elementos dignos de ser considerados para este cometido (*Ibíd.*, pp. 263 y 264):

1) La acción posee una estructura compleja, comprensiva tanto de la voluntad que la dirige, como de su manifestación en el mundo exterior. Si falta cualquiera de esos dos componentes no existe acción alguna. Por esta razón:

- a) Al aspecto exterior de la acción pertenece el movimiento corporal del agente, pero no los resultados que éste produce como consecuencia causal de esa actividad. El resultado, cuando lo hay, trasciende a la acción, motivo por el que es inconcebible que la integre.
- b) A la acción, en su aspecto interno (psíquico), pertenece la finalidad, es decir, la voluntad de realización del hecho mediante la dirección de los procesos causales desde el fin, esto, gracias a la capacidad del autor para supradeterminarlos de acuerdo su experiencia. Así, pues, la finalidad no es lo mismo que la voluntariedad o mínimo subjetivo –vacía de contenido–, que la teoría causal colocó en la base de la acción. La finalidad es voluntad de realización y, por ende, está plena de contenido y dirección.

2) No existe una «acción en abstracto» –sino sólo «acciones concretas», como «acción de matar», «de sustraer», «comer», etc. La naturaleza concreta de una acción la determina el fin que persigue su autor.

1.2.8.- Elementos descriptivos y normativos del tipo

La descripción típica no abarca solo la acción, sino que incorpora otros elementos, denominados descriptivos y normativos (estos últimos, no siempre).

Siguiendo a Garrido (2007b), se tiene que los elementos descriptivos del tipo son los susceptibles de ser captados por los sentidos, basta con tener conocimiento de

su identidad, no requieren de un razonamiento o valoración para aprehenderlos. Por otro lado, los elementos normativos del tipo, son aquellos que sólo pueden ser aprehendidos o comprendidos mediante un proceso intelectual o valorativo.

A su vez, los elementos normativos podemos distinguirlos en culturales y jurídicos, según exijan para su apreciación un fundamento empírico cultural. Tales son los casos del «grave desamparo» o el «abuso de autoridad o confianza» del art. 367 bis, o el «pudor» o «buenas costumbres» del art. 373; o aquellos que requieran de una valoración jurídica, como los ya aludidos de «ajenidad», «empleado público», «documento privado», etc. (Garrido, 2007b, pp. 67 y 68).

En esta misma línea, y como advierte Bustos y Hormazábal (1997), «Sin duda, la complejidad de los elementos normativos constituyen un principio de incertidumbre y afectan a la función de garantía del tipo penal. El contenido de un elemento normativo está sujeto a un previo juicio valorativo y, como todo juicio valorativo, tiene el peligro de la indeterminación y del subjetivismo» (p. 47).

1.2.9.- La facultad de corrección de los padres

En relación a este elemento, y según lo planteado por Ramos (2007), es posible apreciar que esta facultad forma parte de la que se denomina «Potestad Paterna», que el autor define como «...el conjunto de derechos y obligaciones de contenido eminentemente moral, existente entre padres e hijos» (p. 440).

Por su parte, Darriba (2012) señala que «Dicha facultad de castigo tiene su antecedente remoto en Las Partidas, en las que se recogía la potestad de castigo que debía tener el padre sobre el hijo, si bien señalando que dicha potestad debería ejercerse con mesura y piedad» (p. 6).

En la legislación chilena, la facultad de corrección se encuentra estipulada expresamente en el art. 234, inc. 1° del C.C.:²

«Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo

² A su vez, el art. 235 del C.C. extiende las disposiciones contenidas en el artículo referido, a cualquiera otra persona a quien corresponda el cuidado personal del hijo, en ausencia, inhabilidad o muerte de ambos padres.

caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño».

Cabe señalar que, originalmente –esto es, con la entrada en vigencia del Código Civil en Chile, el año 1855– se reconocía al padre la facultad de «corregir y castigar moderadamente» a los hijos, la cual se mantuvo hasta la dictación de la ley N° 19.585, de 1998, que la deroga. Como refiere Ramos Pazos (2007), «...con el objeto de ajustar nuestro Derecho interno a la Convención de los Derechos del Niño» (p. 454).

Al efecto, podemos observar que la Convención de los Derechos del Niño (ONU, 1990), obliga a los Estados Partes a adoptar:

«Todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo» (art. 19.1)

Con la ley 19.585, se mantuvo la facultad de corregir (ubicándola en el actual art. 234 del C.C.), pero condicionándola a que ello «...no menoscabe su salud ni su desarrollo personal».

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la ley 20.286 (de septiembre de 2008), tenemos la redacción actual, en virtud de la cual se excluye toda forma de maltrato físico y psicológico, debiendo ejercerse en todo caso la facultad de corrección en conformidad a la ley y a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto al contenido jurídico de esta institución, doctrinariamente podemos encontrar tres alternativas: 1) derecho, 2) deber³, 3) derecho y deber⁴.

³ La institución como deber, se sostenía bajo la legislación española (antes de la reforma de la ley 54/2007). En Silva Tosca, A. (2015). Deber de corrección a la luz de la convención de derechos del niño, la legislación mexicana y española. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2(4), 56–61. Antón Oneca, señala que el legislador obliga a los padres debido a que el derecho de corrección procede de un deber que compete a los padres, tutores y educadores. Al efecto, en favor de esta opción se cita un fallo de la Audiencia Provincial de Jaén «corregir significa: advertir, amonestar, reprender, conceptos que suponen que el fin de la actuación es conseguir del niño que se porte bien, apartándose de una conducta incorrecta, educarle en definitiva» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (secc. 2.a) 10/2009, de 22 de enero).

El sentido literal del Código Civil de Chile, indica que la corrección es un derecho, pues en su art. 234 concede «la facultad» de corregir a los hijos, siendo ésta el contenido del derecho.

⁴ En la alternativa de derecho-deber, observamos que, en España, si bien con la reforma del año 2007 se suprimió la norma que se refería expresamente al derecho de corrección, parte de la doctrina lo incluye dentro de las funciones de la «patria potestad», como expresión del deber-facultad de educar a los hijos, establecidos en el arts. 154 del Código Civil español.

2.- DESARROLLO

2.1.- Antecedentes internacionales generales de la regulación

En este contexto, es dable señalar que, ante el estado de la cuestión, una fuente importante que podría estimar, tanto la doctrina como la jurisprudencia, para interpretar los delitos tipificados en los arts. 403 bis (maltrato corporal relevante) y 403 ter (trato degradante) del Código Penal, en especial relación con los niños, niñas y adolescentes como sujetos de protección, precisamente es la normativa internacional sobre maltrato infantil.

En este punto, es también importante comprender el concepto general del maltrato infantil, el cual, según Costa (2005, cit. en Arruabarrena y Arruabarrena, 2005), «...implica una valoración social en relación a lo que es peligroso o inadecuado para el niño. Y aquí reside precisamente gran dificultad para definirlo, ya que hay una falta de consenso social respecto a lo que constituyen formas de crianza peligrosas e inaceptables. Resulta difícil establecer la raya de separación entre lo que es un maltrato y lo que no lo es...» (p. 15). Sin perjuicio de lo anterior, existen actualmente algunas definiciones generales –providas por las instituciones y expertos de referencia en la materia–, las cuales estipulan lo siguiente:

- La Organización Mundial de la Salud (2012, citada en Protocolo de Abordaje Institucional de Situaciones de Maltrato Infantil de JUNJI, 2018) establece que se considerará como maltrato infantil «...los abusos y la desatención de los que pueden ser objeto las niñas y niños menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otra índole que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad de la niña o niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder. La exposición a la violencia intrafamiliar también se incluye como una forma de maltrato infantil» (p. 27).
- UNICEF (2012, citada en ibíd.), por su parte, «...define como víctimas de maltrato y abandono a aquellas niñas, niños y adolescentes de hasta 18 años que sufren ocasional o habitualmente actos de violencia física, sexual o emocional, ya sea en el grupo familiar o en las instituciones sociales» (p. 27).

- Por otro lado, Barudy (2000, citado en ibíd.) «...define al maltrato infantil como todo comportamiento y/o discurso adulto que transgreda las necesidades y los derechos de la niña y el niño contenidos en la filosofía de la Convención de los Derechos del Niño. Según los principios que lo definen, toda práctica activa o de omisión cometidas por individuos, instituciones o por la sociedad en general, y toda situación que prive a las niñas y niños de cuidados, de sus derechos y libertades, impidiendo su pleno desarrollo, constituyen por definición maltrato o negligencia» (p. 27).

De las anteriores definiciones, podemos extraer elementos comunes identificados como situaciones de maltrato infantil, los cuales serían: violencia física, psicológica, abuso sexual y abandono o negligencia en los cuidados. En este mismo sentido, la Convención de los Derechos del Niño (CDN) confirma estas coincidencias conceptuales, refiriendo en su art. 19, inciso 1, que el maltrato infantil es «...toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».

En relación a lo anterior, el año 2011 el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General N° 13 sobre «Derecho del Niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia», referido en UNICEF (2014), recoge el concepto de violencia establecido en la CDN y aclara que, si bien es común entender por violencia solo daño físico o intencional, ésta comprende los efectos de las formas no físicas y/o intencionales de daño, como el descuido o maltrato psicológico. Este documento reconoce varios tipos de violencia infantil, entre otras, descuido o trato negligente, violencia mental, violencia física, castigos corporales, abuso y explotación sexual, tortura, violencia entre niños, autolesiones.

Según todo lo anterior, es posible comprender que el «maltrato infantil» viene a ser toda acción de «agresión» o «violencia» (considerando también, la omisión en los cuidados o negligencia) en contra de un niño, niña o adolescente, ejercida por un adulto, mediante una dinámica jerárquica de poder y sumisión degradante.

2.2.- Descripción histórica en Chile de la ley 21.013

Entrando de lleno en el análisis jurídico de la norma en cuestión, es posible comenzar señalando que la ley 21.013 –la cual estipula como nuevos delitos la conducta de «maltrato corporal relevante» y el «trato degradante» en contra de un menor de edad, adulto mayor o persona discapacitada– tuvo su origen en una serie de mociones parlamentarias, las cuales definitivamente se refundieron como proyecto único al boletín 9279-07 (Sanciona el Maltrato Infantil). Al efecto, las mociones que se refundieron a éste fueron:

1. Boletín N° 9435-18, que modifica el Código Procesal Penal, en materia de acción penal y de principio de oportunidad, en el caso de los delitos cometidos contra adultos mayores.
2. Boletín N° 9849-07, que modifica el Código Penal para aumentar las sanciones en el delito de lesiones cometido contra infantes y adultos mayores.
3. Boletín N° 9877-07, que modifica el Código Penal con el objeto de tipificar el delito de maltrato de menores y otras personas vulnerables.
4. Boletín N° 9901-07, que modifica el Código Penal para sancionar la seducción de menores por medios virtuales.
5. Boletín N° 9904-07, que modifica el Código Penal y el decreto ley N° 645, de 1925, sobre el Registro General de Condenas, con el propósito de aumentar las penas en el caso de delito de lesiones cometidos en contra de menores y de establecer inhabilidades para condenados por esos ilícitos.
6. Boletín N° 9908-07, que modifica el Código Penal para aumentar la pena al delito de lesiones cometido contra menores por quienes los tienen bajo su cuidado.

