

**Audiencia de lectura de sentencia – Modalidad Zoom**

Fecha	Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno		
Juez	<b>RAÚL DÍAZ MANOSALVA (P)</b>		
Juez	<b>NANCY ALVARADO GONZALEZ (R)</b>		
Jueza	<b>CLAUDIA CAMUS HIDALGO (I)</b>		
Fiscal	Paola Trisotti Diaz (Presente)		
Querellante	Francisca Figueroa San Martin (Presente)		
Querellante	Beatriz Antonieta Contreras Reyes(Presente)		
Defensor privado	Cristian Briceño Echeverría (Ausente)		
Hora inicio	15:13 PM		
Hora término	15:23 PM		
Tribunal	<b>2º TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO</b>		
E. Acta y anfitrión	Iván Pavez Flores		
RUC	<b>1900166462-2</b>		
RIT	<b>178 - 2020</b>		
<b>NOMBRE IMPUTADO</b>	<b>RUT</b>	<b>DIRECCION</b>	<b>COMUNA</b>
<b>ANGEL ROBINSON FALEN MORALES</b> <b>(Presente en PP CDP Santiago Uno – Modalidad Zoom)</b>	21.924.261-1	Av. San Pablo N°3610, depto. N°104-B	Quinta Normal.

**Decreta beneficio ley 18.216.:**

RUC	RIT	Ambito afectado	Detalle del Hito	Valor
1900166462-2	178-2020	PENAS.: ANGEL ROBINSON FALEN Condenado. por TORTURAS COMETIDAS P/FUNCIONARIOS PUBL.(ART. 150 A INC	Años	8
			Meses	6
			Tipo de beneficio	<b>Pena efectiva</b>

**Lectura de sentencia.:**

RUC	RIT	Ambito afectado	Detalle del Hito	Valor
1900166462-2	178-2020	RELACIONES.: FALEN MORALES ANGEL ROBINSON / TORTURAS COMETIDAS P/FUNCIONARIOS PUBL.(ART. 150	-	-
		PARTICIPANTES.: Querellante. - FIGUEROA SAN MARTÍN FRANCISCA	-	-
		PARTICIPANTES.: Fiscal. - TRISOTTI DÍAZ PAOLA	-	-

		MARUZZELLA		
		PARTICIPANTES.: Defensor privado. - BRICEÑO ECHEVERRÍA CRISTIAN	-	-
		PARTICIPANTES.: Abogado patrocinante. - CONTRERAS REYES BEATRIZ ANTONIETA	-	-
		CAUSA.: R.U.C=1900166462-2 R.U.I.=178-2020	-	-

**c/ÁNGEL ROBINSON FALEN MORALES**

**Delito: delito de tortura (art. 150 A en relación al art.150 C del C.P.)**

**RIT : 178-2020**

**RUC : 1900166462-2**

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno.

**VISTOS, OIDOS LOS INTERVINIENTES Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Partes y Tribunal.**

Entre los días trece y diecinueve de mayo del presente año, se constituyó el Tribunal integrado por los jueces **don Raúl Díaz Manosalva, quien presidió, y doña Claudia Camus Hidalgo y doña Nancy Alvarado González,** con el objeto de realizar el juicio oral en virtud de la acusación interpuesta por el Ministerio Público -representado en audiencia por la fiscal, abogada Paola Trisotti Díaz, a la que se adhirió la parte querellante, Instituto Nacional de Derechos Humanos, representado por las abogadas Francisca Figueroa San Martín y Beatriz Contreras Reyes y, en contra de **ÁNGEL ROBINSON FALEN MORALES,** cédula nacional de identidad **21.924.261-1,** nacido en Perú, el 2 de octubre de 1974, 46 años, casado, enfermero técnico, domiciliado en Avenida San Pablo N° 3610, departamento N° 104-B, comuna de Quinta Normal, representado por el defensor penal privado, abogado Cristián Briceño Echeverría; todos con domicilio y forma de notificación registrados en el Tribunal.

**SEGUNDO: Acusación y Querella.**

**a) Acusación.**

Conforme lo expresó **la fiscal del Ministerio Público,** el caso que presenta, trabajado conjuntamente con el INDH, tiene las siguientes especificidades: por un lado se sostiene que los hechos descritos configuran un delito penal tan especial como es el delito de tortura sexual (art.150 A en relación al art.150C del C.P.) y no corresponde a una simple violación del artículo 361 del C.P. Por otro lado, la ofendida por razones graves de salud, no comparecerá a la audiencia, lo que no será óbice para acreditar los hechos pues existe un video que registra la agresión sexual.

Por otra parte, **ante la controversia de la defensa,** por la **incorporación** como prueba de una **entrevista video grabada realizada a M.,** si bien sabe que esta prohibido aportar en la audiencia

registros generados durante la investigación señala que ésta se realizó previniendo que la víctima no pudiera asistir a la audiencia por su condición de salud. Pide sea incorporada y valorada como prueba bajo la hipótesis del artículo 331 de CPP, que la persona haya caído en una gran incapacidad; lo que ocurre a M. pues antes de la audiencia de inicio de juicio tuvo un nuevo intento de suicidio, lo que hace imposible que compareciera a esta audiencia.

**Llamada por el tribunal a discutir una posible recalificación de los hechos** como un **delito de violación del art. 361 N°2 del C.P.**, con las agravantes generales y específicas del caso, expone en síntesis que **lo desestimó** porque la prueba acredita que el sujeto activo era un funcionario del estado; la víctima estaba en condiciones de vulnerabilidad; el bien jurídico afectado no solo es la integridad y autodeterminación sexual de la víctima sino que el Estado, a través de su agente estatal incumple su obligación constitucional de protección de los derechos humanos; es un hecho grave que deja al descubierto la violencia contra la mujer, lo que constituye una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres, manifestado ahora en el ámbito sanitario; agresión sexual que se califica como tortura pues produce un grave dolor y sufrimiento a la víctima y es cometida en razón de una discriminación fundada en su condición de mujer.

**Respondiendo a la defensa** en el sentido que se estaría ante un delito del artículo 150 B, la figura calificada, **desestimó que exista error en la invocación del delito** por cuanto la prueba acredita los elementos del tipo penal del artículo 150 A, en síntesis, que se ha infligido tortura sexual produciendo grave sufrimiento en razón de discriminación. En lo tocante al artículo 150 C -norma de determinación de pena- también invocado, se verifica, porque la víctima se encontraba privada de libertad o en cualquier caso, bajo el cuidado, custodia o control de su ofensor. Estas son las razones por las que se invocaron esas normas.

En cuanto a la **acreditación de la agresión sexual como violación bucal, y no como un abuso sexual**, como lo pretende la defensa, en síntesis refiere que **el video resulta claro** en cuanto al tipo de agresión cometida para la totalidad de las personas que lo presenciaron.

Sostuvo todas sus alegaciones, de acuerdo a los **hechos** consignados en el auto de apertura, los que se describen bajo el siguiente tenor:

*“El día 31 de enero de 2019, la víctima de iniciales M.A.Z.M. de 31 años, ingresó a internación de urgencia al Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, ubicado en Avda. La Paz 841 de la comuna de Independencia, debido a un severo cuadro de agitación psicomotora, encontrándose psicótica dado su estado patológico. La paciente si bien estaba vigil al estar psicótica su voluntad de encontraba anulada. Entre el día 31 de enero y el 03 de febrero de 2019, se le administraron diversos medicamentos dado que presentaba un compromiso de conciencia el cual correspondía a un cuadro confusional mixto, es decir, de origen farmacológico, por privación de PBC y de alcohol y desnutrición de la víctima. Por definición en los cuadros confusionales existe una privación de los sentidos y de la voluntad. En estas condiciones, encontrándose la víctima bajo sedación farmacológica, el día 03 de febrero de 2019, aproximadamente*

*entre las 14:30 y las 15:00 horas, encontrándose acostada en una de las camas del recinto hospitalario, el imputado Ángel Robinson Falen Morales, funcionario público y técnico paramédico del servicio de urgencia de dicho nosocomio, encontrándose en el ejercicio de su rol de cuidado sobre las personas allí hospitalizadas, prevaleciéndose de una posición de desigualdad respecto de la víctima, discriminándola en su condición de mujer y por el estado de salud en que ella se encontraba, efectuó actos de significación sexual y de relevancia que consistieron en tomar la mano de la víctima y colocarla sobre su pene, conminándola a efectuarle actos masturbatorios, tocarle uno de sus pechos, y encontrándose ya en estado de excitación, procedió a sentar a la víctima en la cama, bajarse el cierre de su pantalón y proceder a introducir su pene en la boca de la víctima sin su consentimiento. Todo aquello, en un contexto de desatención en el cuidado en su salud e integridad, que le era exigible en razón de su cargo. Una vez que la víctima recuperó la conciencia y fue informada de lo acontecido, se generó en ella un grave sufrimiento ante el hecho de haber sido vulnerada en su dignidad y transgredida en la esfera de su cuerpo y autodeterminación sexual, al ser tratada como un objeto en circunstancias que se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por motivos de salud y bajo custodia estatal.”*

En **opinión de la fiscal, la prueba consistente en las declaraciones** del enfermero Jimmy Leandro Herrera Ceballos, médico Francisco Javier Gil Mikacic, abogada del Departamento Jurídico, Carolina Mafalda Carvajal Tadres y Subdirectora Médica Lilian Silvia San Román Figueiredo; todos **funcionarios del Instituto Horwitz**, quienes advertidos por el primero, observaron también la grabación y constataron la existencia de la vulneración sexual en contra de la ofendida por parte del acusado; aunado al testimonio del **personal de la PDI**, subinspectora Gabriela Pérez Garcés que les tomó declaraciones a los funcionarios del hospital y Rodrigo Alejandro Reyes Avilés, comisario de la Brigada de DDHH de la Policía de Investigaciones de Chile, que examinó el video, además de **las declaraciones de los padres** de la víctima, Juan Carlos Z.A y Ximena Gabriela M. A.; **las pericias** de la psiquiatra Ana Toro Cepeda y la psicóloga Cynthia Díaz Romero, y por ultimo, la pericia de la abogada Lidia Casas Becerra, **además de prueba documental y gráfica exhibida**, en especial **el video que registra la agresión**; analizada en su conjunto, ha sido **suficiente y apta para determinar la autoría del acusado en el delito consumado de tortura sexual** previsto y sancionado en el artículo **150 A** incisos 1° y 3° del Código Penal **en relación al artículo 150 C** del mismo cuerpo legal. Estima **concurrir** en la especie la circunstancia atenuante de responsabilidad penal establecida en el artículo **11 N°6** del Código Penal, esto es, su irreprochable conducta anterior y le perjudicaría la agravante del artículo **12 N°8** del Código Penal, por la calidad de funcionario público que detenta el acusado. En consecuencia, pidió se condene a Ángel Robinson Falen Morales como autor del ilícito singularizado a las penas de 10 años de presidio mayor en su grado mínimo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 A en relación con el 150 C, ambas normas del Código Penal, penas accesorias legales, costas y registro de huella genética e incorporación al Registro de Condenados.