La finalidad del legislador, en general, es subsanar el vacío legal que existía respecto de la protección penal contra conductas de maltrato hacia niños, niñas y adolescentes fuera del ámbito intrafamiliar, que no produzcan resultado de lesiones, armonizando la legislación con el imperativo internacional de DD.HH. y

en especial la Convención Internacional de los Derechos del Niño y recomendaciones (Biblioteca del Congreso Nacional, 2016, Boletín N° 9279-07).

Respecto del maltrato corporal, se señala que lo que propone en el proyecto está bajo las lesiones leves, es la parte más baja, esto vendría a colmar un vacío en materia de peligro, en delitos de mera actividad no constitutivos de un resultado (Ibíd.).⁵

No obstante, en la discusión parlamentaria se plantearon ciertas dudas respecto del concepto «relevancia», introducido al proyecto por la comisión mixta. En especial la dificultad se presentará cuando deba distinguirse la facultad de corrección de los padres o cuidadores; todo además de la preocupación de que la normativa abra la puerta a que se judicialicen las relaciones familiares.⁶

Junto con tales dudas, se advirtió sobre la posible inconstitucionalidad de la norma por tratarse de una ley penal en blanco. En definitiva, aunque igual se votó a favor del proyecto, se hizo con el compromiso de que el Ejecutivo posteriormente vetaría la norma, lo cual nunca se efectuó, y por ende el artículo no fue modificado.

En cuanto al delito de «trato degradante», podemos observar que la norma original varió su redacción en la tramitación logrando con ello mayor diferenciación del maltrato corporal; no obstante, también se advirtió sobre la indeterminación de la conducta (aunque observamos que no hubo mayor detención en ella).⁷

Por último, se advirtió sobre el peligro de una sobrecarga de trabajo, pues todas las situaciones en que haya maltrato, teniendo en cuenta que este maltrato no deja huellas y es difícil de constatar, va a pasar al ámbito penal, y por tanto, el Ministerio Público al igual que la Defensoría Penal tendrán una sobrecarga de trabajo, situación que hoy en el ámbito de los tribunales de familia ya tiene solución.

⁵ Elementos que se desprenden de la intervención del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo.

⁶ Discusión en sala en tercer trámite de Cámara de Diputados de fecha 14 de diciembre de 2016, intervención del diputado Alvarado; discusión en Sala informe Comisión mixta de fecha 01 de marzo, 2017, especialmente intervención de Senador Espina, Letelier y Larraín al respecto; discusión en sala de informe de Comisión Mixta de fecha 14 de marzo de 2017, intervención de Senador García.

⁷ Elementos que se desprenden del primer informe de Comisión Especial, intervención de Fiscal Regional Metropolitano Norte en cuanto a que «la referencia a “todo trato denigrante” pareciera ser una expresión demasiado genérica a la hora de regular el particular» (p. 136).

2.3.- Maltrato corporal relevante

2.3.1.- Bien jurídico protegido

En relación a este asunto, Irarrázaval (2017) señala que el bien jurídico protegido es la «integridad física de personas vulnerables» entendiendo conjuntamente que se trataría de un delito de mera actividad.

Al respecto, el representante del Ministerio de Justicia, Ignacio Castillo (2016), señaló al momento de la tramitación del proyecto lo siguiente:

«El ilícito en comento considera al maltrato corporal como una figura residual dentro de los delitos contra la integridad física, que no requiere como resultado para su configuración una lesión visible u ostensible en la persona de la víctima» (p. 188).⁸

En la legislación española (la cual se constituye en uno de los modelos más influyentes para la norma chilena, en esta materia específica), por su parte, existen varias posturas respecto del bien jurídico protegido en los tipos de malos tratos de obra sin causar lesión (símil al maltrato corporal relevante en Chile), contemplados en los art. 147 N° 3 y 153 N° 1 de su Código Penal, que se diferencian en que en el primer caso, los malos tratos se dan sin relación a un sujeto pasivo especial y el segundo si (principalmente vínculos de familiaridad).

El tipo descrito en el art. 153.1, de dicho C.P. europeo, prescribe:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión...».

Con relación a este tipo, de manera sintética, siguiendo a Castelló (2002) podemos distinguir las siguientes posiciones sobre el bien jurídico (pp. 53-80):

⁸ Estas declaraciones pueden verse en el segundo informe de Comisión Especial de 09 de noviembre de 2016, intervención de Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo, en Biblioteca del Congreso Nacional.

2.3.1.1.- Autores que equiparan el bien jurídico protegido al de lesiones, esto es, la integridad y salud personales:

Gracia Martín y García Álvarez-del Carpio Delgado (referido por Castelló, 2002) quienes plantean que el que no llegue a producirse ningún resultado lesivo no es obstáculo para el reconocimiento del mismo, entendiéndose que el delito del art. 153 es de peligro abstracto en relación con el bien jurídico protegido por los tipos de lesiones.

Díez Ripollés (referido por Castelló, 2002) quien además cataloga el delito como de resultado material que «supondrá un menoscabo de la integridad o salud personales que no exijan ni siquiera la primera asistencia facultativa».

2.3.1.2.- Autores que entienden la protección de un bien jurídico distinto:

Del Rosal Blasco (referido por Castelló, 2002) da entrada al concepto de bienestar personal para el caso de que no se cause ninguna lesión. Así, a su juicio, se protege «la salud y/o bienestar personal de los individuos». También como bienestar personal, defiende Polaino Navarrete, el alcance del bien individual de la salud personal.

Con un criterio más generalizador, González Rus (referido por Castelló, 2002), individualiza el bien jurídico en la llamada «incolumidad o indemnidad personal», «entendida en su sentido propio de estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio y que se traduce en un estado de tranquilidad y seguridad física y psíquica que debe asegurarse a las personas que señala el precepto en las relaciones que mantengan entre sí y que se ve lesionada cuando éstas se producen de manera violenta».

Por otro lado, el art. 147.3 del CP de España, también sanciona el maltrato de obra sin causar lesiones, sin considerar al sujeto pasivo:

«3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión».

Al referirse al bien jurídico protegido, Romeo Casabona, citado por Boldova (2016) conjuntamente con sostener que es la salud e integridad corporal, refiere que nos encontramos ante un delito de resultado material, pero no se basa en la recuperación natural o espontánea para distinguirlo del tipo lesiones, sino que en

la calidad de perceptible o apreciable. De tal suerte, que se subsumirían en los malos tratos de obra resultados típicos como dolores o molestias momentáneos, inapreciables e imperceptibles por terceros, pero sí por la víctima (y susceptibles de inferencia por la dimensión del comportamiento agresivo o violento desplegado y de sus posibles consecuencias), los cuales integrarían la escala más baja de la afección o menoscabo a la integridad corporal o la salud personal.

Podemos adelantar la importancia de determinar el bien jurídico protegido. Así, en la jurisprudencia española se ha señalado:⁹

«El hecho de que no resultara probada la existencia del arañazo a que se hace referencia en la denuncia carece de trascendencia y justifica la razón de la condena del ex artículo 147.3 del Código Penal, al no estar acreditada la producción de lesión alguna como consecuencia de la agresión de autos, pues el maltrato de obra tipificado en dicho precepto precisa de dicha ausencia para que pueda apreciarse, no teniendo a la salud como **bien jurídico protegido**, sino la dignidad de las personas» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 16.01.2018, SAP M 234/2018, fundamento de derecho primero, párrafo 5).

En otros casos, la falta de lesividad al bien jurídico se consideró para excluir la conducta del tipo:

«...no compartimos la tesis de que lanzarle a una persona agua sea una conducta que, desde un punto de vista de legalidad penal, pueda ser tipificable como de maltrato de obra, y debemos repetir que el maltrato de obra penalmente reprochable supone una acción de violencia física, acometimiento o agresión, susceptible de provocar un daño o lesión, aunque en el caso concreto no la provoque. En la mejor de las hipótesis, podrá ser una falta de vejación injusta, pero lanzar agua a una persona no es incardinable en el art. 153 o si se quiere a lo más en el art. 617.2 CP» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Alava, de 23/03/2015, SAP VI 193/2011, considerando cuarto, párr. 21).

⁹ Todas las resoluciones españolas a que se haga referencia en este estudio, han sido consultada en la base de datos CENDOJ: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

«El maltrato de obra típico requiere pues la presencia de un cierto acometimiento, de una suerte de agresión física que no se conforma con el mero contacto y se distingue de la falta de lesiones en que mientras en ésta se precisa que se cause a la víctima una lesión, en aquélla no resulta necesaria la producción de ese resultado, se califica como vejación la discusión verbal con pareja sentimental en el curso de la cual le llama puta y la agarra de un brazo empujándola contra la pared, sin que consten lesiones ni se acredite la entidad e intensidad del agarrón y del empujón» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 24/09/2008, SAP M 14912/2008, considerando segundo, párr. 7).

Cabe señalar, como ejemplifica Irarrázaval (2017) que en nuestro derecho la falta de lesividad al bien jurídico se ha considerado en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema y de la Corte de Rancagua en materia de delitos de la ley de drogas y de la ley de control de armas.

Respecto del primer delito, nuestra Corte Suprema ha afirmado «no por ello puede dejar de verificarse si el hecho cuya tipicidad se examina tuvo al menos la posibilidad de significar, en la realidad, un riesgo para el objeto jurídico tutelado, puesto que el bien jurídico constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal en la libertad de las personas cuya función de garantía limita el poder punitivo del Estado, de modo que el legislador no puede castigar cualesquiera conductas, sino solamente aquellas que lesionan o pongan en peligro bienes jurídicos» (Rol 15920-2015, causa por cultivo de cannabis, considerando 8°).¹⁰

A su vez en una causa sobre control de armas la Corte de Apelaciones de Rancagua refiere: «El principio de “lesividad” -que localiza la esencia del hecho punible en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico- se alza así como uno de los limitativos del ius puniendi del Estado y obliga -también en el ámbito del enjuiciamiento- a establecer la real dañosidad social de la conducta incriminada» (Fallo en causa Rol N° 132-2016: en el mismo sentido y Corte, fallo causa Rol 461- 2016).¹¹

¹⁰ Todos los fallos nacionales a que se haga referencia en este trabajo han sido consultados en “Oficina Judicial Virtual :: Poder Judicial Chile”, <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>

2.3.2.- Tipo básico de maltrato corporal relevante

«El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años...» (art.403 bis. Inc. 1 C.P.)

2.3.2.1.- Conducta

El verbo rector consiste en «maltratar», que en conceptualización según la Real Academia Española (RAE), es entendida como el «Tratar mal a alguien de palabra u obra», es decir, de forma verbal o mediante la utilización del accionar físico-material. En este sentido, generalmente se asocia que el ejercicio de un «trato» «malo» hacia otro ser humano, está estrechamente relacionado con la incorporación de un accionar de «violencia» hacia un otro, concepto que a su vez es comprendido por la RAE, como la aplicación de «...medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia»; por lo cual, bajo esta lógica, una conducta mal tratante vendría a ser toda vinculación humana que implique medios de sometimiento y dinámicas de control ejercidas mediante relaciones asimétricas de poder.

Ahora bien, coherente con lo que señala Garrido (2007b) en cuanto a que es insuficiente, en todo caso, la mera mención de una acción, porque lo que se sanciona son acciones con determinadas modalidades, una de las cuales es el objeto sobre el cual recae, observamos que el tipo requiere que la acción de maltratar recaiga sobre la corporalidad de la víctima, quien en consecuencia es objeto del delito.

En el maltrato corporal entonces en prima facie caben todas las conductas agresivas que afecten directamente al cuerpo de la víctima, en particular, puñetazos, bofetadas, golpes y golpes con objetos o armas.

No obstante queda la duda respecto de empujones, tirones o cortes de pelo u otras acciones como por ejemplo ser embestido con agua. En este último caso, ejemplo ya citado, en la jurisprudencia española se ha resuelto:

«...no compartimos la tesis de que lanzarle a una persona agua sea una conducta que, desde un punto de vista de legalidad penal, pueda ser tipificable como de maltrato de obra, y debemos repetir que el

maltrato de obra penalmente reprochable supone una acción de violencia física, acometimiento o agresión, susceptible de provocar un daño o lesión, aunque en el caso concreto no la provoque. En la mejor de las hipótesis, podrá ser una falta de vejación injusta, pero lanzar agua a una persona no es incardinable en el art. 153 o si se quiere a lo más en el art. 617.2 CP» (España. Audiencia Provincial de Álava, de 23/03/2015, SAP VI 193/2015, considerando cuarto, párr. 21).

Al respecto Díez Ripollés, citado en nota al pie por Boldova (2016) advierte que ni todo maltrato exige una previa acción violenta, ni toda acción violenta implica unos malos tratos. Como medios para infligir malos tratos se destacan los siguientes: medios violentos directos (como golpes), medios físicos no constitutivos de vis corporis corpori afflicta (pinchazos, arañazos, pellizcos, mordeduras, quemaduras, provocación de asfixia, etc.), medios materiales (provocación de intoxicación) y medios de naturaleza psíquica (abuso emocional).

Cabe mencionar en este punto, como se explicó detalladamente en el marco conceptual la diferenciación entre tres conceptos técnicos elementales en el tema de la violencia, los cuales generalmente tienden a confundirse y, por ende, a mal interpretarse en diversos ámbitos –entre ellos, también en el ámbito jurídico– y que tienen directa relación con el ejercicio del maltrato entre las personas. Estos son la «agresividad», la «agresión» y la «violencia», como tal. Al efecto, entendemos que la agresividad es una importante respuesta adaptativa individual; a su vez, la agresión se manifiesta cuando los controles interiorizados o sociales de la agresividad han fracasado o cuando se busca voluntariamente utilizarla sin retención ni límite y, por último, existe violencia cuando la fuerza sin límite se pone al servicio de la satisfacción del deseo –de aquel que ejerce la violencia– a expensas de aquel que la sufre.

A su vez, distinguimos 3 tipos de violencia: **violencia agresión** que es la que se desarrolla en una relación de simetría, es un enfrentamiento desde una posición igualitaria; **violencia castigo**: esta violencia toma forma de castigo y se inscribe en el marco de una relación desigual, dado que la capacidad de la víctima para «...oponerse a su agresor es deficitaria, soporta la violencia sin oposición; y **violencia represalia (o castigo con simetría latente)**: que es una variante de la «violencia castigo» y se da cuando el «...sujeto que se encuentra en la posición

baja, obligado a sufrir castigo, se resiste a pesar de la relación desfavorable de fuerzas.

2.3.2.2.- Referencia al maltrato infantil

Como señalamos en el marco conceptual a nivel internacional el maltrato infantil ha sido conceptualizado por diversos órganos de protección de la niñez, uno de los cuales es el maltrato físico. Esta conceptualización evidentemente puede guiarnos para la determinación de la conducta.

En este punto, estudios de la UNICEF (2008), señalan que uno de los motivos más comunes de maltrato corporal en niños, lo constituye el castigo, una expresión del poder y disciplina desde una figura de autoridad.

Aun cuando conceptualmente dicho órgano distingue castigo y disciplina, lo que importa señalar es que las formas de castigo violento de por sí constituyen maltrato por parte de un adulto hacia un niño, niña o adolescente, debido a la relación asimétrica natural de poder que existe entre ambos.

Al efecto, como se explicó, la violencia castigo se inscribe en el marco de una relación desigual, dado que la capacidad de la víctima para «...oponerse a su agresor es deficitaria, soporta la violencia sin oposición. Por falta de autoestima o por desprecio de sí misma, se acomoda a esta fatalidad, sin recurrir a ninguna instancia social de protección, como son (o podrían ser) la policía o la ley. En los casos extremos, esta forma de violencia castigo se transforma en sumisión y cautiverio para el que sufre.

A modo de ejemplo, en base al proyecto de Estudios Mundiales del Maltrato en el Entorno Familiar (WorldSAFE) citado por la UNICEF (2008), observamos diversos tipos de castigos físicos severos a moderados que han reconocido madres encuestadas, los cuales podrán servir de parámetros de medición de gravedad:

2.3.2.2.1.- Castigo severo: Golpeó al niño con un objeto (no en las nalgas), pateó al niño, quemó al niño, golpeó al niño, amenazó al niño con un cuchillo o arma de fuego, asfixió al niño.

2.3.2.2.2.- Castigo físico moderado: Nalgadas (con la mano), golpeó al niño en las nalgas (con un objeto), abofeteó al niño o le dio un golpe con la mano abierta en la cabeza, jaló el pelo del niño, zamarreó al niño, golpeó al niño con los nudillos, pellizcó al niño, retorció la oreja del niño, forzó al niño a arrodillarse o permanecer en una posición incómoda, puso pimienta en la boca del niño.

2.3.2.3.- Maltrato por omisión

Si entendemos que el delito base es de resultado, no se vería obstáculo para su comisión por omisión cuando el autor se encuentra en posición de garante respecto de la víctima. Sin embargo, la intención expresada por el ejecutivo durante la discusión de la ley es que esta última modalidad se contemple sólo respecto de quienes un tengan un deber especial de cuidado. En consecuencia, de acuerdo a esta opinión se debe descartar la realización típica de la conducta contemplada en este caso mediante omisión.

2.3.2.4.- Sujeto activo

La expresión «**El que**» nos indica que el delito es de sujeto genérico, no requiere cualidades especiales, siendo indiferente la persona que realice la conducta (hombre, mujer, niño, anciano, etc.).

Si bien, el autor de la conducta puede ser cualquier persona, la expresión «El», conjuntamente con el modo en que se realiza la conducta (maltratar corporalmente), nos indica -como es por demás la regla general- que el delito sólo puede cometer una persona natural y no una persona jurídica.

Sin perjuicio, la expresión no excluye la posibilidad de concurrencia de los diversos tipos de autorías, que contempla el art. 15 del Código Penal, por ejemplo el director de una institución que ordene a sus subalternos maltratar a las víctimas.

2.3.2.5.- Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del delito es un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, una persona adulta mayor¹² o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la ley N° 20.422.¹³

La regla general es que el sujeto pasivo no forme parte de la descripción típica, sin embargo, acá nos encontramos ante una excepción.

Al respecto en su intervención el Diputado Soto nos señala que estamos frente al «delito de sujeto pasivo calificado» (no universal), restringido sólo a las hipótesis antes descritas. La razón de ello, prosiguió, es que «se ha estimado que respecto de aquéllos es procedente una protección penal especial, derivada de la situación de vulnerabilidad que les asiste».¹⁴

En cuanto a la definición de niño o niña y adolescente, la Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia, en su artículo 16, al garantizar su interés superior y derecho a ser oído señala: «se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad».

Cabe destacar que esta definición no es del todo coincidente con la que contempla nuestro Código Civil, «Art. 26. Llámese infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce... y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplir [los 18 años]».

En todo caso hay que tener en cuenta la definición que nos da la Convención sobre los Derechos del Niño (1990), que en su art. 1 que dispone: «para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor

¹² La Ley N° 19.828 que crea el Servicio Nacional del Adulto Mayor, en su art. 1 inciso 2° dispone: «Para todos los efectos legales, llámase adulto mayor a toda persona que ha cumplido sesenta años».

¹³ De acuerdo al art. 5 de la Ley 20.422 que Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad: «Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»

¹⁴ Vid. Intervención del Diputado Leonardo Soto en el Trámite Constitucional “Comisión Mixta”, Informe de la Comisión Mixta de fecha 10 de enero, 2017, en Biblioteca del Congreso Nacional, op.cit.

de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad», por cuanto la protección normativa buscada, tiene como uno de sus fundamentos la adecuación del contexto jurídico internacional.

Ahora bien, conjuntamente con ser sujeto pasivo del delito, las personas mencionadas son sujeto pasivo y objeto de la acción, en razón de que la conducta del actor -el maltrato- recae materialmente sobre su corporeidad física.

La circunstancia de ser los sujetos pasivos, objeto material de la acción, puede tener trascendencia en relación al error (error in persona nel object) que se tenga sobre ellos, lo cual, dado el caso, puede excluir el dolo, aunque no necesariamente la culpa, lo cual dependerá si el error era vencible o no vencible.¹⁵

Por ejemplo, podría alegarse error invencible si el sujeto maltrata a un menor de edad creyendo por su contextura física que es mayor o a un adulto mayor creyendo que no lo es.

2.3.3.- Elemento normativo: la relevancia

Siguiendo la nomenclatura dada por Garrido (2007b), observamos que la expresión «relevante» constituye un elemento normativo cultural, por cuanto requiere de un proceso intelectual o valorativo para ser aprehendido, basado en una apreciación empírico cultural.