**b) La parte Querellante INDH.**

Esta parte **adhiera** plenamente a la **acusación fiscal** y pone el énfasis de sus alegaciones en una **nueva conceptualización del delito de tortura**, cuyo contenido surge de “La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes” y la “Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura”, instrumentos internacionales ratificados por el Estado de Chile, así como aquella contenida en el nuevo artículo 150 A, del Código Penal, incorporado en la reforma del año 2016. La parte Querellante invita a mirar los hechos de la acusación **desde la perspectiva de los derechos humanos** específicamente desde **el enfoque de género y desde las obligaciones que tiene el Estado de protección al derecho a la integridad personal**. Desde ese prisma destaca la calidad de funcionario público del ofensor y como tal, su obligación constitucional de respetar y promover los derechos humanos y dar especial protección respecto de la víctima, contenidos en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Convención Belém do Pará, que reconoce que **la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres**. La consideración de éstos elementos, tanto el enfoque de género como estas obligaciones específicas en el resguardo a la integridad personal de la víctima por parte del acusado como agente del Estado, permite advertir que los hechos de la acusación constituyen efectivamente un delito de DDHH, por cuanto en esto se transgredió el marco de límites de aquello que le está permitido hacer al Estado con una persona y al hablar de Estado, no se refiere a una entidad abstracta sino que el que forman todos aquellos que ejercen una función pública, como el acusado, el día 3 de febrero de 2019, en que suceden los hechos que convocan este juicio oral. Resalta que es la primera vez que un tribunal de juicio oral en lo penal chileno tiene la oportunidad de dotar de contenido y de aplicabilidad práctica a este delito en contexto sanitario de violencia sexual y por circunstancias de discriminación.

**Llamada por el tribunal a discutir una posible recalificación de los hechos** como un **delito de violación del art. 361 N°2 del C.P.**, con la agravantes generales y específicas del caso, expuso que este **delito no habría sucedido** en los términos que fue conocido y conforme a la prueba **si se omite la calidad de agente estatal del funcionario** público paramédico del Instituto Psiquiátrico Doctor José Horwitz Barak. Esta calidad determina el acceso a la víctima por parte del acusado, la relación de confianza que implica el acceso a su corporalidad y por lo tanto el abuso de aquella función y facultades para transgredir no sólo la integridad de la víctima en cuanto bien jurídico individual sino además las obligaciones que tiene en la protección de la dignidad y derechos de las personas y en la obligación de abstenerse de ejecutar actos constitutivos de violencia contra la mujer. Esta obligación mandatada constitucionalmente constituye parte del núcleo de la conducta; **por el principio de especialidad y la prueba rendida en audiencia se satisface con la calificación jurídica invocada**. Por el contrario, calificar los hechos como un delito común de violación en que la calidad de agente estatal del ofensor es solo una circunstancia, no alcanza a cubrir la totalidad del disvalor de la acción. Reproduce como a su juicio se configuran los elementos del tipo penal del artículo 150 A y 150 C del C.P.: la calidad del sujeto activo como funcionario público de un hospital público; la especial relación de confianza que permite el

acceso al cuerpo de las personas internadas; la intencionalidad del actor porque no se comente el delito de tortura por descuido o negligencia, el agente estatal conoce y quiere lo que está haciendo; la grave afectación no sólo psicológica y emocional sino también física, en la relación de la víctima con su propio cuerpo y la esfera de su sexualidad que la agresión le provoca. Añade que el actual artículo 150 A exige que la irrogación de dolores o sufrimientos en razón de una discriminación fundada en diversos motivos, en este caso, se utilizó la violencia sexual contra una mujer, lo que es una práctica generalizada en contra de este sexo. Finalmente refiere que el artículo 150 C, prohíbe imponer la pena en su *mínimum* cuando el ofendido se encuentre legítima o ilegítimamente privado de libertad o en cualquier caso, bajo su cuidado; circunstancia que se verifica en la internación no voluntaria de la víctima y las funciones de técnico paramédico del ofensor.

Replicando a la defensa en cuanto las acusadoras habrían incurrido en error al invocar el tipo penal del 150 A, refirió que el propio tipo penal incorpora el grave sufrimiento de tipo sexual como un elemento. En segundo lugar, advierte que no hay que confundir la intencionalidad de la conducta y la razón de discriminación, esta última es un elemento subjetivo pero independiente que no integra el dolo, el que se satisface con el conocimiento de la conducta típica de realizar y con la voluntad de concretarla por parte del sujeto activo.

**Discrepó de la defensa** de considerar el hecho solo como un delito de abuso sexual pues entiende que el acceso vía bucal esta suficientemente acreditado con la prueba de cargo.

Aclaró que el protocolo de Estambul es un instrumento que se aplica a las víctimas no a los victimarios de modo que no mide la intencionalidad del ofensor, como echa de menos a defensa, elemento que en todo caso es una calificación jurídica que corresponde al juzgador. Por ultimo refiere que el daño periciado en la víctima corresponde a la experiencia traumática asociada a la violación y no a otros que pudieran surgir de su historia de vida, conforme señalan las pericias de las profesionales que la evaluaron.

**Al referirse a la prueba** hizo presente que las pericias de la abogada Lidia Casas Becerra, de la psiquiatra Ana Toro Cepeda y la psicóloga Cynthia Díaz Romero, ilustrarán al tribunal sobre el grave sufrimiento causado a la víctima y la circunstancia de discriminación invocada, es decir, la circunstancia de tratar diferente, con menosprecio y degradación a la dignidad de la víctima atendido al estado de salud en que se encontraba y su condición de mujer. La declaración del personal del Horwitz acreditará que la víctima al momento de los hechos se encontraba bajo el cuidado y custodia del funcionario acusado lo cual configura la circunstancia del artículo 150 C del C.P.

De estos hechos y otros medios de prueba que se incorporarán como el video a que se hace referencia por la fiscalía, las declaraciones de la familia de la víctima y otros, se acreditará que estamos ante un acto de vulneración de derechos humanos, de carácter sexual, que pueden ser considerados como constitutivos de tortura y ese es el motivo por el cual invoca este tipo penal en específico.

Por otro lado, realizó una **consideración histórica**, al recordar que fueron precisamente las organizaciones de mujeres sobrevivientes de la violencia política sexual durante la dictadura cívica militar, quienes durante décadas hicieron un trabajo sostenido por visibilizar que las transgresiones que ellas

sufrieron en la esfera de su dignidad y de su integridad física, psicológica y sexual, advirtiendo que no eran simples delitos de abusos sexuales o violaciones sino que eran torturas que se aplicaban respecto de ellas como forma de castigo y discriminación.

Finalmente solicitó se condene al acusado y se aplique la pena solicitada por la parte acusadora.

### **TERCERO: Defensa.**

La **defensa** de **Ángel Robinson Falen Morales** solicitó la **absolución** de su representado. Afirmó que la parte acusadora confunde el hecho base con la figura calificada del delito. A su entender, el persecutor tiene una doble carga probatoria, lo primero que tendría que acreditar es que concurren todos y cada uno de los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal base que es la tortura del artículo 150 A para luego y conforme a lo dispuesto al artículo 150 B, acreditar los requisitos específicos de la figura de tortura calificada, "cuando con ocasión de la tortura se cometiera además el delito la violación". A su juicio, el persecutor **no logrará acreditar la intencionalidad** del acusado en orden a **discriminar en razón de género o en razón de sexo**. Se trata de una figura calificada donde el dolo tiene que abarcar todos los elementos del tipo y en este sentido el sujeto activo tiene que estar en conocimiento que ésta es una situación de aplicación de tortura, por eso **solicitó la absolución** de su representado por el cargo por el que se le acusa, a su entender, delito de tortura calificada.

**Llamado por el tribunal a discutir una posible recalificación de los hechos** como un **delito de violación del art. 361 N°2 del C.P.**, con la agravantes generales y específicas del caso, expuso en primer lugar que **la prueba de cargo es insuficiente para acreditar la figura penal por la que se acusa del 150 A**. A su juicio, debió invocarse el artículo 150 B, la figura calificada que contempla el delito de violación en forma expresa. Aún así, debe aprobarse en primer lugar si estamos ante un delito base de tortura. Este delito implica infligir un sufrimiento grave y por otra parte, una intencionalidad en el comportamiento desplegado, es decir, que el sujeto activo busque determinados fines definidos en la ley. El persecutor tenía la doble carga procesal, acreditar por un lado que el sujeto que agredió conocía y quería aplicar tormento o tortura y por otro lado, con la finalidad de discriminación por género o situación de salud. A juicio de la defensa no existe prueba alguna que de cuenta de una actitud misógina, machista, violenta o discriminatoria por parte del acusado. No se ofrece prueba de que se cometió el acto sexual con el dolo específico de torturar y de discriminar. Lo que se pretende por la parte acusadora es calificar una violación como una tortura pero ignorando que la violación está contemplada como una calificante en el art. 150 B de la figura base del art. 150 A.

Advirtió que tampoco concurre la agravante del artículo 12 número 8 invocada por el ente persecutor porque la calidad de funcionario público está comprendida en la descripción normativa del tipo. Desestimó también la concurrencia del numeral 21 del artículo 12 porque ninguna prueba se aporta en orden a establecer la intencionalidad de actuar motivado por alguna de las referidas circunstancias de ese numeral.

A su entender **lo único que puede acreditarse** es ente caso **es la figura de delito de abuso sexual** previsto en el artículo 366 en relación al 361. Reitera que la prueba de cargo no logra acreditar una intencionalidad discriminatoria que requiere el delito de tortura. Hace notar por otro lado que la víctima no declara en el juicio y en relación a ello **solicita no valorar la entrevista videograbada** incorporada en esta instancia por la fiscalía, por cuanto no se acredita ninguno de los presupuestos del art. 331 del C.P.P. que la justificarían. En ésta la defensa se vio impedida de ejercer el contra examen vulnerándose así el principio del debido proceso. Respecto al **video**, no permite sostener con la máxima certeza que da cuenta efectiva de una penetración bucal. Podría haberse producido solo tocaciones en la boca de la ofendida. Son estas razones por las que **solicita se recalifique a la figura de abusos del art. 366 del C.P.**

Debidamente informado, el acusado **ÁNGEL ROBINSON FALEN MORALES** hizo uso de su derecho a guardar silencio.

#### **CUARTO: HECHOS Y CIRCUNSTANCIAS QUE SE TIENEN POR PROBADAS.**

##### **I. Cuestiones previas.**

Como primer punto, es preciso aclarar que **no fue materia de controversia las circunstancias de tiempo, lugar y otras de contexto.**

Que **lo discutido** esencialmente fue la **suficiencia de prueba para acreditar una violación** y por otra parte la **conurrencia de los elementos del tipo penal de tortura sexual del artículo 150 A en relación al artículo 150 C** por el que se acusó, lo que se abordará más adelante.

El tribunal también se pronunciará sobre la **incorporación** como prueba de la **entrevista videograbada** realizada a la víctima, cuestionada por la defensa.

A continuación, entonces analizará **la prueba que sirve para acreditar los hechos** y que permiten al tribunal tener por configurada **la autoría y el tipo penal** por el que se condena.