La RAE define «relevante» como algo «sobresaliente, destacado... importante, significativo».

El concepto de relevancia no es ajeno a la legislación nacional, pues fue incorporado en Chile por la Ley 19.617 de junio de 1999 que modificó el Código Penal en materia de delitos sexuales, incorporando el artículo 366 ter del Código Penal que contiene tal expresión para efectos de tipificación penal del delito de abuso sexual.

¹⁵ Garrido (2007b) señala que «...el error es vencible cuando el sujeto estaba en condiciones de evitarlo si hubiese empleado el cuidado debido, o sea cuando le era posible preverlo y no lo hizo. En esta hipótesis, si bien el dolo queda excluido, no lo queda la culpa; de consiguiente, el hecho constituirá un cuasidelito cuando la culpa es punible, y tendrá que responder el sujeto en tal calidad. Incurrir en error invencible la persona que no estaba en condición de evitarlo, cuando estaba fuera de su posibilidad de previsión. En este caso no responde ni de dolo ni de culpa, quedan ambos excluidos» (p. 122).

2.3.3.1.- Dificultades en la determinación y algunos criterios

Ahora bien, es innegable la dificultad de determinar el sentido de la expresión «relevancia», la que a prima facie nos da la idea de interpretación con criterios cuantitativos de intensidad o importancia o significancia de la afectación al bien jurídico, pero también puede ser interpretado con criterios cualitativos, especialmente porque entenderlo de otra manera, lo contrario sería derechamente entender el delito como de resultado.

Podemos observar la dificultad en la interpretación del término “relevancia” con ocasión del delito abuso sexual, art. 366 ter del Código Penal, donde al parecer jurisprudencialmente no hay uniformidad.

Así, en un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago se ha señalado «la función de la exigencia de relevancia del acto es asegurar formalmente la operatividad del juicio de falta de merecimiento de pena desde el punto de vista material de lo injusto, lo que técnicamente habría bastado con la expresión ‘significación’. Por tanto, si el acto tiene, objetivamente, una connotación o significación sexual, hay que entender que es relevante, pues de lo contrario carecería de significación» (Corte de Santiago, Rol 2609-2008, fallo de 24 de marzo de 2009, Considerando tercero).

Distinta es la opinión expresa en este otro fallo: «en lo relativo a la relevancia sexual del acto, ella no depende del concepto que tenga el agente o la víctima, sino queda entregada a la apreciación del tribunal basada en su facultad jurisdiccional, teniendo presente para ello los conocimientos sexuales, los principios de la sexualidad, las buenas costumbres, la moral y la concepción de la honestidad y el pudor, tanto en el ámbito personal de los intervinientes como en la sociedad donde se desarrollan los hechos» (Corte de San Miguel, Rol 1337-2008, fallo de 24 de noviembre de 2008, Considerando decimosexto).

Sin perjuicio, jurisprudencialmente en esta materia de abuso sexual, se pueden observar varios fallos que se han enfocado en establecer «**criterios de relevancia negativos**», esto es, determinado todas aquellas conductas que no se pueden incluir bajo el prisma de la relevancia. Así, Corte de Copiapó, 11.07.08, Rol 105-2008, Considerando 9º; Corte de Antofagasta, 07.04.08, Rol 64-2008,

Considerando quinto, Corte Suprema, 14.10.08, Rol 2156-2008, Considerando sexto, sentencia de reemplazo; Corte de Valdivia, 21.11.07, Rol 354-2007, Considerando séptimo.

Asimilando lo expuesto a nuestro tema, consideramos que es factible fijar criterios de relevancia negativos, principalmente con enfoque cuantitativo relacionado con la afectación al bien jurídico.

En cuanto a los criterios cualitativos, evidentemente la «**habitualidad**» será un elemento para considerar relevante los malos tratos, siempre que el sujeto activo no tenga a su vez el vínculo a que refiere la ley de violencia intrafamiliar (Ley 20.066), porque de lo contrario se aplicaría el delito especial contemplado en dicha ley. A su vez, dicha habitualidad se puede apreciar de los antecedentes que expone dicha ley, es decir, el número de actos ejecutados, así como a la proximidad temporal de los mismos.

Otros elementos, predominantemente cualitativos, dicen relación con la forma o contexto en que se realiza la acción. Así, por ejemplo, encontramos en los siguientes fallos españoles:

«... Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, abalanzar es igual a lanzar, arrojar, impeler violentamente algo, y coger, hace referencia a agarrar a alguien. Es evidente que quien se abalanza sorpresivamente contra una persona y la agarra por el pecho realiza un acto de maltrato que entra en el concepto del delito leve sancionado por el artículo 147.3 del Código Penal» (Sentencia de Audiencia Provincial de Madrid SAP M 234/2018 de fecha 16.01.2018, fundamento de derecho primero, párrafo 6).

«...entendemos que el hecho no merece en este supuesto, en el contexto en el que se ha producido, en la forma en la que se ha producido, en la acción realizada por el propio hijo, reproche punitivo y sanción penal» (Sentencia de Audiencia Provincial de Bilbao de 17/06/2015, SAP BI 1566/2015, Considerando de Derecho Quinto párr. 11).

Especialmente consideramos como criterio cualitativo, el ejercicio de la facultad de corrección.

Al respecto, de la historia de la ley se puede observar las dudas que el delito generaba especialmente en relación al uso de esta facultad.

Ahora, si bien en la normativa nacional se excluye toda forma de maltrato físico y psicológico en su ejercicio, su concurrencia puede influir cualitativamente para ponderar la relevancia del maltrato, cuando más, si entendemos este derecho es a su vez un deber para los padres consustancial a otro derecho, el de educación, y en consecuencia, un correlato al derecho de los hijos de obtener una educación y formación integral.

Probablemente se presentará una zona gris en la interpretación de los hechos, por cuanto si los padres educan y forman, inevitablemente, pues es una función intrínseca de aquella, también deben disciplinar, corregir e incluso castigar.

En la jurisprudencia española se ha presentado esta problemática con fallos de uno y otro lado. Así por ejemplo en algunas Sentencias de Audiencias Provinciales de España han concluido la atipicidad de conductas como dar un «cachete», generalmente ante situaciones en que el menor, efectivamente, se estaba portando de forma inadecuada. Así en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 10 de febrero de 2011 (SAP M 12335/2011); Sentencia de Audiencia Provincial de Tarragona, de fecha 22 de marzo de 2012 (SAP T 289/2012), o la Sentencia de Audiencia Provincial de Vizcaya de 28 de enero de 2015 (SAP BI 369/2015).

En otro caso, se sostuvo que el respeto debido a la integridad física y psicológica de los hijos exigido por el Código Civil «es incompatible con el empleo de violencia hacia los mismos, incluso aunque dicha violencia tenga una finalidad correctora. En consecuencia, no puede estimarse autorizado por el ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario» (Cfr. Sentencia de Audiencia Provincial de Albacete, de 13/09/2017, SAP AB 629/2017, fundamento tercero, párrafo 6°).

Ahora bien, si se pretende invocar la facultad de corrección, es evidente que al menos deben darse los presupuestos del derecho, uno de los cuales es la titularidad. Así por ejemplo en España observamos:

«En efecto el acusado dio una bofetada a la menor, hija de su esposa e integrada en su núcleo de convivencia familiar, ejerciendo sobre ella violencia física, aun cuando no llegase a ocasionarle lesión.

No se encontraba en el ejercicio de la patria potestad, dado que ésta le correspondía a su esposa, por lo que no puede ampararse en el derecho de corrección» (Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Penal, de 08/11/2015, STS 4577/2015, Considerando de Derecho Segundo, 3er párrafo).

2.3.3.2.- Relevancia y principio de insignificancia

Relacionado con la ponderación de la relevancia, consideramos en estrecha vinculación, el principio de insignificancia; es más, es dable concluir que la incorporación del requisito «relevancia» obedece a un reconocimiento legal de este último, aunque limitado para el tipo en estudio.

El **principio de insignificancia** permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia, como ejemplifica Roxin (2002): «maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante...» (p. 73).¹⁶

Las razones que fundan el reconocimiento de este principio, las podemos encontrar expresadas por Zaffaroni (2002), en la siguiente síntesis explicativa (pp. 494 y ss.):

- a) Las normas tienden en general, y como dato de menor irracionalidad, a prohibir las conductas que provoquen conflictos de cierta gravedad.

¹⁶ El principio de insignificancia es una creación doctrinal, formulada por el autor Claus Roxin. Refiere el autor que este principio permite en la mayoría de los tipos pos excluir desde un principio daños de poca importancia. Vid. Roxin, C. (2002). Política criminal y sistema del derecho penal. (F. Muñoz Conde, Trad.) (2a ed., primera reimpresión). Buenos Aires: Hammurabi. Por otro lado, en Derecho Penal: parte general. T. I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. (D. Luzón Peña, Trad.). Madrid: Civitas., señala el autor por qué prefiere este principio al de adecuación social. Al efecto, refiere que este último «...ciertamente persigue el objetivo, en sí mismo correcto, de eliminar del tipo conductas no correspondientes al específico tipo (clase) de injusto, pero que la misma no constituye un “elemento” especial de exclusión del tipo e incluso como principio interpretativo se puede sustituir por criterios más precisos» (p. 296).

- b) La redacción del tipo penal debe incluir perjuicios graves del ordenamiento jurídico y social, pero por imperfección legislativa, se incluyen casos que deberían permanecer fuera del ámbito de prohibición, establecido por el Derecho Penal.
- c) No es sólo una manifestación del principio de última ratio, sino del propio principio republicano, del cual, a su vez, se deriva directamente el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, evidentemente puede existir resistencia en su aplicación, especialmente por lo difuso de su alcance, por lo que aparece como necesaria la determinación de ciertos criterios, como, por ejemplo, según Zaffaroni (2002) la disponibilidad del bien jurídico, o la valoración relativa al sujeto.

Al respecto, el mismo autor nos dice que materialmente este principio puede aplicarse en los casos en que los bienes jurídicos admitan lesiones graduables. De la misma manera, en los delitos de peligro, esto se aplica por obedecer a un concepto eminentemente graduable.

Gómez (2006), a su vez señala: «...en la determinación de la insignificancia y, por consiguiente, de la infracción de bagatela propia, es muy importante analizar el caso concreto, la víctima concreta, las circunstancias del hecho, el lugar, etc.» (p. 753).

Por último, cabe mencionar la precisión de Luzón Peña, citado por Navarro (2005), en orden a que «...si el legislador prevé las diferencias materiales entre varias conductas y decide penalizar en sí mismas conductas de bagatela, el desplazamiento de la tipicidad fundado en el principio de la insignificancia no podría plantearse...»; en ese caso, concluye el autor, «...sólo cabe solicitar su supresión de lege ferenda, pero la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador» (p. 283).