##### **II. Análisis de la prueba rendida.**

###### **a) Circunstancias de tiempo, lugar y otras de contexto.**

Que la paciente M.A.Z.M. de 31 años, el día 31 de enero de 2019, ingresó a internación de urgencia al Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak (en adelante Horwitz) ubicado en la comuna de Recoleta y que la razón de su internación fue por encontrarse afectada de un cuadro sicótico y de agitación psicomotora severa producido por privación de consumo de drogas y en estado de desnutrición, fue acreditada por las declaraciones de los padres de la ofendida y por el personal médico de la Institución. En efecto, ambos padres, **Ximena Gabriela M. A. y Juan Carlos Z. A.** coincidentemente señalaron que internaron a su hija M. porque estaba muy mal debido al consumo de drogas. El padre refiere que ella se encontraba intoxicada por el consumo de pasta base y vivía en situación de calle; unos conocidos le contaron donde ubicarla y él la rescató de la calle y la trajo al hospital. En los mismos términos **Francisco Javier Gil Mikacic**, médico, Jefe del Servicio de Urgencia del Instituto Psiquiátrico Horwitz, indicó que

hospitalizó a la señorita M., el 31 de enero del año 2019. Fue traída por su padre porque estaba en situación de calle; viviendo y durmiendo en las cercanías de la casa; las últimas dos semanas, -según contaba el padre- había notado desajustes muy extraños en el comportamiento de ella: hablaba sola, afirmaba que estaban hablando de ella, que la estaban mirando, tenía discusiones con transeúntes de la calle, entre otras conductas. Es decir, estaba cursando cuadros psicóticos que se daban en el contexto de un abuso prolongado de pasta base de cocaína y alcohol. Describe que era una paciente sumamente enflaquecida, desnutrida, en muy malas condiciones generales y fue hospitalizada con el diagnóstico de un trastorno psicótico debido al uso prolongado de múltiples drogas, con una desnutrición calórico-proteica.

Que el hecho lesivo ocurrió el día 3 de febrero de 2019, entre las 14:30 y las 15:00 horas, en el sector de internación de urgencia del Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, se acreditó suficientemente con las declaraciones de los funcionarios del recinto de salud. Explica el doctor **Francisco Gil** que en los días previos, existió un reclamo de una usuaria por el descuido que afectaba a una paciente distinta de la ofendida, de la sala tres. Por esa razón solicitó al enfermero señor Herrera que revisara las cámaras para constatar si efectivamente los técnicos habían descuidado a la paciente como se reclamaba lo que habría acontecido el día domingo 3 de febrero. En el contexto de esa revisión se produjo el hallazgo de la agresión sexual. El testigo **Jimmy Leandro Herrera Ceballos**, enfermero del recinto de salud, confirma que le fue solicitado la elaboración de un informe por un reclamo interpuesto por una paciente hospitalizada en el servicio de urgencias de mujeres del Horwitz, razón por la cual solicitó la grabación de las cámaras de seguridad. Mientras efectuaba la revisión se dio cuenta de una situación que ocurrió con otra paciente que estaba hospitalizada el día en que se encontraban de turno dos funcionarios. Describe que en el video se ve que la paciente se levanta varias veces de la cama y en un momento uno de los funcionarios, al llevarla a la cama, queda de espaldas las cámaras y así como que se baja el pantalón y acerca la cabeza de la paciente hacia su zona genital en una connotación sexual evidente. Se le exhibió el video (**otros medios de prueba N°3, Cd NUE 5090774**) que reconoce como el descrito precedentemente. Añade que le avisó a su jefatura, el doctor Gil, vieron el video y enseguida él también avisa su jefatura, doña Lilian San Román, la que en compañía de la abogada Carvajal van a su oficina y todos juntos ven el video. Acota que la grabación de video corresponde al 3 de febrero de 2019 y se registró alrededor de las 2 y media o 3 de la tarde.

#### **b) Aspectos objetivos del tipo penal de tortura (art. 150 A)**

##### **El sujeto activo.**

El personal del Instituto Horwitz, que observó el video no tuvo dudas en identificar al ofensor como el funcionario Ángel Robinson Falen Morales, al que conocían como compañero de labores, indicando que estaba de turno ese día.

Efectivamente, **Jimmy Herrera**, refirió que el sujeto implicado era Ángel Falen Morales a quién conocía desde aproximadamente unos dos años y se desempeñaba como técnico paramédico. El testigo doctor **Francisco Gil** agrega que al ver la grabación también reconoció al señor Falen. Añade que luego de presenciar en conjunto la grabación acordaron con la subdirectora médica **Lilian Silvia San Román Figueiredo** que la abogada jefa del departamento jurídico sería la encargada de iniciar un sumario administrativo contra el funcionario. Sobre esto último, la abogada **Carolina Mafalda Carvajal Tadres** refirió que inició el sumario contra Ángel Robinson Falen Morales, quien se encontraba en funciones ese día, ya que ese era el mecanismo que posibilitaba su suspensión provisoria inmediata. Explica **Carolina Carvajal** que lo citó a la oficina ese mismo día a prestar declaración, primero negó los hechos, dijo que no hizo nada, pero al confrontarlo con el video dijo que “la paciente lo tentó” pero que luego la rechazó y se retiró de la sala. Finalmente le pidió a la abogada que no le hiciera nada. Acota la testigo que Falen era un funcionario a contrata, que llevaba en el servicio unos tres o cuatro años, cumpliendo funciones de técnico paramédico en el servicio de urgencia.

Respecto a las funciones que le correspondía en su calidad de técnico paramédico, indicó que entre otras, era el encargado de aplicar los medicamentos ordenados por el médico en la ronda de la mañana. Describe el Jefe de Urgencias, **doctor Gil**, que en términos generales está establecido quiénes son los técnicos que se quedan en la sala de pacientes mujeres y los que se quedan en las salas de pacientes hombres, tratando de privilegiar que los técnicos de mujeres sean del mismo sexo. Ahora, en ese día en particular habían tenido inasistencias y se debió cubrir la sala de mujeres con el señor Falen y el técnico que se encontraba en la ambulancia. Explica que en esa época cuando uno de los dos técnicos paramédico salía a almorzar, un técnico quedaba ese tiempo -media hora o 40 minutos- solo. El técnico no debe salir de las salas, sino solo para buscar los medicamentos un tiempo muy corto o para ir al baño. Explica que a veces ocurre, por ejemplo, que un paciente debe ser enviado al Hospital San José y un técnico debe acompañarlo, el otro queda solo en el servicio.

Añade que no recuerda hora exacta pero sabe que la agresión ocurrió durante el día. Falen estaba solo. El estaba a cargo de la sala 4, pero en ese momento fue a la sala 3, donde estaba la ofendida, por otra razón.

A su turno, **Jimmy Herrera** describe que la labor del señor Ángel Falen como técnico paramédico consistía en brindar la atención de enfermería a los pacientes, de vigilancia y atención de sus necesidades. Sin embargo, por lo que vio en el video obviamente el funcionario no estaba cumpliendo con sus funciones porque el personal está a cargo de cuidar a los pacientes y de no ejercer daños sobre ellos. Concluye que lo que vio atenta totalmente contra el cuidado de enfermería que se debe tener con los pacientes graves en el servicio de urgencia.

Las precedentes declaraciones, concordantes entre sí resultan suficientes para establecer la calidad funcionaria del ofensor. Efectivamente Ángel Robinson Falen Morales, estaba contratado para prestar funciones como técnico paramédico en el servicio de urgencia en el Instituto Psiquiátrico Doctor José

Horwitz Barak, institución pública de salud. En consecuencia, detentaba la calidad de empleado público, desde que se desempeñaba en un cargo y cumpliendo una función pública, precisamente en una institución de salud dependiente del Estado, cumpliendo así con la descripción establecida en el artículo 260 del Código Penal, que rige tanto para los efectos del título V del Libro II del código citado, como para el párrafo IV del título III mismo Libro, en el que se encuentra tipificado el delito de tortura.

Que la conducta desplegada por el técnico paramédico, una agresión sexual en perjuicio de una paciente -que se analizará seguidamente- constituyó una grave transgresión a sus funciones de asistencia y cuidado de los pacientes de la unidad de urgencia por cuanto su actuar fue contrario a los deberes que le impone su cargo. No solo no cuidó de la paciente como estaba obligado sino que le produjo un grave daño con su conducta.

**La Conducta: aplicar tortura, y en específico para el caso, infligir dolores o sufrimientos graves de carácter sexual.**

La conducta desplegada por el ofensor, en forma inusual quedó registrada en un video de seguridad de las cámaras de la sala de urgencias. En pocas ocasiones se puede contar con un registro gráfico de la agresión, menos en las de tipo sexual, que en este caso consistió en una violación bucal, como logrará establecerse. De allí que este medio probatorio y la apreciación de aquél por la generalidad de los observadores, incluyendo a esta sala, fue clave para acreditar la conducta lesiva.

La prueba rendida por el Ministerio Público y la parte Querellante, especialmente las declaraciones prestadas por el personal del Instituto Horwitz, particularmente por **Jimmy Leandro Herrera Ceballos**, enfermero, primero en detectar la situación de agresión sexual sufrida por la víctima M.A.Z.M., al observar casualmente las grabaciones de las cámaras de seguridad del Hospital; que estuvieron en total concordancia con lo referido por el doctor **Francisco Javier Gil Mikacic**, la abogada **Carolina Mafalda Carvajal Tadres** y **Lilian Silvia San Román Figueiredo**, todos funcionarios de la institución, quienes advertidos por el primero, observaron también la grabación y constataron la existencia de la vulneración sexual en contra de la ofendida, iniciando un sumario contra el funcionario agresor Ángel Falen Morales; resultaron suficientes para acreditar la acusación en la parte de la ocurrencia de la agresión sexual.

Los testigos fueron claros y concordantes, describiendo en la audiencia lo percibido ese día a través del referido video y las imágenes del fotograma, mismos que fueron reproducidos en la audiencia -el video a **Jimmy Herrera (otros medios de prueba N°3)** y el fotograma a **Carolina Carvajal (otros medios de prueba N°2)**- coincidiendo en que el acusado, Ángel Robinson Falen Morales, a la época técnico paramédico del servicio de urgencia del Instituto Psiquiátrico Horwitz, se acercó a la paciente, la víctima de iniciales M.A.Z.M., de 31 años, que se encontraba internada en una cama del sector de urgencias, la sentó en la cama, se bajó el pantalón e introdujo su pene en su boca, sin su consentimiento, todo lo cual fue también constatado por esta sala al ver la grabación ya referida. Las declaraciones de los funcionarios fueron coincidentes entre sí y además los dichos de los testigos Jimmy Herrera y Francisco Gil,

corroborados por la testigo **Gabriela Pérez Garcés**, Subinspectora de la PDI quien les tomó declaración como parte de las diligencias investigativas y las refirió en términos similares.

El testigo, **Rodrigo Alejandro Reyes Avilés**, Comisario de la Brigada de DDHH de la Policía de Investigaciones de Chile, al examen del video destacó que le llamó la atención la condición en que se encontraba la víctima, bajo los efectos de los medicamentos, la apreció desnutrida y desorientada y por otro lado, visualizó al ofensor, que viste su uniforme azul y que realizó este aprovechamiento de la paciente que se veía absolutamente vulnerable.

En síntesis, tanto las declaraciones como el video y fotograma exhibidos, resultaron aptos para establecer que **existió la agresión sexual, una violación bucal, en la persona de M.A.Z.M** en los términos descritos en la acusación fiscal, ocurrida el **día 3 de febrero de 2019, aproximadamente entre las 14.30 y 15.00 horas, en el sector de internación de pacientes de urgencia** del Instituto Psiquiátrico Doctor José Horwitz Barak, ubicado en la comuna de Recoleta.

Constatando entonces la existencia de una penetración bucal no consentida a la víctima, por parte del agresor, cabe destacar que ella constituye una modalidad de aplicación de tortura en cuanto con ella se inflige un sufrimiento o dolor grave a la ofendida, de índole sexual.

En efecto, la violación como expresión más grave de ataque a cualquier persona en el ámbito íntimo de la libertad sexual, no puede sino ser concebido como un padecimiento severo que provoca dolor y sufrimiento a quien debe soportarlo. Esta valoración resulta evidente, más allá de la perspectiva individual, sino que también desde una perspectiva social, pues respecto de la valoración objetiva de los dolores o sufrimientos *“tales actos deben ser considerados -jurídico-socialmente- como graves. Esto es, los dolores o sufrimientos deben ser importantes, trascendentes, destacados o profundos. En consecuencia, para ser considerada como tortura, el acto desplegado por el sujeto activo debe ser valorado como de una importancia, envergadura o alcance tal que sea capaz de generar objetivamente un sentimiento de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización en el sujeto pasivo. Ello, como el resultado directo y causal de actos intencionales que le produjeron dolores o sufrimientos físicos, sexuales o psíquicos.”* (Durán, Consideraciones, *op. cit.*, página 218).

En concordancia con ello, y por citar jurisprudencia más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo reiterado en Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, sentencia de 28 de noviembre de 2018, precisando que la violación configura tortura: *“182. Asimismo, siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del derecho penal internacional como en el derecho penal comparado, este Tribunal ha considerado que la violación sexual es cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por superficial que sea, en los términos antes descritos...La Corte entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual. 183. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima. Además, esta Corte ha*

*resaltado cómo la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.”*

Lo anterior puede sostenerse específicamente en este caso, desde que la víctima se encontraba en condiciones de privación de sentido e incapacidad de oponerse, genera un daño grave, de envergadura e inmediato, al consistir en una instrumentalización y cosificación de la persona, de la que derivan consecuencias posteriores que son manifestación de este dolor o sufrimiento causado.

Así, **la agresión sexual** cometida en la persona de M.A.Z.M la afectó en la esfera de su sexualidad y en la esfera síquica, lo que se respaldó en diversos medios de prueba, entre ellos, los peritajes que le fueron realizados, en aplicación del Protocolo de Estambul, instrumento estandarizado y reconocido internacionalmente para evaluar a las personas que refieren haber sufrido tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La doctora **Ana Toro Cepeda**, concluyó que se estaba ante un acto de tortura sexual, coincidiendo con la perito sicóloga, **Cynthia Díaz Romero**. La primera refiere que al estar con contención farmacológica la paciente no tiene el recuerdo de la situación de agresión sexual sufrida y se entera tiempo después, cuando su médico le informa que fue víctima de una violación por un funcionario de urgencias. Su primera reacción es no creer lo que le cuentan. Después de esta fase de negación, la víctima refiere sufrir pesadillas, tiene conductas de evitación para no revivir y retroceder al momento en que se entera de la agresión, presenta taquicardias y otros síntomas que la hacen llegar a la conclusión que sus síntomas corresponden a un estrés post traumático provocado por la agresión sexual sufrida. Advierte que aunque la paciente no tiene un recuerdo del momento de la agresión, pues se encontraba sedada y con compromiso de conciencia, es capaz de reconstruir esta vivencia. A su turno, la perito sicóloga **Cynthia Díaz Romero** describió que en el caso de la peritada se manifiesta un daño psicológico tremendamente importante, tanto así que posterior a este evento traumático su afectación la llevan a cometer dos intentos de suicidio. En síntesis, refieren que la violación que sufrió Macarena, es un acto intencional, realizado dentro de un recinto hospitalario del Estado y el ejecutor de dicha violación es un agente del Estado, un funcionario público en el ejercicio de su profesión. El ofensor tenía conciencia y pleno conocimiento que dada la condición en que se encontraba, ella era incapaz de oponer resistencia alguna. Concluye que este conjunto de elementos hace que esta agresión se configure como un caso de tortura sexual contra esta mujer, que indudablemente le afecta no solo en la esfera de su sexualidad sino también se traduce en un padecimiento psíquico y emocional cuyos efectos y sintomatología se mantienen hasta el presente.

De igual modo, el relato de los padres de la afectada de cuenta del profundo daño y afectación de ella y su entorno inmediato, grupo familiar. Así **Juan Carlos Z.A.**, refiere que a los pocos días de internar a su hija, lo llamaron del hospital para informarle que estando su hija sedada, el sujeto le introdujo su pene en la boca. Comenta que llevó a su hija porque estaba enferma, intoxicada por el consumo de pasta base, sin embargo ahora se pregunta quién está más enfermo, si su hija o esa otra persona que la atacó sexualmente. Refiere que M. no supo inmediatamente lo que le había ocurrido, esperaron un tiempo a

que estuviera mejor para decirle. Ella al principio no lo creyó, después cayó en una depresión y finalmente entendió que lo que le contaron era real. Refiere que luego de salir del hospital, la ingresaron a una residencia para su tratamiento en Peñaflores, lo que se corrobora con el Certificado de Residencia de Tratamiento de la Comunidad Restauración Chile (**prueba documental N°1**) que consigna que la paciente M.A.Z.M. ingresa a la comunidad terapéutica el 20 de noviembre 2019 y cuyo tratamiento se estima con una duración de 14 a 16 meses en modalidad residencial.

En cuanto al estado actual de la ofendida refirió que “está inquieta por el juicio, tiene miedo; el fin de semana reciente quebró un ventanal y saltó desde el segundo piso de la casa.” A su turno, **Ximena Gabriela M. A.** coincidentemente relata que internaron a su hija porque estaba con problemas por el consumo de drogas. A los pocos días de la internación la llamaron del hospital y le comunican que Macarena había sido abusada por un paramédico. Dice que no entendía lo que había sucedido, “fue horrible pues llevó a su hija para que la ayudaran y es violada por una persona que trabajaba allí.” Explica que cuando se enteró de lo acontecido tuvo una sensación de rabia, de odio; le faltaba el aire para respirar. Refiere que en esa época su hija pesaba sólo 40 kilos; estaba muy mal; no se explica como el ofensor sintió placer con eso si su hija se veía tan insignificante. La víctima le dijo que no entendía por qué hicieron eso con ella. Añade que “desde que pasó la agresión M. ha estado muy mal, empezó con pesadillas, se muestra muy inquieta con la realización del juicio, teme encontrarse con esa persona.” Refiere que el día anterior al inicio del juicio, su hija se lanzó del segundo piso de su domicilio, razón por la que no comparece a la audiencia.

Por todo lo dicho el tribunal sostiene que **se acreditó que en el caso se infligió a M.A.Z.M. dolores y sufrimientos graves de carácter sexual**, a través de un acto constitutivo de violación bucal, por el sujeto activo ya determinado, **afectando al bien jurídico “integridad moral”**, entendiéndose por éste, la unicidad de cada ser humano y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona lo que implica respetar la inviolabilidad de su conciencia y darle un trato acorde a su condición de persona, lo que impide ser rebajado o degradado a una condición inferior.

### **c) Aspectos subjetivos del tipo penal de tortura (art. 150 A)**

#### **El Dolo.**

Entendido el dolo como “*el conocimiento del hecho que integra el tipo, acompañado de la voluntad de realizarlo o, al menos, por la aceptación de que se sobrevenga el resultado como consecuencia de la acción voluntaria*” (Cury, Derecho Penal, parte general, página 303), el tribunal estimó que el acusado obró dolosamente en la realización del delito, en cuanto infligió *intencionalmente* a M.A.Z.M. dolores o sufrimientos graves, sexuales, a través de una violación bucal, esto pues se trató de una acción propia, voluntaria y con claro conocimiento de su significación y reprochabilidad, desde que configura una invasión en la esfera corporal e íntima de la víctima que objetivamente genera afectación grave y que subjetivamente no podía ser desconocido por el agresor, en cuanto resulta ser para la legislación, la

forma más intensa de atentado en el ámbito de la sexualidad, respecto de una persona particularmente vulnerable que estaba a su cuidado.

En esta parte, resulta pertinente relevar de la prueba las siguientes consideraciones que constituyen indicios que permiten inferir el dolo con que se obró.

En primer lugar se debe señalar que la presencia del imputado en la sala en que permanece la víctima no era regular. El Jefe de Urgencias, Francisco Gil afirmó al observar el video que ese día Falen estaba a cargo de la sala 4, de allí que su presencia en la sala 3, donde permanecía la ofendida, fue por otra razón.

Si volvemos al análisis del video, llama la atención que este muestra una secuencia de conductas del acusado que culminan con la violación.

Existe un primer episodio observado en que el ofensor hace que la víctima lo estimule, llevando la mano de la mujer hacia su pene. Se ve previamente que la paciente sale de la pieza, arrastrando los pies, de una manera errática. Luego vuelve tomada del brazo del técnico paramédico. En este momento el baja la baranda de la camilla y la sienta. Mueve su brazo y su mano izquierdas hacia la mano derecha de la paciente, mientras su propia mano derecha se encuentra apegada a su cuerpo en dirección hacia sus genitales. Todo esto de espaldas a la cámara y dentro del box o espacio destinado a esa camilla, como ocultándose. Luego se aprecia lo que se consideran como movimientos masturbatorios de la mano de la paciente en su pene o al menos el contacto con dicho órgano sexual. Al retirar su cuerpo y alejarse el ofensor aún se puede apreciar la mano derecha de la paciente que queda como enrollada o levemente cerrada, en el ademán de tomar algo, pero ahora sin contacto con el pene. Luego él mira hacia la otra paciente que se encuentra tras un muro divisorio. No se pudo distinguir ningún diálogo porque el video no registra audio.

Después de este episodio el paramédico recuesta a la paciente, la tapa y sube la baranda del catre clínico. La paciente queda en la cama, sentada en un estado ido, ausente.

El ofensor sale de la habitación brevemente y regresa. Esta vez vuelve donde la ofendida y le baja sin razón aparente la baranda de la cama clínica, porque ahora se acerca a la cama de la paciente que permanece al otro lado del muro separador, con medidas de seguridad en brazos y piernas y le recoge la almohada desde el suelo y le sube un poco las frazadas porque está descubierta. Sin embargo, estas acciones aparecen como mecánicas, descuidadas y poco prolijas pues de inmediato vuelve a la cama de la ofendida y la sienta -recordar que previamente había bajado las barandas-. Con su mano derecha le toma bruscamente la cabeza a la paciente, la baja del mismo modo y la posiciona a la altura de sus genitales. Introduce su mano izquierda en su pantalón en un gesto dirigido claramente a sacar su pene. Él se encuentra de pie frente a ella. En el video se ve como realiza movimientos continuos, de arriba hacia abajo con la cabeza de la paciente y luego de un momento la retira de su pene y la vuelve a acostar en la cama. Finalmente, se acomoda la ropa, toca su pene que se aprecia erecto bajo su pantalón y sale del lugar.

La observación de esta secuencia, evidencia **el actuar doloso del acusado**. Él sabía y quería realizar la conducta consistente en la violación bucal, desde que en primer lugar ingresó a la pieza de la paciente y comenzó a interactuar con ella sin necesidad de terapéutica o de asistencia evidente; realizó una secuencia de actos para conseguir su objetivo, es decir, primero buscó su excitación haciendo que la ofendida lo masturbara y luego regresó para obligar a que la paciente le practique sexo oral; lo hizo aprovechando que no había otros funcionarios presentes, intentando ocultarse dentro del box, como se aprecia del video; actuó a pesar de la existencia de las cámaras y aunque no puede afirmarse que conocía su disposición allí, por ser un funcionario antiguo y por la manera en que se posicionó dándole la espalda es posible que lo supiera y que estuviera consciente que aquellas no eran revisadas regularmente, pues debe recordarse que el hallazgo se produce de manera causal, a propósito de una denuncia que involucraba a otra paciente.