Ahora bien, este principio doctrinario en general se aplica indirectamente, sea influyendo como criterio de interpretación restrictiva de los tipos penales o en el principio de oportunidad procesal, sea eliminando la tipicidad de la conducta por falta de lesión al bien jurídico, confundido con el principio de adecuación social o

como causal de justificación. Así por ejemplo en la jurisprudencia española se ha señalado:

«Por ello, puede parecer en algunos supuestos que, una simple e inocua bofetada, o un cachete, o una zurra, un estirón de pelo, etc., realizadas en un determinado contexto, en una situación aislada y puntual, no pudiera considerarse que tuvieran una relevancia penal. Ya se llegue a tal conclusión por la vía del concepto dogmático de "insignificancia" de la acción (por virtud del cual quedaría excluida la tipicidad de la misma de la conducta), ya sea por la vía de la causa de justificación del art. 20. 7 del C.P. EDL 1995/16398 (por virtud de la cual considerar justificada, y, por tanto, no antijurídica, la conducta típica; o por virtud de la cual considerarla también atípica, de compartir la concepción de las causas de justificación como elemento o parte negativa del tipo), ya por la vía del concepto de "adecuación social" (concepto a medio camino entre las categorías de la atipicidad y de la antijuricidad del concepto dogmático de delito)...» (Sentencia de Audiencia Provincial de Bilbao, de 17/06/2015, SAP BI 1566/2015, Considerando de Derecho Quinto párr. 11).

2.3.3.3.- Nuestra opinión respecto del elemento relevancia

Dentro de la estructura del tipo, consideramos que este elemento además de cumplir el rol de complementar la descripción del tipo, contribuye (independientemente de las críticas que se efectúan a la norma) a remarcar el imperativo de lesividad (y en alguna medida el de legalidad en su manifestación *lex stricta*), que busca restringir la potestad criminalizante del Estado.

Por otro lado, de los antecedentes del debate legislativo, podemos observar que la incorporación de esta expresión permite aplacar diversas inquietudes relacionadas con la posible irrupción penal en el ámbito familiar, especialmente la facultad de corrección de los padres contemplada en el artículo 234 del Código Civil.¹⁷

En suma, si no se contuviera dicha expresión, tendríamos una norma similar a la española: «Art. 147. 3. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle

¹⁷ En este último punto, ver en Biblioteca del Congreso Nacional, exposición de los fundamentos expresados por el Diputado Gabriel Silber. Informe de la Comisión Mixta del Congreso de 10 de enero 2017.

lesión...»; lo cual de cualquier forma –a modo de válvula de escape- conllevaría a la jurisprudencia nacional, tradicionalmente de cultura exegética literalista, a aplicar de manera más activa principios como el de insignificancia o de conducta socialmente adecuada a fin de evitar situaciones abusivas.

2.3.3.3.1.- Maltrato infantil y relevancia

Como se ha señalado en nuestro marco teórico, en el último tiempo, la ciencia ha confirmado que los niños y niñas, mientras más pequeños, poseen menos herramientas cognitivas y emocionales para defenderse ante amenazas externas a ellos. Asimismo, las circunstancias sociales más cercanas, tanto físicas como afectivas en un niño o niña, serán las que generen un mayor impacto en el desarrollo evolutivo de estos, a lo largo de toda su vida; por lo cual, niños de la primera infancia vulnerados en sus derechos, es un equivalente a personas más susceptibles a la manifestación de un daño psicoemocional crónico en sus vidas.

En esta lógica, a priori, entendemos que la etapa de mayor afectación de un acto de agresión o de violencia, entendidas estas como actos de maltrato, es precisamente la infancia: tiempo en el cual se desarrollan los componentes más indispensables para la estructuración saludable de la personalidad de un individuo.

En ese sentido, vemos que el maltrato puede ser ejercido por actos de agresión, que no necesariamente contemplan la utilización de violencia (pues, lo más probable es que la gran mayoría de los padres, utilicen erróneamente el maltrato como una forma paradójica de querer proteger a sus hijos), lo cual, cuestiona derechamente la relevancia de un acto que, aunque erróneo y perfectamente repudiable, en su intencionalidad más elemental no pretende el daño del niño, sino, por el contrario, su protección. Esto deja abierta también la posibilidad inversa de que, precisamente, en otras circunstancias, exista un tipo de maltrato con la intencionalidad de querer ejercer intencionalmente el daño o el sufrimiento en contra del individuo agredido, lo cual, podría poseer una agravante de mayor relevancia, debido al grado de maldad empleado y el tipo de ejercicio práctico del acto de violencia, para lo cual, es lógico pensar que este pudiera contener una ejecución con un mayor grado de desenfreno y falta de empatía hacia la víctima, en este caso, un niño o niña.

Sin perjuicio de lo anterior, en términos general, es posible entender que, a pesar de la intencionalidad del agresor, siempre un acto de maltrato en etapa de la primera infancia, va a tener una repercusión superior –es decir, una «repercusión relevante»: sobresaliente, destacada, importante, significativa– a cualquier otro momento en el desarrollo humano, pues, es aquí donde se cimientan las bases de la estructura de persona que acompañará a ese ser humano por el resto de su vida.

2.3.3.3.2.- Síntesis de posibles relaciones entre la «intención del agresor» y la «condición de la víctima» para la determinación de la «relevancia» de un maltrato en un niño, niña o adolescente

En relación a todos los conceptos anteriores, se puede sintetizar que la ponderación de lo que pudiera determinar conceptualmente como un «maltrato relevante», puede ser orientado por dos elementos complementarios en este análisis, los cuales serían:

2.3.3.3.2.1.- Disposición del victimario a dañar a la víctima (es decir, según el ejercicio de la violencia en contra de la víctima) (50% de la ponderación):

- a) En este contexto, se establece que, si bien una conducta de maltrato engloba tanto a lo que Perrone (2012) define como simples agresiones, como también a las situaciones de violencia; sin embargo, el maltrato relevante hacia un niño, niña o adolescente puede ser ponderado específicamente en los tipos de violencias castigo y represalia, por existir, necesariamente, una relación de diferencias de poder que permiten agudizar aún más el ejercicio maltratante (relación adulto-niño/adolescente).
- b) Es decir, se debe evidenciarse una intencionalidad, por parte del victimario, de dañar o destruir a la víctima, a pesar de que el tipo de agresión no deje lesiones visibles.
- c) En lo concreto, entenderemos como violencia castigo, toda agresión que genere sufrimiento físico o pretenda generarlo en la víctima, como forma premeditada de castigar la conducta o aspiraciones de esta, por considerarse merecedora del padecimiento.

2.3.3.3.2.2.- La condición biopsicosocial de la víctima menor de 18 años (50% de la ponderación):

- a) Capacidades físicas y psicológicas de defensa de la víctima para hacer frente al agresor (nivel de agresividad de la víctima, que le permita defenderse del agresor).
- b) Condición de vulnerabilidad etaria de la víctima, según lo estipula la ley (menor o mayor de 14 años de edad).
- c) Percepción de daño de la víctima.

2.3.3.- Tipo agravado de maltrato corporal relevante

«El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltratare corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo...» (Código Penal, art. 403 bis, inc. 2 °)

2.3.3.1.- Especial calidad del sujeto activo como fundamento de agravación

A diferencia del tipo base del art. 403 bis, el sujeto no es neutro, sino que tiene una característica diferenciadora que aumenta el reproche a su conducta maltratadora, dada por la circunstancia de que sobre éste pesa un especial deber de cuidado y protección hacia el sujeto pasivo.

Es decir, la conducta, en esencia es la misma que la contemplada en la figura base, solo que el tipo se agrava por la concurrencia de esta circunstancia calificante. Como señala Garrido (2007b) «el deber específico que afecta al sujeto no es el fundamento substancial del tipo, sino un plus del desvalor del acto, que agrava la infracción de la norma prohibitiva que afecta a la generalidad de las personas...» (p. 334).

Este fundamento de la agravación en atención al sujeto activo lo encontramos en la tramitación del proyecto en la exposición de la Directora Nacional del SENAME, quien respecto a los cuestionamientos por sancionar con mayor severidad a

quienes cometen el delito de maltrato estando a cargo de las víctimas, sostuvo que «...es importante entender que éstas [las personas a cargo] no sólo desempeñan un trabajo, sino que también están ejerciendo un rol de “garante”, lo que justificaría plenamente una mayor penalidad» (Primer Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana en Biblioteca del Congreso Nacional, s.f., p. 46).

Considerando la perspectiva de Jakobs (1995), podríamos señalar que la norma se refiere a un sujeto que desempeña un rol especial, distinto al rol general de persona o ciudadano, cuya infracción constituye un delito de infracción de deber.

Al efecto, señala textual el autor que «...en los casos de delitos de infracción de deber con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien...status que estaría relacionado estrechamente a contextos regulados (padre, tutor, funcionarios) –es decir a instituciones– preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos» (p. 266).

2.3.3.2.- Conducta por omisión del tipo agravado

La figura agravada de maltrato corporal relevante contempla expresamente su modalidad omisiva consistente en no impedirlo.

En definición de la RAE, impedir significa «estorbar o imposibilitar la ejecución de algo».

En consecuencia, la conducta requerida es la de estorbar o imposibilitar la producción del resultado típico, el maltrato, recayendo la obligación de actuar ante el riesgo sólo en quienes a su vez tienen un especial deber de cuidado o protección hacia la víctima.

Al efecto, el representante del Ministerio de Justicia, Sr. Castillo, explicó que la posición del Ejecutivo era restringir la configuración de la posición de garante requerida para la ejecución omisiva del ilícito, sólo respecto de quien detente un deber especial de cuidado hacia la víctima. Lo anterior, agregó, a fin de evitar que dicha posición extienda sus hipótesis de aplicación, teniendo en consideración,

especialmente, la pena agravada que se considera para estos casos en el artículo 403 bis antes aprobado.¹⁸

En términos de Irarrázaval (2017) la norma expresa una «posición de garante reforzada».¹⁹

Consideramos en una primera observación que se excluirían entonces personas que circunstancial o temporalmente queden a cargo del cuidado de las personas referidas; así, por ejemplo, a nivel institucional quedarían excluidas las personas destinadas a funciones administrativas, de seguridad, aseo, etc.; a nivel particular, familiares que no tengan el deber de cuidado respecto de la víctima, o parientes de las personas que cumplan la función de cuidadores.

¹⁸ Ver en Biblioteca del Congreso Nacional, en el Segundo Trámite Constitucional, Segundo Informe de la Comisión Especial del Senado, la intervención del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, sr. Ignacio Castillo.