De todo lo dicho, resulta claro el obrar doloso del acusado en cuanto conocimiento y voluntad de realización de la conducta constitutiva de aplicar tortura, esto es, de infligir dolores o sufrimientos graves de carácter sexual a la ofendida, mediante la penetración bucal en el contexto explicado, sin perjuicio que aún resta por abordar el siguiente elemento subjetivo del tipo penal.

**Razón de discriminación: por sexo y estado de salud.**

Previamente preciso es advertir que el concepto de tortura descrito en el art. 150 A inciso 3º considera cuatro intencionalidades del sujeto activo. Las tres primeras corresponden a tres finalidades: 1) de obtener de ella o de un tercero, información, declaración o una confesión; 2) de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido; y 3) o de intimidar o coaccionar a esa persona.

Distinta a todas las anteriores es la cuarta mencionada. Aquí ya no se habla de finalidades, sino de **actuar en razón de una discriminación** fundada en motivos que explicita.

De allí entonces que mientras las tres primeras obedecen a un propósito o fin, la última, por la cual el tribunal emitió su veredicto condenatorio, se refiere a realizar un acto “a causa de o debido a” lo que se complementa con la palabra discriminación. Por lo tanto, lo que sanciona el legislador es que el sujeto activo inflige el dolor o sufrimiento grave a causa o debido a una discriminación, que como ya se indicó en el veredicto en el presente caso es de género y estado de salud.

En cuanto al género, sin perjuicio de lo que se indicará posteriormente, donde se realiza un análisis legal y jurisprudencial de cómo las mujeres han sido discriminadas a través de la historia y de cómo los Tribunales Internacionales han sancionado aquello calificándolo de tortura. Cabe recalcar que de la prueba rendida en este proceso ha quedado claro que el imputado comete el delito aprovechando que su víctima es una mujer, para lo cual, resulta ilustrativa la pericia elaborada por la abogada **Lidia Casas Becerra**, quien luego de examinar los antecedentes -en especial el video- refiere que lo que se evidencia en él es un menosprecio por la persona y no solo por parte del agente estatal sino también de la Institución misma. Hace notar que respecto a los privados de libertad o los que padecen enfermedades

mentales existe un exacerbamiento de la violencia también institucional. En este caso hay un contexto que promueve y facilita una condición de desidia que se manifiesta directamente en la actitud personal del agente estatal respecto de aquella mujer que es sometida por parte del imputado a este tipo de agresión. La víctima en este caso cumple con todas las características de interseccionalidad: es una mujer, desnutrida, con apenas 39 kilos, en situación de calle por su drogodependencia. Además se trata de una mujer que no cuenta casi con redes de apoyo o sólo con una red muy básica. Acota que se trata aquí del menosprecio por una mujer especialmente vulnerable no solo por parte del ofensor también por parte del Estado que omite conductas de cuidado que como garante le corresponden.

Sobre esto último y aún a riesgo de ser reiterativos, el Tribunal advierte que si bien se probó que la Institución tenía cámaras de seguridad para el resguardo de las pacientes graves del sector de urgencia, también quedó claro que éstas no se revisaban regularmente. De modo que si no existe un control o una revisión periódica de este medio de resguardo su finalidad se incumple, ocurriendo los casos como el que nos ocupa, que como dijimos fue descubierto solo por casualidad.

**Refiriéndonos especialmente ahora a la discriminación por el estado de salud**, de igual modo los deberes de cuidado que le correspondían en su calidad de paramédico y la especial vulnerabilidad que padecía esta víctima, pues por sus competencias técnicas es esperable que tuviera conocimiento del diagnóstico de ésta, de la enfermedad y cuadro que padecía e incluso de los fármacos que se le administraban en su permanencia en la unidad de urgencia en que se desempeñaba.

Los antecedentes respecto al estado de salud general de M.A.Z.M. fueron reportados por el médico **Francisco Gil** y complementados por la ficha de la paciente. Refiere el doctor Gil que M. estaba cursando cuadros psicóticos que se daban en el contexto de un abuso prolongado de pasta base de cocaína y alcohol. Describe que era una paciente sumamente enflaquecida, desnutrida, en muy malas condiciones generales. Lo cual coincide plenamente con lo registrado en su ficha clínica (**documental N°2**) incorporado mediante su lectura. Se especifica que ingresó en modalidad no voluntaria y que requiere contención física y farmacológica (sedación).

De lo anterior no solo se desprende **las malas condiciones generales de salud** en que ingresó la paciente, sino que **el estado sicótico** en que se encontraba M. le impedía además conectarse con el medio, tenía una incapacidad para ejercer sus funciones psíquicas y motoras y que por lo demás, **estaba medicada**. La agresión sexual de que fue víctima se produce en esas condiciones y bajo sedación farmacológica, como expresamente se consigna en la ficha médica.

Este estado es aprovechado por el ofensor quien omite los deberes de cuidado que le correspondían en su calidad de paramédico y conoce la especial vulnerabilidad que padecía esta víctima, pues por sus competencias técnicas es esperable que tuviera conocimiento del diagnóstico de ésta, de la enfermedad y cuadro que padecía e incluso de los fármacos que se le administraban, de allí entonces que se establece que el ofensor conocía la especial vulnerabilidad de esta víctima y por ende actuó en razón de una discriminación por el estado de salud de la víctima.

Finalmente, una conclusión. Si entendemos que discriminar quiere decir dar un trato distinto a las personas que en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos, es posible considerar que todas las persona pueden ser objeto de discriminación; sin embargo aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja -por alguna circunstancia- son quienes la padecen en mayor medida. Esto ocurrió en el caso de M., era mujer, padecía una enfermedad psiquiátrica, estaba medicada, con compromiso de consciencia, internada involuntariamente y además era pobre, según se acreditó de las pericias citadas. Quedó acreditado que a M. no se le trató de acuerdo a su condición de persona, sino que por el contrario, sufrió un trato que la degradó a una condición inferior que calificamos como tortura y que en este caso se dio en el contexto sanitario.

#### **d) Agravación de la conducta (art. 150 C).**

Que corresponde también referirnos a las especiales circunstancias en que se encontraba la paciente internada, lo que permite la aplicación del art. 150C del C. P. Recordemos según lo declarado por el **doctor Francisco Gil** que la paciente fue ingresada por su familia a raíz de una grave situación de consumo de drogas y fue internada involuntariamente con diagnóstico de trastorno psicótico debido al uso prolongado de múltiples drogas y una desnutrición calórico-proteica. Se encontraba con compromiso de consciencia. Más allá de la medicación que le fue suministrada, benzodiazepina, el mismo doctor señaló que observaba su evolución médica porque la medicación podía desencadenar otros estados mas graves en la paciente debido a su precario estado general de salud. Que el comprometido estado de consciencia de la paciente también podía apreciarse a simple observación de sus manifestaciones exteriores. En el video se aprecia su caminar dificultoso y errático, su aparente somnolencia, su mirada perdida evidenciando su confusión.

Que en estas condiciones de salud precarias, internada en el sector de urgencia involuntariamente, evidentemente la paciente se encontraba al cuidado de este personal, y en este caso concreto, ese preciso día bajo el cuidado y control del paramédico de urgencias Ángel Falen Morales.

En las circunstancias de salud descritas y mientras la ofendida se encontraba internada y medicada, estado que por supuesto el acusado conocía en razón de su profesión y funciones, procedió a violarla bucalmente, con pleno conocimiento que aquella no se encontraba en condiciones de asentir, rechazar u oponerse a dicha acción.

Que la conducta desplegada por el técnico paramédico constituye una grave transgresión a sus funciones de asistencia y cuidado de los pacientes de la unidad de urgencia por cuanto su actuar fue contrario a los deberes que le impone su cargo en específico y su deber funcionario que le impone su calidad de empleado público al interior de esta institución pública sanitaria.

#### **III. Hecho acreditado, calificación jurídica y participación.**

La prueba de cargo tal como ha sido analizada permitió tener por establecido que :

*“El día 31 de enero de 2019, M.A.Z.M. de 31 años, ingresó a internación de urgencia al Instituto Psiquiátrico Dr. José Horwitz Barak, comuna de Recoleta, afectada de un cuadro sicótico y de agitación psicomotora severa por privación de consumo de drogas y desnutrición. En estas condiciones, encontrándose la paciente M.A.Z.M bajo sedación farmacológica, el día 3 de febrero de 2019, aproximadamente entre las 14:30 y las 15:00 horas, el técnico paramédico Ángel Robinson Falen Morales, funcionario del servicio de urgencia, se acercó a la paciente que se encontraba en una de las camas del recinto hospitalario, le tomó la mano y la colocó sobre su pene, conminándola a efectuarle actos masturbatorios. Luego la sentó en la cama, se bajó el pantalón y le introdujo su pene en la boca sin su consentimiento.*

*Una vez que la víctima recuperó la conciencia y fue informada de lo acontecido, se generó en ella un grave sufrimiento por haber sido agredida sexualmente en circunstancias que se encontraba en un estado de extrema vulnerabilidad por motivos de salud y bajo custodia estatal.”*

Que el presupuesto fáctico descrito configura el delito **consumado de tortura previsto en el artículo 150 A en relación al artículo 150 C del Código Penal**, como se analizará mas extensamente en lo que sigue.

Que de la misma prueba analizada se establece sin duda alguna la **participación de Ángel Robinson Falen Morales en calidad de autor**, toda vez que su imagen quedó retratada en el video ya citado, siendo reconocido por los funcionarios del Hospital ya indicado.

**QUINTO:** Que, como se anunció precedentemente, los hechos descritos constituyen para estos jueces el **delito de Tortura del artículo 150 A, en relación al 150 C, ambos del Código Penal**. Cabe hacer presente que para dotar adecuadamente de contenido al actual artículo 150 A y 150 C, el tribunal ha tenido presente que la normativa citada nace al alero de la modificación introducida por la Ley 20.968, del año 2016, la cual recoge una serie de tratados internacionales, ratificados por Chile, algunos de larga data, que han sido aplicados por los Tribunales Internacionales y que sin duda constituyen una guía indispensable a la hora de construir e interpretar el tipo penal que nos convoca.

Es así como, sin entrar en discusiones sobre el carácter legal o constitucional de los instrumentos referidos, lo cierto es que ya en la moción parlamentaria que da origen al tipo penal en comento se consignó aquello al manifestar los congresistas que: *“la principal fuente relativa al delito de tortura está contenida en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, sin perjuicio que se ha hecho mención a ella y regulado en otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos facultativos, etc. Chile adhirió a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entrando en vigencia el 26 de noviembre de 1988; sin embargo, su ratificación fue realizada con importantes reservas que dificultaron su incorporación plena a nuestro derecho interno, como consecuencia de las prevenciones que adoptó la dictadura de Augusto Pinochet para evitar que dicho instrumento pudiera ser aplicado a los hechos ocurridos durante el período 1973-1990. Si bien algunas de esas reservas ya se han eliminado, a través*

*de la recepción en nuestro derecho interno de la Convención a través de la Ley N° 19.567, el estado actual de nuestra legislación referente a la tortura aún no cumple con los estándares internacionales sobre la materia. En vista que ya han transcurrido casi 26 años desde la entrada en vigencia del Convenio y siendo inaceptable que la tortura se encuentre normada en los términos actuales sin que se recepcionen adecuadamente los principios contemplados en el Convenio, se hace indispensable hacer las modificaciones legislativas correspondientes. Lo anterior se hace más urgente aún considerando nuestra historia reciente, la experiencia vivida en Chile producto de una dictadura cívico-militar que violó de manera sistemática los derechos humanos, y cuyos autores en muchos casos, gozan de total impunidad.”*

Es así como en la tramitación de la Ley, en el Segundo Informe de comisión de Derechos Humanos, el abogado Sr. Madariaga del Ministerio de Justicia *“destacó la necesidad de poner en práctica en Chile un sistema de prevención de la tortura, según se comprometió el país hace algunos años. Se trata de impedir que las personas detenidas sean torturadas, sea en lugares públicos o privados, como podrían ser en este último caso los hospitales psiquiátricos, las clínicas de drogo dependientes, por citar algunos ejemplos,”* encontrándose en este documento la incorporación de los actos de connotación sexual (como forma de tortura) recogiendo dicha modalidad que ya había sido tipificada por el Estatuto de Roma.

A nivel jurisprudencial, la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N°5.499-2019, señaló que: *“Por ello es que explican coherentemente que la modificación legal introducida por la dictación de la Ley 20.968, surgió precisamente ante la necesidad de conciliar la legislación nacional con los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile que regulan la materia. En particular, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, que define tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”* Y agrega que *“No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”*

*96°.- Que, el fallo consigna en su análisis, que el inciso tercero del nuevo artículo 150 A, define a la tortura en términos prácticamente idénticos a los de la Convención.”*

*Es así como en doctrina nacional ha indicado el profesor Mario Durán, en su artículo “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido” que: “con la reforma en comento el panorama respecto del bien jurídico protegido ha cambiado notablemente. Desde una perspectiva cuantitativa, puede afirmarse que se han ampliado los valores y/o los ámbitos valorativos que se pretenden proteger a través de estas figuras. Ello, porque claramente ahora no sólo se protege la libertad o la seguridad de los ciudadanos sino también la vida, la integridad*

*física, la indemnidad sexual y la no discriminación de las personas, sea por ideología u opinión política, por raza o etnia, culto, identidad de género, entre otras motivaciones. Sino también, desde una perspectiva cualitativa, puede argumentarse que lo que se ha producido es la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido al catálogo de nuestro Código Penal, por una legislación influenciada positivamente por normas del Derecho penal internacional y por la aplicación extensiva de lo establecido tanto en el inciso 3° del art. 19 n° 1, en cuanto a la prohibición de aplicación de cualquier apremio ilegítimo, y el inc. 2° del art. 5, ambos de nuestra Constitución Política.”*

Afirma posteriormente el autor que el bien jurídico protegido es la **integridad moral** la que se ha definido y caracterizado como: *“el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, esto es, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona, lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior”* (Arroyo, Luis, et al, (Dir), Comentarios al Código Penal, Madrid: lustel, 1997. p.41).

De esta manera, teniendo claro el bien jurídico tutelado por la norma, esto es la integridad moral, debemos realizar un doble examen de la misma, toda vez que si bien se cumple con el sujeto activo de ésta, ya que se probó la calidad de funcionario público del acusado, tenemos que determinar si su actuar fue en razón de una discriminación fundada en motivos tales como el sexo, identidad de género, estado de salud o la situación de discapacidad, que ha invocado el Ministerio Público y la querellante. Sobre aquello ilustrativo resulta la jurisprudencia tanto de la Corte Penal Internacional, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ya desde el año 1992 (la primera por casos de Ruanda y de la Ex Yugoslavia) como en el año 2006, la segunda en la causa Castro Castro con Perú, han calificado hechos similares en el tipo penal de tortura, entendiendo que se configura el delito aún en la presencia de un solo hecho, siempre y cuando el mismo sea cometido en un actuar discriminatorio fundado en una de las causales indicada.

De esta forma puede resumirse que: *“La doctrina vigente de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los hechos de violencia sexual puede resumirse de la siguiente manera: i) la resistencia física no es consustancial al delito de violencia sexual, ii) se constata una evolución en la protección de los derechos humanos de la mujer, en razón de que, más que proteger la integridad física, se protege el derecho a la autonomía sexual, iii) cuando la violencia sexual sea cometida por agentes estatales o con su aquiescencia o por su instigación se calificará como tortura, iv) es posible que en los casos de violencia sexual la declaración de la víctima contenga imprecisiones en la narración.”* (Bustamante, D., “Estudio Jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, V. 44, p.501)

A lo anterior, se debe añadir lo indicado por los acusadores y por las pericias oídas en estrados en cuanto a los antecedentes que otorgan contenido al concepto discriminación, así no puede desconocerse el

primer factor invocado esto es el género, efectivamente en este proceso la víctima es una mujer, indicando la perito siquiatra que según cifras de la OMS estadísticamente una de cada cinco mujeres es víctima de una agresión sexual, en cambio en los hombres la brecha aumenta a uno de cada diez. De esta forma, la ONU en su *“Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19”* señala *“16. La violencia por razón de género contra la mujer puede constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante en determinadas circunstancias, en particular en los casos de violación, violencia doméstica o prácticas tradicionales nociva. En ciertos casos, algunas formas de violencia por razón de género contra la mujer también pueden constituir delitos internacionales”* y por último la *Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belém Do Pará”* en su artículo 1 señala *“para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”* Por lo tanto, y en base a todas las normas internacionales vigentes y la jurisprudencia referida no cabe ninguna duda para esta sala de que la acción del encausado la cometió en razón de que la paciente era mujer, prueba de ello es que el mismo doctor Francisco Gil manifestó en su declaración que no había recibido denuncias similares contra el encartado realizada por hombres pacientes de ese recinto hospitalario, donde se desempeñaba preferentemente. Si bien, algunos podrían pensar que cada vez que un funcionario público agrede sexualmente a una mujer es tortura, cabe responder que la propia ONU ha asentado ya el año 1992 que *“la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada constituye una violación a sus derechos humanos.”*

A mayor abundamiento la misma Corte Penal Internacional en el caso contra Ruanda señaló que: *“Al igual que la tortura la violación se usa para propósitos como la amenaza, la degradación, la humillación, la discriminación, el castigo, el control o la destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es una agresión de la dignidad personal y constituye una tortura cuando la comete un funcionario público u otra persona con puesto oficial o instiga a alguien para que la cometa o da su consentimiento (párr. 597).”* Y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Castro Castro con Perú* ha manifestado que *“la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse la comisión de actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u de otros objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril (párr. 310).”*

Ahora bien, además de discriminar por género, dable es afirmar que concurren otras causales de igual importancia y que esta sala debe visibilizar, tales como que la afectada era una mujer que padecía una enfermedad mental, no sólo por su historia de vida, sino que puntualmente fue ingresada al recinto asistencial por encontrarse en un estado sicótico, producto de su dependencia a la pasta base de cocaína; además pertenece a una minoría históricamente oculta y estigmatizada, los enfermos mentales y

personas agudamente adictas a las drogas, lo que redundaba en la poca credibilidad que la sociedad les concede, como lo expresó el perito psiquiatra en estrados. Estos factores eran plenamente conocidos por el hecho y los utilizó para obtener la impunidad en su actuar, prueba de ello es que el hecho sólo se devela por una revisión casual de las cámaras de seguridad.

Por último, concurre también como factores de discriminación que se trataba de una persona no sólo enferma y medicada, sino que en condiciones físicas deplorables, en estado de desnutrición y que además es pobre, como lo expresa el perito Casas. Todo lo cual la reviste de una mayor vulnerabilidad.

**SEXO: Agravante del artículo 12 N°8 del Código Penal, desestimada.**

Por tratarse de un delito con un sujeto activo especial la Sala **desestima** la concurrencia de la agravante del artículo 12 N°8 invocada, esto es prevalecerse del carácter público que tenga el culpable por cuanto hacerlo implicaría una doble valoración vulnerando el principio del *non bis in idem*, atendida que la calidad de funcionario público que detenta el acusado **es una circunstancia considerada en la descripción del tipo penal de tortura**, del artículo 150 A del Código Penal.

**SÉPTIMO: Resuelve alegaciones de la defensa.**

Conforme a las razonamientos y decisiones expresadas previamente, corresponde hacerse cargo de las alegaciones de la defensa del acusado, en forma separada y específica, con el objeto de facilitar su comprensión.

**I. Prueba que debe desestimarse.**

La defensa reclamó en su alegato de clausura que el tribunal no considerara como una prueba válida para fundar su decisión, la exhibición del registro audio visual de una entrevista realizada a la víctima por la Fiscalía en dependencias del Ministerio Público, durante la etapa de investigación.

En efecto, se coincide con la defensa que dicha declaración de la afectada, corresponde a un medio de prueba de aquellos que el artículo 334 del Código Procesal Penal prohíbe expresamente que se rindan en juicio oral. Ahora, a modo excepcional, si quisiera admitirse su incorporación bajo las hipótesis de las letras a) en relación a la letra e) del artículo 331 del mismo código, esto es, testigo que por alguna incapacidad u otro motivo difícil de superar no pueda declarar en juicio oral, sobreviniente con posterioridad a la preparación y dictación del auto de apertura de juicio oral, lleva razón la defensa en subrayar que se requiere prueba de la concurrencia de tal causal, debate previo y resolución del tribunal, tal como dicha letra e) indica, cuestión que no aconteció en el juicio.

Ahora, ya que la prueba venía ofrecida en el auto de apertura y por ende, no fue excluida en la etapa intermedia, el tribunal está obligado a recibirla e incorporarla al cúmulo de antecedentes rendidos durante la audiencia, pero ello no impide que a la hora de valorarla individualmente se le reste mérito para sustentar los hechos que se juzgan. Esto, atendido que la prohibición general que la afecta, se funda en falencias que inciden directamente en su fiabilidad como medio probatorio, al tratarse de un testimonio obtenido en una oportunidad y sede distinta al juicio oral, que no ha sido sometido a contradicción alguna mediante la participación de la defensa -por ejemplo, para controlar la sugestión o plantear sus propias interrogantes-, y que por ello está distante de la reglas procesales que la regulan, respetuosas del debido

proceso, que establecen la forma en que debe producirse y rendirse la prueba testimonial, en conformidad con los artículos 296 y 329 del mismo cuerpo legal.

Así las cosas, esta prueba fue desestimada, por su escasa fiabilidad, de la valoración de los medios que sustentan las decisiones expresadas en esta sentencia, como puede verificarse de la lectura de los razonamientos precedentes. Sin perjuicio, ello no ha constituido un obstáculo para la acreditación de los hechos, conforme se ha razonado previamente, puesto que otras probanzas, algunas de ellas que incluyen relatos de la víctima dados en otras instancias y a otras personas, se rindieron al efecto y permitieron superar el estándar probatorio que en lo fáctico rige la decisión del tribunal.