¹⁹ Garrido (2007b) señala que «...se encuentra en posición de garante la persona que en el evento del peligro que afecta a un bien, está obligada a actuar» (p. 243). En cuanto a las situaciones que pondrían al sujeto en posición de garante, el autor acude a dos perspectivas: una de índole formalista o tradicional y la otra de tipo material basado en la «teoría de las funciones». Bajo el enfoque tradicional, se acude a la enumeración de fuentes tales como la ley, el contrato, el hacer precedente y la comunidad de riesgo, La perspectiva material, implica reconocer «las distintas situaciones creadoras de esta posición de garante considerando su naturaleza sustancial (teoría de las funciones)». Estas situaciones se agrupan en dos órdenes a) aquellas que se relacionan con la protección de un bien jurídico determinado, y b) aquellas que corresponden a la obligación de controlar una fuente de peligro en particular.

2.4.- Trato degradante

2.4.1.- Descripción de tipo

«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...»

2.4.1.1.- Bien jurídico protegido

La norma nos refiere que el bien jurídico protegido es «la dignidad de las personas indicadas en el art. 403 bis»

Cabe señalar que, desde la redacción propuesta por indicación del ejecutivo al proyecto aprobado por la cámara de diputados, se manifestó la finalidad de proteger la dignidad, quedando planteada la problemática de determinar «si [la dignidad como bien jurídico protegido] es lo suficientemente autónoma como para que la misma sea el soporte argumental que justifique la configuración del aludido tipo penal» (Castillo, 2016, p. 179).²⁰

Posteriormente, con las observaciones del Senado, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ofrece una redacción similar a la definitivamente aprobada con el solo cambio del verbo rector «infligir» por «someter», señalando expresamente la dignidad como bien protegido.

Esta nueva redacción de acuerdo a lo señalado por dicho representante, se estructuró en base al art. 173 del Código Penal Español que contempla, en su inciso primero, como delito autónomo, a los tratos degradantes, asumiendo, según expresa el funcionario, «como bien jurídico protegido a la dignidad humana propiamente tal o la integridad moral del sujeto pasivo» (Ibíd.).

Como advierte Irarrázaval (2017) la decisión de optar por la dignidad como bien jurídico es problemática, por cuanto tiene una indefinición mayor que el de integridad moral.

²⁰ Biblioteca del Congreso Nacional, en Segundo Informe de Comisión Especial del 09 de noviembre de 2016, Presentación del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Ignacio Castillo.

Al efecto, una Sentencia del Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal (STS 2100/2013 de 02/04/2013) evidencia la diferencia entre ambos conceptos (integridad moral y dignidad), asimismo expresa las dudas respecto de la dignidad como bien jurídico diferenciado:

«De todas formas, no cabe identificar la integridad moral con la dignidad humana ni considerar esta como el bien jurídico que autonomiza el tipo penal del art. 173. Pues, como tiene reiterado la doctrina, la dignidad humana, más que un bien jurídico diferenciado, constituye una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana que inspira y fundamenta todos los derechos fundamentales».

La circunstancia de no constituir la dignidad un bien jurídico diferenciado, lleva a Irarrázaval, amén de cuestionar la constitucionalidad de la norma, a proponer que debiese entonces al menos interpretarse el concepto en forma restrictiva, asimilándola al concepto bastante más preciso de “integridad moral”, presente en la norma española que inspiró al art. 403 ter del Código Penal.

2.4.1.2.- Posible inconstitucionalidad del tipo por indeterminación del bien jurídico

Según Irarrázaval (2017) el tipo penal no protegería un bien jurídico diferenciado, por lo que se estaría vulnerando el principio de legalidad, siendo por tanto inconstitucional.

En este sentido, expone sobre el consenso en la doctrina que el art. 19 N°3 inciso 8° de la Constitución al hablar de “delito” se está refiriendo a la categoría dogmática correspondiente (otorgándole un contenido a dicha expresión, según el uso técnico de la misma), y en este sentido concluye «si por ejemplo, se adopta para dicha interpretación el sistema de Bustos/Hormazábal, que considera como principio fundamental el que no puede existir un delito particular y determinado sin un bien jurídico preciso y concreto en cuya afectación se puede apreciar el valor de acto y de resultado (tipicidad y antijuridicidad), podremos incluir indirectamente el concepto de bien jurídico y decir, en consecuencia, que el principio de legalidad así lo impone».

2.4.1.3.- Conducta²¹

El verbo rector consiste en la acción de «someter», expresión que en la RAE contiene 6 acepciones, siendo las más idóneas al sentido de la norma, en concordancia con Irarrázaval (2017), la primera, que define el verbo en comentario como “Sujetar, humillar a una persona, una tropa o una facción”, la tercera, “subordinar el juicio, decisión o afectos propios a los de otra persona” y la sexta, que lo define como “Hacer que alguien o algo reciba o soporte cierta acción.

Cabe señalar que en la legislación española el verbo rector es «infligir». Ahora bien, como refiere Irarrázaval (2017), la razón de esta modificación fue explicada por el diputado Ceroni, en base a requerir una conducta de mayor intensidad. En efecto, el Diputado Ceroni «...respaldó el cambio de verbo rector efectuado, en tanto la expresión infligir significa irrogar algún tipo de daño en otro, mientras que el término someter alude a efectuar alguna clase de acción sobre otro, siendo esto último mucho más pertinente en lo referente a la tipificación del delito de trato degradante, en tanto ser una acción que, precisamente, pretende menoscabar gravemente la dignidad de la víctima» (p. 315).²²

2.4.1.4.- Elemento normativo: El trato degradante

En cuanto a la expresión trato degradante, evidentemente constituye a un elemento normativo del tipo. Así por demás lo ha señalado el tribunal Supremo de España:

«El "trato degradante" constituye un elemento normativo del tipo penal aquí cuestionado cuya delimitación conceptual ofrece no pocas dificultades. Por lo demás, de ordinario, guarda relación con determinadas conductas de las autoridades para con sus subordinados o de los agentes de la autoridad para con los ciudadanos en general, y especialmente en el ámbito de la violencia doméstica, destacándose su carácter humillante y de envilecimiento, así como, en general, la necesidad de una cierta permanencia o, al menos, repetición; si bien, ello no es obstáculo e, incluso, puede

²¹ Respecto del sujeto pasivo, atendida la remisión del art. 403 ter del Código Penal a los incisos primero y segundo del art. 403 bis, nos remitimos a la descripción realizada (infra 2.3.- Sujeto activo). Asimismo, en cuanto al sujeto activo nos remitimos a la descripción realizada con ocasión de la figura básica del maltrato corporal (infra 2.4.- Sujeto activo)

²² Biblioteca Congreso Nacional, en informe de Comisión Mixta, intervención del Diputado Ceroni.

decirse que responde de modo más preciso a la previsión típica, para que se estime cometido este delito por medio de una conducta única, siempre, claro está, que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su calificación delictiva» (Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal, STS 1276/2009, de 03/03/2009, fundamento tercero).

Como señala Irarrázaval (2017) el concepto de trato degradante no es novedoso en el derecho penal nacional. Al efecto, el párrafo § IV del título III del Libro II del Código Penal trata “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”, contempla dos tipos penales que contienen el concepto de trato degradante, una figura simple en el art. 150 D, y un delito complejo en el art. 150 E. Ambos tipos penales fueron introducidos mediante la ley 20.968, publicada el 22 de noviembre de 2016, la cual “tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes”.

Al respecto, según de la Mata Barranco & Pérez Machío (2005) en su análisis del símil español, el término «trato degradante» se referiría a una de las modalidades de afección a la integridad moral [en nuestro caso, la dignidad] -junto al trato inhumano y la tortura-. Esto es, la expresión obedecería a una calificación, en cuanto atentado a la integridad moral, que se puede realizar de la acción y que, en tal sentido, puede concretarse a través de los diferentes -y otros muchos- comportamientos descritos.

En este sentido, en primera aproximación entonces, un trato se califica de degradante por su virtualidad para afectar a la dignidad de la víctima, el cual a su vez es susceptible de producirse por los más variados comportamientos, prescindiendo de la forma de ataque.

Atendiendo a los motivos que impulsaron al legislador en orden a dar especial protección a la integridad física y psicológica de las víctimas vulnerables, en primera aproximación consideramos que en el tipo se incluye entonces principalmente toda conducta distinta del maltrato corporal penalizado en el art. 403 bis del Código Penal, abarcando el maltrato emocional o psicológico – aceptando que en él se manifieste la gravedad que requiere el precepto-constituido por hostigamiento verbal y habitual por medio de insultos,

humillaciones, descréditos, ridiculizaciones, críticas destructivas, rechazo de carácter explícito como implícito; o situaciones de abandono no tipificadas especialmente.²³

El caso es que admitiendo que la «dignidad» es concepto indiferenciado, una síntesis de la totalidad de las dimensiones físicas o espirituales específicas de la persona humana, nos encontramos ante un sinnúmero de conductas atentatorias contra ella que podrían ser estimadas trato degradante, en descarte o de manera supletoria de otras conductas estimadas más graves, como tratos inhumanos o bien como torturas.

Estimamos que para diferenciar que actos entran en una u otra categoría (torturas, tratos inhumanos o degradantes), y aún más para determinar cuáles, una vez descartados su pertenencia a las otras, son subsumibles en la clase trato degradante, en primer lugar debería atenderse a su definición cualitativa, claro que sin descartar la concurrencia del elemento intensidad como diferenciador (aunque este último solo no bastaría para distinguir el trato degradante de una conducta si bien atentatoria contra la dignidad, atípica). Al menos para Irarrázaval (2017), considerando el delito establecido en el art. 150 D inciso 1° del nuestro Código Penal, los tratos “cruels, inhumanos y degradantes” literalmente tienen una entidad inferior a la tortura.

Al efecto, podemos atender a las definiciones que entrega el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que como señala Irarrázaval (2017), es una de las pocas fuentes que distingue con mayor claridad entre “tortura”, “tratos crueles o inhumanos” y “ultrajes a la dignidad” (siendo a juicio del autor, este último concepto asimilable al trato degradante, por referirse también a vulneraciones a la dignidad):

- Tortura: existencia de un propósito concreto, sumado al hecho de infligir sufrimiento o dolor graves en forma intencional.
- Tratos crueles o inhumanos: sin propósito concreto; se inflige un nivel considerable de sufrimiento o de dolor.