## **II. Sobre la eventual calificación de los hechos como constitutivos de abuso sexual.**

También sobre los hechos, como se ha dicho, la sala ha desestimado la alegación de la defensa referida a que la prueba era insuficiente para acreditar una violación bucal y que, por ende, las acciones del acusado sólo puedan configurar acciones tipificadas como abuso sexual del artículo 366 del Código Penal. Ahora, de discutirse esta posibilidad el tribunal precisa que sólo podría serlo en la modalidad del inciso 1° de dicha disposición, puesto que la del inciso 2°, erróneamente invocada por la defensa, comprende a sujetos pasivos mayores de 14 y menores de 18 años, que no es el caso de la afectada, mujer mayor de edad.

Aunque esta alegación de la defensa era funcional a que el tribunal no calificara los hechos como delito de tortura, al contrario de lo sostenido por ella, a juicio del tribunal la prueba respaldó de modo suficiente la existencia de una penetración bucal en específico. En efecto, la exhibición del video tantas veces referido, capta el momento del ataque sexual y si bien el acusado da la espalda a la cámara que filma el suceso, la grabación es lo suficientemente clara para apreciar acciones corporales demostrativas de un acceso carnal a la víctima, en condiciones de privación de sentido e incapacidad para oponerse. Así, se aprecia que el sujeto activo primero tomó las manos de la víctima poniéndolas sobre su pene, en un primer episodio, para luego de un breve lapso volver a acometer sobre la víctima, dispuso físicamente del cuerpo de la afectada ubicándola en contacto con su zona genital tomando y bajando su cabeza desde la camilla en que se encontraba, para inmediatamente realizar repetidos movimientos ascendentes y descendentes con ella. Esto, a ojos de todas las personas que vieron las imágenes -personal del hospital que denunció, policías y peritos- impresionaron como claramente indicativas de un acto específico de violación bucal, que culminó con el acusado retirándose del lugar ajustando sus ropas en su zona genital. Como corolario, idéntica fue la apreciación tuvo el tribunal al observar el video exhibido en audiencia.

Al contrario de lo que sostuvo la defensa, de esta prueba, valorada conforme al artículo 297 del Código Procesal Penal pudieron extraerse elementos que sustentan inferencias suficientemente sólidas para afirmar la especificidad del ataque y descartar que lo acontecido sean actos de significación sexual de menor entidad, que no incluyeran dicho acceso.

## **III. Sobre una errónea calificación jurídica de los hechos que la defensa atribuye al Ministerio Público y querellante.**

Señaló el defensor que si la conducta sexual reprochada corresponde a una violación bucal, esta acción concurre como calificante del delito de tortura en el artículo 150 B del Código Penal, que indica que “*si con ocasión de la tortura se cometiere además*” violación del artículo 361 del mismo código (entre otros delitos que enumera y en específico en el numeral 2°), la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. En su concepto no podría ser la misma violación, que configura el tipo calificado, la que a su vez también configure la tortura como delito base del artículo 150 A, sin violar el principio *non bis ídem*; debe tratarse un hecho distinto. En tal sentido, la violación está diferenciada de la tortura y por ende, si las acusadoras pretendían calificar de esta forma los hechos, debieron acusar por el artículo 150 B del Código Penal. Al no hacerlo, el tribunal también está impedido, pues de lo contrario afectaría el principio de congruencia, más aún si no llamó a las partes a alegar sobre el punto, previo al cierre del debate.

Los jueces que suscriben estiman que esta alegación debe ser descartada. En efecto, la figura del artículo 150 B del Código Penal constituye una figura calificada que supone que la tortura esté constituida por la realización de diversos actos, entre los que se pueda distinguir la perpetración adicional de otros hechos que configuren delitos específicos que menciona dicha norma, imponiendo penas mucho más severas. Sin embargo, lo planteado por las acusadoras en este juicio fue distinto, pues versó sobre si una agresión de carácter sexual realizada por un agente estatal -en la modalidad de violación bucal única- podía estar comprendida en el elemento “*infligir dolores o sufrimientos graves de carácter sexual*” y calificarse como delito de tortura del artículo 150 A, si se sumaba a esta la actuación “en razón” de una discriminación y en contexto específico de cuidado del funcionario público respecto de la víctima (artículo 150 C). Esto se ha explicado suficientemente en los razonamientos previos, definiendo y dotando de contenido a cada uno de los elementos típicos, objetivos y subjetivos.

A fin de resolver la alegación de la defensa, resulta útil volver a hacer mención aquí que la tipificación del delito de tortura obedeció al ajuste que se demandaba a la legislación interna para sancionar estos hechos en concordancia con los tratados internacionales de Derechos Humanos vinculantes para el Estado de Chile y que incluyen no sólo los textos y normativas específicas, sino la interpretación y aplicación que de ellos se ha hecho por organismos internacionales, incluidos tribunales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha resuelto expresamente que la violación constituye una forma específica de tortura y que basta un solo evento para configurarla, como en el caso Fernández y otro contra el Estado de México, sentencia de 30 de agosto de 2010 (en el mismo sentido Bustamante Arango, Diana, *La violencia sexual como tortura. Estudio jurisprudencial en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín, Colombia, Vol. 44 No. 121, página 496).

De este modo, el legislador nacional, al momento de incorporar la figura penal, lo hizo en consonancia con estos tratados y la interpretación y aplicación que se les ha dado -que también alcanza a estos juzgadores-, haciendo propio dicho contenido, lo que quedó de manifiesto en la historia de ley, en que se discutió sobre el punto, a propósito de la mención expresa de la violencia sexual como una modalidad de

tortura y que se plasmó al sumar a los dolores o sufrimientos graves físicos y mentales -definición del artículo 1 de la Convención sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes-, la mención al ámbito sexual referida particularmente como una forma de violencia contra las mujeres, tal como lo reconoce la Convención Belém do Para al establecerla como un ámbito distinto de la violencia física y psicológica, lo constituyó una innovación. En efecto, esta especificación aparece por primera vez en el segundo informe de la comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados (Historia de la Ley N°20.968, página 65) y no desaparece hasta la fijación de su texto definitivo. De igual modo se expuso profusamente sobre el sentido de tal expresión, su alcance y la particularidad de la violación como forma de tortura, en consonancia con la interpretación y jurisprudencia de la Corte Interamericana, por ejemplo en la discusión de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado (Historia de la Ley, páginas 127 y ss., exposición de Corporación Humanas; página 145 y ss., exposición del Instituto Nacional de Derechos Humanos; entre otros).

Consecuente con todo lo dicho, en la tipificación de la tortura del artículo 150 A del Código Penal, no se aprecia como exigencia normativa la necesidad de una pluralidad de actos, consideración que sería un resabio del entendimiento del concepto de tortura previo a la modificación del año 2016, a través de la Ley 20.968, en consonancia con los pronunciamientos de la Corte Interamericana, reseñados en esta sentencia.

#### **IV. Sobre los elementos subjetivos del tipo que deben concurrir en concepto de la defensa: dolo específico de torturar y “fin discriminatorio”.**

En cuanto a las alegaciones específicas de los elementos del tipo penal del artículo 150 A del Código Penal, la defensa hizo hincapié en la concurrencia de un dolo específico de tortura, que describió indicando que debe establecerse *“tanto que se violó para torturar, como también con el fin o intencionalidad de discriminar,”* que se descartarían si concurre un ánimo distinto, como el lúbrico. A su juicio la prueba no arrojó comportamientos misóginos o machistas de su defendido y el propósito de discriminar no puede presumirse, porque el sexo es inherente a la condición humana, de lo contrario toda violación de una mujer mutaría en tortura *per se*. Agregó a estos fundamentos, que no existió prueba del sufrimiento o grave daño infligido, distintos de los que por su historia de vida la afectada ya padecía.

No obstante lo dicho, como también expresan los razonamientos anteriores sobre los elementos del tipo penal base de tortura, que en lo referido a la valoración del acto por el cual *“se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos”*, resulta claro que la violación bucal perpetrada por el acusado, como acción propia, voluntaria y con claro conocimiento de su significación y reprochabilidad es la que demuestra el dolo específico de este delito con el que actuó, puesto que constituye una invasión en la esfera corporal e íntima de la víctima que objetivamente genera afectación grave a su indemnidad sexual en una situación de vulnerabilidad. En rigor, de lo que se trata es que el sujeto activo conoce que los actos que inflige ocasionan dicho dolor o sufrimiento grave generando con su conducta un riesgo típicamente relevante para la integridad moral de la víctima, pese a lo cual lo ejecuta.

Este modo de ataque sexual es considerado en la legislación como la forma más intensa de atentado al bien jurídico señalado, dolor o sufrimiento grave que se produce simultáneamente a su consumación. Por lo mismo, como claramente señaló la querellante, en lo referido a la actualidad del sufrimiento, el hecho de que se diera una privación de sentido y una incapacidad para oponer resistencia, que redundan en que la afectada no se percató en el momento de lo que le acontecía, no implica que la afectación a la integridad moral y la dignidad no se haya verificado, pues sería un contrasentido categorizar a las personas según su capacidad para sentir o percibir el acto trasgresor y según ello determinar si causó o no el dolor o sufrimiento grave, razonamiento con el que el tribunal plenamente coincide.

Las consecuencias posteriores detectadas que afectaron negativamente el bienestar de la víctima al tomar conocimiento del hecho y que fueron debidamente pesquisadas mediante la aplicación del Protocolo de Estambul por las perito médica y psicóloga que declararon en juicio, vienen a confirmar que el acto que desde una mirada externa u objetiva constituye una importante -grave- afectación a la persona de la ofendida, desde lo subjetivo o personal se experimenta como una vivencia de dolor y sufrimiento severo. Al respecto, conviene citar lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Favela Nova Brasilia con Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017, en cuanto reconoce que: “255... *la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo...*”. Por lo mismo, pretender que todo el daño y sintomatología de estrés post traumático pesquisada en la ofendida, pudiera explicarse por su historia de vida, corresponde a un razonamiento que no se condice con la prueba rendida.

Ahora, el dolo que reclama la defensa debe alcanzar a todos los elementos del tipo penal, y este concurrió en lo referido al punto recién tratado, al infligir *intencionalmente* el dolor o sufrimiento grave, respecto de una persona que estaba a su cuidado, aprovechando esta calidad que le daba acceso a ella e infringiendo los deberes que como funcionario público encargado de su custodia en un centro hospitalario, le correspondían. Como lo indicó la misma Corte en el fallo recién citado, Favela Nova Brasilia con Brasil: “255. *La Corte reconoce que la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.*”

En tal sentido la concurrencia o no, además del dolo, de un ánimo lúbrico o libidinoso en el accionar del acusado no resulta trascendente en cuanto su presencia no afecta al dolo referido, ni tampoco lo desplaza. Aunque existen opiniones en tal sentido (Durán, Mario, *Consideraciones...op.cit.*, página 232), el tribunal disiente de ellas, puesto que el ánimo lúbrico o libidinoso según opinión dominante siquiera es exigido para configurar la mayoría de los delitos sexuales en específico, entre ellos la violación (Rodríguez Collao, *Delitos Sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, 2014, página 206 y 207). Dicho ánimo lúbrico pudo o no haber concurrido, pero si lo hizo, fue siempre junto al dolo en la ejecución del acto de infligir el dolor o sufrimiento grave, la violación en este caso.