²³ Por ejemplo, se puede traer a la memoria el caso mediático del niño que fue encontrado en condiciones de desnutrición amamantado por una perra. Ver en: <http://www.24horas.cl/nacional/historia-de-nino-amamantado-por-una-perra-llega-a-la-prensa-extranjera-1778166#>

- Ultrajes a la dignidad personal: sin propósito concreto; se inflige un nivel considerable de humillación o de degradación.²⁴

La diferenciación de tipo cualitativa la encontramos en el citado fallo del Tribunal Supremo español (STS 2100/2013) que al respecto expresa:

«Con respecto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo viene definiendo como aquellos tratos que pueden "crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física y moral [...] Resulta, pues, relevante la creación en la víctima de una situación de envilecimiento y de humillación, y también la susceptibilidad de doblegar la resistencia física y moral de las víctimas...» (vid. Fundamento de Derecho primero, apartado nº 4).

Por otro lado, el mismo fallo, refiriéndose esta vez la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, evidencia en este último un criterio más bien cuantitativo de diferenciación referida a una «intensidad menor»:

«El Tribunal Constitucional afirma al respecto que los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el art. 15 CE (torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes) se caracterizan por la irrogación de "padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente" [...]. Cada tipo de conducta prohibida se distingue por "la diferente intensidad del sufrimiento causado" en "una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante" [...] para cuya apreciación ha de concurrir "un umbral mínimo de severidad" [...]. Tales conductas constituyen un atentado "frontal y radical" a la dignidad humana, "bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" [...] » (vid. Fundamento de Derecho primero, apartado nº 4).

²⁴ Comité Internacional de la Cruz Roja ¿Qué se entiende por tortura y malos tratos? Recuperado 10 de mayo de 2018, a partir de [/spa/resources/documents/misc/69tjvk.htm](https://www.icrc.org/es/spa/resources/documents/misc/69tjvk.htm)

No obstante, en definitiva, el fallo acoge la definición de carácter cualitativo del concepto “trato degradante”:

«En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia de esta sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral» (Ibíd.).

2.4.1.5.- Algunos parámetros de determinación

Ante la ausencia en nuestro país de un mayor desarrollo sobre la temática del trato degradante, Irarrázaval (2017) expone los parámetros para su determinación señalados en la sentencia española referida, que en lo sustancial encontramos en el siguiente párrafo del fallo español:

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

La conducta de someter a un trato degradante, como refirió en la discusión de la ley el representante del ministerio de justicia, se basó en el artículo 173 del Código Penal Español el que contempla, en su inciso primero, como delito autónomo, a los tratos degradantes.

2.4.1.6.- Trato degradante en niños y niñas

Como señalamos al referirnos a la conceptualización internacional del maltrato infantil, existen varias conductas que de acuerdo a tales definiciones podríamos comprender en esta categoría.

Asimismo, en el mencionado proyecto de Estudios Mundiales del Maltrato en el Entorno Familiar (WorldSAFE), citado por UNICEF (2008), podemos encontrar diversas formas de castigo verbal o psíquico que, supuesta la gravedad necesaria, podría incluirse dentro de la categoría «trato degradante», a saber:

- Le gritó al niño, insultó al niño, maldijo al niño, rehusó hablar con el niño, amenazó echar al niño del hogar, amenazó abandonarlo, lo amenazó con espíritus malignos, cerró la puerta y dejó al niño fuera de la casa
- En otras tipologías de maltrato que en su caso pueden comprenderse son abandono físico familiar, abandono emocional, falta de control parental, abandono físico social, maltrato emocional, violencia entre grupo, violencia institucional, abuso sexual, trabajo del menor familiar, corrupción, mendicidad social, acciones delictivas.

2.4.1.7.- Resultado requerido: Menoscabo grave a la dignidad

Esta circunstancia nos muestra que estamos frente a un delito de resultado.

Ahora bien, podemos observar que normalmente la concurrencia del trato degradante generalmente llevara ligada el resultado lesivo grave a la dignidad.

En este sentido, en la doctrina española se ha interpretado que aunque la descripción típica aparece delimitada por infligir un trato degradante como conducta típica y por menoscabar gravemente la integridad moral como resultado lesivo, la calificación del trato como degradante implicaría ya el resultado típico. (Mata y Pérez, 2005).

Sin perjuicio, en nuestra opinión es patente que debe diferenciarse la conducta, que podrá ser catalogada o no de trato degradante, del resultado menoscabo grave a la dignidad. Otra cosa es que, en este caso, a diferencia de otros delitos de resultado, la apreciación naturalística de éste, cede a una de carácter valorativo considerando la lesión del jurídico (Ibíd.).

2.4.1.8.- Trato degradante por omisión

A diferencia de la figura de maltrato corporal relevante en su especie agravada (403 bis inc. 2 del C.P.), el tipo trato degradante no hace mención expresa a la posibilidad de comisión mediante una conducta omisiva.

Ahora bien, es patente en las mociones que dieron origen al proyecto y las diversas intervenciones en el hemiciclo, que uno de los motivos más importantes para legislar, era la situación abandono que sufrían las víctimas vulnerables (especialmente adultos mayores y discapacitados), conducta manifiestamente omisiva.

Sin perjuicio, el verbo rector «someter» en su amplitud no impide la concreción de la conducta por omisión.

En este sentido, Cury (2005) explica que existen tipos de comisión en los cuales en alguna forma hay una manifestación expresa de que el legislador contempla la posibilidad de una infracción omisiva. Agrega, que esto sucede cuando para describir la conducta se emplean verbos ambivalentes, que lo mismo puede referirse a una acción que a una omisión, como «abandono», «consentir en», «faltar a», «convenir en», «infringir», etc. En este caso, concluye, las facultades creadoras del juez se encuentran restringidas, a causa de que, en todos esos casos, la ley ha descrito la situación en que consiste la posición de garante y fundamenta el deber de actuar.

En consecuencia, consideramos que la conducta puede realizarse por omisión, siempre y cuando exista el sujeto activo se encuentre en posición de garante.

2.5.- Algunas relaciones concursales generales de la norma en cuestión

De manera exploratoria, podemos advertir que los delitos de maltrato corporal relevante y trato degradante podrían tener una relación de concurso aparente con otros delitos sancionados en el Código Penal u otras leyes penales especiales.

Así por ejemplo, el maltrato corporal podría concurrir con todos aquellos delitos que en su realización admitan el uso de violencia física para su ejecución, a saber: diversos tipos de lesiones (arts. 395 y ss.), coacciones (art. 494 n° 16), secuestro (arts. 141 y ss.); violación (arts. 361 y ss.), abuso sexual (365 bis y ss.).

Por su parte, el delito de trato degradante por la amplitud del bien jurídico tutelado «dignidad» podría concurrir con la mayor variedad de delitos, partiendo por los ya referidos delitos de apremios ilegítimos u otros tratos crueles (art. 150 D), tortura (arts. 150 A y 150 B), detención ilegal (art.148); injuria (art. 416), abandono de personas desvalidas (art. 352), violación (361 y ss.) abuso sexual (365 bis y ss.), Utilización del menores en la producción de material pornográfico (art. 366 QUINQUIES), Promoción de la prostitución infantil (art. 367), obtención de servicios sexuales (art. 367 ter), trata de blancas (art. 367 bis), secuestro (arts. 141 y ss.), detenciones ilegítimas por particular o funcionario público (arts. 143 y ss.).

En general en estos casos, como señalamos, estaremos en presencia de un concurso aparente de leyes penales²⁵, y que para su solución se han señalado los criterios o principios referidos en el marco teórico, siendo a nuestro juicio el de consunción el que predominará en estos casos.²⁶

Sin perjuicio, basados en Irarrázaval (2017), nos detendremos someramente en algunos aspectos:

²⁵ De acuerdo a Bacigalupo (1996), existe este concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro, situación que se presenta cuando entre los tipos penales aplicables al caso concreto existe una relación de especialidad, o de subsidiaridad, o de consunción. Por su parte, según Bustos (1994), esta problemática queda comprendida dentro del ámbito de la interpretación, con la particularidad que en el derecho penal se han desarrollado una serie de criterios específicos para resolverlo. Se mencionan generalmente como principios de resolución: a) el de la especialidad, b) el de la subsidiariedad; c) el de la consunción, y d) el de la accesoriedad, denominado también de la alternativa.

²⁶ Respecto del principio de consunción Garrido (2007b) op. cit. explica que la descripción de un tipo penal puede abarcar conductas punibles que ya han sido descritas por otros, de modo que la actividad aparecería comprendida en ambas figuras al mismo tiempo, no obstante, sólo se debe considerar la primera, cuyo desvalor consume a la segunda. Así, por ejemplo, las lesiones consumen el maltrato corporal, o el abuso sexual los tratos degradantes, etc. En esencia, se trata de la aplicación del principio non bis in ídem.

2.5.1.- Maltrato corporal relevante y otros delitos

Si una conducta de maltrato corporal (base o agravado) constituye a su vez un delito de mayor gravedad, el artículo 403 del C.P. al sancionarlo «...salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad», está aplicando expresamente el principio de subsidiariedad (por consunción).

2.5.2.- Maltrato corporal relevante y lesiones

Si el maltrato corporal causa a su vez lesiones, por mínima que estas sean, en razón del art. 494 N° 5 del Código Penal, tal conducta pasa a ser constitutiva de delito de lesiones menos grave.²⁷

Siendo así, tratándose de la figura base de maltrato corporal (cuya pena es de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 1 a 4 UTM) por aplicación del principio de consunción, la conducta de lesiones menos grave, la absorbe.

Tratándose del maltrato agravado (sancionado con pena de presidio menor en su grado mínimo), Irarrázaval (2017) expone que en este caso además de operar la calificación del art.494 n° 5 del C.P., se aplica la agravante del art. 400, por lo que la pena alcanzaría a presidio menor en su grado medio, consumiendo de esta manera a dicha figura.

2.5.3.- Concurso respecto de la Ley N° 20.066 de Violencia Intrafamiliar

Esta situación se puede presentar cuando el sujeto pasivo de los delitos de maltrato corporal y trato degradante, es a su vez de aquellas personas señaladas en el art. 5° de la ley 20.066, lo cual genera un concurso aparente de leyes penales.

Al respecto según Irarrázaval (2017) se presentan dos posibilidades:

a) Interpretar que las normas de los art. 403 bis y ter derechamente no son nunca aplicables a las personas comprendidas en el art. 5° de la ley de VIF, sino que sólo se aplican en el ámbito de la violencia “extrafamiliar”. Esta posibilidad según el autor en síntesis se funda en:

²⁷ Cuya pena asignada de acuerdo al art. 399 del C.P. es de presidio menor en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM.

- El principio de especialidad.²⁸
- Historia de la ley que da cuenta que ésta tuvo por objeto precisamente sancionar la violencia fuera de la familia.

b) Considerar que los tipos penales de los art. 403 bis y ter si son aplicables a la violencia en el ámbito familiar.²⁹ Esta posibilidad se funda en lo sustancial en:

- Argumento literalista donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete distinguir.³⁰
- Argumento de reducción al absurdo.³¹

²⁸ Incluso Irarrázaval (2017) señala la posibilidad de estimar especial la norma del art. 403 bis por sobre las normas de la ley 20.066, puesto que mientras ésta última regula todo acto constitutivo de maltrato, el art. 403 bis tipifica sólo aquellos actos que son relevantes.

²⁹ Irarrázaval (2017), refiere que esta interpretación genera múltiples concursos aparentes de leyes penales «debido a que el maltrato generará en principio la aplicación tanto de los tipos penales de los art. 403 bis y ter, como de aquellos de la ley 20.066» (p. 37).

³⁰ Ello, por cuanto al describir el art. 403 bis quienes pueden ser sujetos pasivos no distinguir si se trata de un contexto de violencia intra o extrafamiliar.

³¹ Ello por cuanto el maltrato corporal relevante causado por un hecho único en contexto de VIF no sería delito ni falta, mientras que fuera de dicho contexto (donde no existe tal vínculo), sí.

3.- CONCLUSIONES

Como conclusiones, podemos señalar que los elementos normativos contenidos en los delitos «maltrato corporal relevante» y «trato degradante», manifestados en las expresiones «relevante», «trato degradante», «dignidad», implicará mayor importancia a la jurisprudencia como fuente del derecho.

Para tales efectos, fallos dictados en la judicatura de España, u otros países con normativas similares, pueden servir como parámetro de referencia, entre tanto se forman las líneas jurisprudenciales nacionales, que establezcan los precedentes necesarios para un mayor desarrollo en la aplicabilidad de la norma.

Conjuntamente, dado el carácter predominante abierto de los tipos, el principio doctrinario de «insignificancia» puede ser de aporte en la valoración de las conductas.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante tener presente que la amplitud de los tipos, puede generar un conflicto de competencia entre Tribunales de Familia y el Ministerio Público, especialmente porque muchas situaciones de vulneración de derechos de los niños, niñas y adolescente, las cuales dan lugar a medidas de protección, pueden ser constitutivas de los delitos estudiados, en especial, del trato degradante, razón por la cual es necesario que se formen lo más pronto posible, criterios objetivos mínimos de interpretación.

BIBLIOGRAFÍA

- Armus, M.; Duhalde, C.; Oliver, M.; y Woscoboinik, N.** (2012). *Desarrollo emocional. Clave para la primera infancia*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Fundación Kaleidos.
- Arruabarrena, M. y J.** (2005). *Maltrato a los niños en la familia. Evaluación y tratamiento*. Ediciones Pirámide, Madrid.
- Bacigalupo, E.** (1996). *Manual de Derecho Penal. Parte general* (3a reimpresión). Bogotá, CO: Temis.
- Bacigalupo, E.** (2005). *Delitos impropios de omisión*. Madrid: Dykinson.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.** (s. f.). Historia de la Ley N° 21.013 que Tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. Recuperado a partir de: https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/6281/HLD_6281_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.** (s. f.). Historia de la Ley N° 21.013 que tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial.
- Boldova Pasamar, M. Á.** (2016). *Derecho penal de mínimos: Algunas consideraciones sobre el umbral de las prohibiciones penales relativas a lesiones, malos tratos de obra y vejaciones injustas de carácter leve*. *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- Brazelton, T.B. y Greenspan, S.** (2017). *Las necesidades básicas de la infancia*. Barcelona: Editorial GRAÓ, de IRIF, S.L.
- Bustos, J.** (1994). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4a ed.). Barcelona: PPU S.A.
- Bustos, J. y Hormazábal, H.** (1997). *Lecciones de derecho penal II*. Madrid: Editorial Trotta.
- Castelló Nicás, N.** (2002). Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido. En *Estudios penales sobre violencia doméstica, 2002*, ISBN 84-8494-051-9, págs. 53-80 (pp. 53–80). Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA.

- Castelló, N.** (2002). Problemática sobre la concreción del bien jurídico protegido. En *Estudios penales sobre violencia doméstica*, 2002, ISBN 84-8494-051-9, págs. 53-80 (pp. 53–80). EDERSA.
- Código Civil de Chile** (2015). Recuperado a partir de https://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombearchivo=DFL-1_30-MAY-2000&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=172986.2015-10-22.0.0%23
- Colom, J. y Fernández, M.** (2009). *Adolescencia y desarrollo emocional en la sociedad actual*. International Journal of Developmental and Educational Psychology, vol. 1, núm. 1 España: Asociación Nacional de Psicología Evolutiva y Educativa de la Infancia, Adolescencia y Mayores.
- Comité de los Derechos del Niño** (2011). *Observación general Nº 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*. Organización de las Naciones Unidas.
- Constitución Política de la República de Chile** (1980). Recuperado a partir de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>
- Cousiño, L.** (1975). *Derecho penal chileno*. Tomo I. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Cury, E.** (2005). *Derecho Penal. Parte general* (7a ed.). Santiago: Universidad Católica de Chile.
- Darriba, G.** (2012). *El derecho de corrección de los padres sobre sus hijos*. Revista Digital Facultad de Derecho. Recuperado a partir de: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20V/2%20BA%20ACC%C3%89SIT-GUILLERMO%20DARRIBA%20FRAGA.PDF
- De la Mata, N., y Pérez, A.** (2005). *El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal*. Revista Penal. Recuperado a partir de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1068532>
- Defensoría Nacional** (s.f.). Recuperado a partir de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12254.pdf>
- Garrido Montt, M.** (2007a). *Derecho Penal: Tomo I. Parte general* (4a ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

- Garrido Montt, M.** (2007b). *Derecho Penal: Tomo II. Parte general* (4a ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Gomes, L. F.** (2006). Infracciones de bagatela y principio de insignificancia. En *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal: estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2251106>
- Inhelder, B. y Piaget, J.** (1958). *The growth of logical thinking from childhood to adolescence*. Londres: Routledge & Kegan Paul.
- Irarrázaval, C.** (2017). *Minuta sobre las modificaciones introducidas por la ley 21.013, que «tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial»*. Santiago: Departamento de estudios de la Defensoría Nacional. Recuperado a partir de: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/12254.pdf>
- Jakobs, G.** (1995). *Derecho Penal (Parte general)*. (J. Cuello & J. L. Serrano, Trads.). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- JUNJI** (2018). *Protocolo de abordaje institucional de situaciones de maltrato infantil*. Junta Nacional de Jardines Infantiles, Gobierno de Chile.
- Lecannelier, F.** (2009). *Apego e intersubjetividad: Segunda parte, la teoría del apego – Influencias del los vínculos tempranos en el desarrollo humano y la salud mental*. Santiago: LOM Ediciones.
- Ley Fácil** (s/f). *Ley penal juvenil. Describe la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que establece un sistema de responsabilidad para los jóvenes entre 14 y 18 años que cometan delitos*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional. Recuperado de: <https://www.bcn.cl/leyfacil/recurso/ley-penal-juvenil>
- Navarro, R.** (2005). *El delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias estupefacientes o sicotrópicas del art. 4° de la ley n° 20.000*. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, 1(XXVI), 259–293. Recuperado a partir de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173619921014>
- ONU** (1990). *Convención sobre los Derechos del Niño* (Promulgado por Dcto. 830 de 1990).
- Perrone, R.** (2012). *El síndrome del ángel: consideraciones acerca de la agresividad*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF.
- Quintana, A.** (2011). *Interpretación y argumentación jurídica*. Santiago de Chile: Ed. Jurídica de Chile.
- Ramos Pazos, R.** (2007). *Derecho de Familia. Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- Ramos Pazos, R.** (2007). Derecho de Familia. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Roxin, C.** (1997). Derecho Penal: parte general. T. I, fundamentos, la estructura de la teoría del delito. (D. Luzón Peña, Trad.). Madrid: Civitas.
- Roxin, C.** (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal*. (F. Muñoz Conde, Trad.) (2a edición, primera reimpresión). Buenos Aires: Hammurabi.
- Sánchez, J.** (2016). La dignidad humana y derechos humanos. In: M. Ramos-Kuri, ed., *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro.*, 1st ed. Querétaro: Centro de Investigación Social Avanzada A. C. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Silva Tosca, A.** (2015). Deber de corrección a la luz de la convención de derechos del niño, la legislación mexicana y española. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 2(4), 56–61. Recuperado a partir de <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/article/view/862>
- UNICEF Chile** (2014). *Los niños, niñas y adolescentes tienen derechos*. Santiago: UNICEF Chile. Recuperado de: <http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>
- UNICEF** (2008). *Maltrato infantil y relaciones familiares en Chile: Análisis comparativo. 1994-2000-2006*. Santiago. Recuperado a partir de http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/maltrato_paraweb.pdf
- UNICEF** (2014). *Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño*. Recuperado a partir de: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>
- Welzel, H.** (1956). *Derecho Penal. Parte General*. (F. Balestra, Trad.). Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zaffaroni, E.** (2002). *Derecho Penal. Parte general* (2 edición). Buenos Aires: Ediar.

Sentencias:

- Audiencia Provincial de Álava. SAP VI 193/2015 (23 de marzo de 2015).
- Audiencia Provincial de Albacete. SAP AB 629/2017 (13 de septiembre de 2017).
- Audiencia Provincial de Bilbao. SAP BI 1566/2015 (17 de junio de 2015).
- Audiencia Provincial de Madrid. SAP M 14912/2008 (24 de septiembre de 2008).

Audiencia Provincial de Madrid. SAP M 12335/2011 (10 de febrero de 2011).

Audiencia Provincial de Madrid. SAP M 234/2018 (16 de enero de 2018).

Audiencia Provincial de Tarragona. SAP T 289/2012 (22 de marzo de 2012).

Audiencia Provincial de Vizcaya. SAP BI 369/2015 (28 de enero de 2015).

Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. STS 1276/2009 (3 de marzo de 2009).

Tribunal Supremo de España. Sala de lo Penal. STS 2100/2013 (2 de abril de 2013).

Tribunal Supremo. Sala de lo Penal. STS 4577/2015 (8 de noviembre de 2015).

Legislación:

Chile (1980). Constitución Política de la República de Chile. Recuperado a partir de: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Chile (2015). Código Civil. Versión de 22-10-2015. Recuperado a partir de https://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombearchivo=DFL-1_30-MAY-2000&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=172986.2015-10-22.0.0%23

Chile (2018). Código Penal. Versión de 27-01-2018. Recuperado a partir de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984&idParte=0>

España (2017). Código Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 14 de diciembre de 2017. Recuperado a partir de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&p=20150428&tn=1/>

Base de datos electrónica:

<https://www.tribunalconstitucional.cl>

<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

<https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/frameInv.php>