Por último, en lo referido al tipo subjetivo, efectivamente el artículo 150 A inciso 3° del Código Penal, al describir la tortura establece ciertas finalidades o razones que deben concurrir en el sujeto activo. En este punto coincide con las acusadoras y particularmente con la exposición de la querellante en que el tipo penal distingue entre las finalidades de obtención de información, castigo y coacción e intimidación, del actuar “*en razón de una discriminación*”, que dice relación con la motivación del acto, pero que también, como cualquier otro elemento del tipo subjetivo, debe ser establecido apoyándose en la prueba rendida. Recordar que el acto de discriminar opera como la razón, el agente del Estado en este caso actúa porque discrimina, es la motivación del acto. En tal sentido, “*La estimación de los motivos tiene que apoyarse en el sistema de valoraciones dominantes en una comunidad, así como las recoge su ordenamiento jurídico. Y este es justamente el caso de la discriminación, reprobada hace medio siglo por el Derecho internacional.*” (Fornasari y Guzmán Dálbora, *La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia*, Revista de Derecho penal y Criminología, 3° época, No. 13, página 219). Este es precisamente el caso de la violencia contra la mujer, que el Derecho Internacional reconoce como una forma de discriminación, en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Belém do Pará: “*Artículo 6. El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación.*” En el mismo sentido, dicha violencia contra la mujer es reflejo del histórico trato desigual hacia ellas: “*245. La Corte hace notar que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases.*” (CIDH, Favela Nova Brasília con Brasil), que se agudiza en este caso por el estado deplorable de salud que en específico afectaba a esta mujer.

Ahora las menciones de los motivos de discriminación especificados en el tipo penal de tortura operan de modo alternativo, la concurrencia de cualquiera satisface al tipo penal. No basta la concurrencia en la víctima de alguna de estas condiciones para dar por establecida la discriminación, pero estos “*factores son índices de la procedencia de la agravante, suposición que se confirmará con la prueba adicional de que obraron en su función motivadora.*” Fornasari y Guzmán Dálbora, *op. cit.* página 225, en referencia a agravante del artículo 12 N°21 del Código Penal, con menciones similares).

A juicio del tribunal, como ya se dijo, existieron diversos indicadores de la causal esgrimida en este caso, la actuación discriminatoria, particularmente en razón del sexo y el estado de salud, a saber: la condición particularmente desmejorada que presentaba la víctima en el hospital, en un cuadro psicótico, sumado a un deterioro físico que la mantenía hospitalizada de urgencia en un recinto psiquiátrico, congruentes con su ficha clínica, que en tal sentido y por las competencias del acusado, conocía y le eran evidentes, tal como se observó en el registro de imágenes; la cosificación e instrumentalización del cuerpo femenino mediante la vulneración sexual en las condiciones antedichas; el tipo de ataque perpetrado contra la

víctima, no físico, ni psíquico, sino que específicamente sexual, manifestación prevalente de violencia contra la mujer; el abuso de la posición de poder y superioridad que materialmente detentaba el hechor; el trato desconsiderado que éste dispensaba a las mujeres hospitalizadas, que puede inferirse también del video; la suma, a las condiciones de vulnerabilidad ya dichas, también patentes, que constituyen interseccionalidad: mujer pobre, desnutrida, drogo dependiente y en situación de calle previa a una internación forzosa, que la mantenía en ese recinto.

Todas estas variables confluyen para estimar que la actuación del acusado constituyó una manifestación clara de violencia de género que reflejó un especial menosprecio que llevó a cosificar a esta víctima en específico, vulnerando su sexualidad prevaliéndose de su condición de salud que la hacía especialmente vulnerable, verificándose la tortura en razón de una discriminación.

**OCTAVO: Sobre el concurso entre los delitos de tortura y de violación.**

El tribunal desde el comienzo del juicio advirtió que aquí se verificaba la concurrencia de un concurso entre los delitos de tortura y el de violación, lo que explica el llamado que realizó a los intervinientes para que, en sus alegatos de clausura, discutieran expresamente sobre la posibilidad de subsumir los hechos en alguno de estos tipos penales de modo preferente.

Lo anterior considerando que el acto que configura la tortura está determinado por una penetración bucal, en una hipótesis de privación de sentido e incapacidad de oponer resistencia de la víctima, lo que calza con la figura del artículo 361 N°2 del Código Penal. Los restantes elementos del caso, como la situación de cuidado, la calidad de funcionario público y el motivo discriminatorio podrían recogerse sumando las agravantes especiales y genéricas, respectivamente, de los artículos 368, 12 N°8 y 21 del mismo código. Planteado el asunto, el Ministerio Público y la querellante, Instituto Nacional de Derechos Humanos, indicaron que el concurso debía resolverse en favor del principio de especialidad, e insistieron en su postura original de que el disvalor de la conducta del agente estatal que incumple las obligaciones de respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana, no estaría suficientemente reconocida al sumar la agravante genérica que afecta al funcionario público al delito de violación, a lo que debe agregarse el contexto de cuidado en que estaba la víctima, sujeta al poder del funcionario que posibilitó, mediante el abuso de sus facultades, el acceso a ella.

La problemática expuesta se inserta en el ámbito del denominado concurso aparente de leyes penales, entendido como aquél *“en que un mismo o varios hechos pueden ser subsumibles en diferentes tipos legales, pero no se aplican las reglas concursales comunes y, en cambio, se prefiere la aplicación de una sola de las normas concurrentes por la existencia de una relación de especialidad, consunción o subsidiariedad.”* (Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal chileno, parte general*, 2da. edición actualizada, 2021, página 561 y 562). Si bien existe discusión sobre la naturaleza del problema y los criterios para su solución, se ha entendido en general como un problema interpretativo, en el sentido que el caso *“solo será regulado por uno de ellos, pues los demás resultarán desplazados por causas lógicas o valorativas”* (Cury, *Derecho Penal parte general*, 7ma. Edición, 2005, página 667), destacando también posturas que plantean que *“se trata más bien de un problema de aplicabilidad de las reglas de sanción*

*concurrentes y que adscribe la temática a la teoría de la pena” (Maldonado, Sobre la naturaleza del concurso aparente de leyes penales, en Política Criminal, Vol. 15, N°30, diciembre 2020, página 493, en específico sobre la tesis de la interpretación y la tesis de la aplicabilidad).*

Frente a esto, cabe precisar que el tipo penal de tortura comprende en específico: al sujeto activo -agente del Estado, funcionario público -; el dolor o sufrimiento grave que se inflige mediante una agresión sexual -que puede ser una violación como evento único, conforme a la interpretación que le ha dado la CIDH-; la razón discriminatoria que motiva la conducta; la posición de vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo, privado de libertad o bajo custodia o cuidado estatal. Este tipo, como norma de conducta, tendría la ventaja de comprender todas las circunstancias del caso en cuestión que según el legislador deben ser desvaloradas.

Sin embargo, el tipo de violación del artículo 361 N°2 del Código Penal, consideraría con mayor precisión la específica conducta de agresión sexual genéricamente incluida en la tortura y las otras circunstancias relevantes que sí considera la tortura dentro del tipo, podrían adicionarse aplicando tanto la agravante especial del artículo 368 del Código Penal -estar la víctima al cuidado del sujeto activo-, y las genéricas del artículo 12 N°8 y 21 del mismo cuerpo legal, referidas a la calidad de funcionario público y el motivo discriminatorio.

Se suma a lo dicho que el marco penal del delito base de tortura, en relación al artículo 150 C -máximo del presidio mayor en su grado mínimo-, se encuentra contenido por un marco penal más amplio del delito de violación -presidio mayor en su grado mínimo a medio-. Así, la tortura en contextos de privación de libertad o de custodia o cuidado, tendría siempre un marco superior al mínimo de la violación, pero inferior en su margen más severo.

Podría argumentarse además que la especificidad del ataque que supone la violación no está suficientemente reconocida en el delito de tortura, pues en este último cabrían también otras agresiones sexuales de menor entidad, sancionadas con la misma pena. Incluso, si el acto del agente estatal consistió en una violación, sancionarlo como tortura podría determinar un tratamiento privilegiado a su respecto, en comparación a cualquiera otro sujeto activo al que se condenará conforme al artículo 361 N°2 del Código Penal. Por lo mismo el legislador habría valorado la violación como más grave dentro del concepto de tortura y por ello estableció la figura agravada (150 B).

Dado que no podría considerarse la aplicación conjunta de ambos tipos, por redundante, pues el mismo acto o ataque sexual tendría la virtud de satisfacer los presupuestos de ambas normas, de modo específico en la violación y genérico en la tortura, debe preferirse alguno.

A juicio del tribunal, y más allá de cuál pena sea la más grave en concreto, el problema radica en que la elección de cualquiera de los tipos penales no resulta enteramente satisfactoria, desde que la tortura no especifica el particular atentado a la libertad sexual que supone la violación y ésta última, como tipo penal, no comprende el motivo discriminatorio y los deberes de respecto a los Derechos Humanos que el agente estatal infringe.

Precisamente la violación constituye la forma de ataque más intensa contra la víctima en el ámbito sexual, pero no sólo por la *“invasión corpórea a otro”*, sino en cuanto *“la violación expresa también un mensaje de dominación y denigración que termina de dotarla del sentido lesivo que ostenta”* (Cox, Juan Pablo, *El nomen iuris “violación” como demanda reivindicativa. Notas sobre la necesidad de reconocimiento de la agencia sexual de las mujeres*; en *Ius et Praxis*, año 25, N°3, 2019, páginas 317 y 318).

Lo dicho importa una particularidad relevante, un componente adicional frente a la integridad moral protegida en la tortura, entendida como *“un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el sólo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la lata calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto”* (Sentencia del Tribunal Supremo español, 3 de octubre de 2001, ponente Andrés Ibáñez).

Pero, al calificar los hechos como violación, no se estaría valorando dos cuestiones esenciales: el especial reproche al agente estatal que incumple sus deberes de respeto de los Derechos Humanos y la razón discriminatoria que motiva el acto. Sobre ambos aspectos, recordar lo señalado por la Corte Interamericana en el caso *Favela Nova Brasilia con Brasil*: *“245. La Corte hace notar que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”; 255. La Corte reconoce que la violación sexual de una mujer que se encuentra detenida o bajo la custodia de un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente.”*.

Si bien es cierto que la violación podría ser complementada en estos puntos por las agravantes del artículo 12 N°8 y 21 del Código Penal, ellas no reflejan con la misma envergadura las propiedades antedichas, descritas específicamente dentro del tipo penal de tortura, que recoge el concepto desde el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esto se ve confirmado, en opinión del tribunal, por el menor efecto que el propio legislador le concede, en general, a las circunstancias agravantes genéricas a la hora de la determinación de la pena exacta, conforme a los artículos 67 y 68 del Código Penal. Tampoco haría la diferencia, en referencia al contexto de cuidado en que se encuentra la víctima frente al agresor, la consideración de la agravante del artículo 368 del código citado, que si bien en el caso concreto podría ser aplicada, actúa de modo contingente porque la misma no está contemplada para todas la hipótesis de la violación, excluyendo los casos de uso de fuerza o intimidación, entre otros.

Enfrentados a este escenario de decisión, fundado en el principio de especialidad y en todas las consideraciones antedichas, referidas a las propiedades de cada uno de los tipos penales en cuestión y la forma en que se estimó que cada uno los recoge, prefirió la norma que tipifica la tortura, incorporada recientemente en nuestro ordenamiento jurídico, coincidiendo con las acusadoras en que es el tipo que

mejor describe la totalidad de las circunstancias relevantes del caso y enfatiza de mejor forma el reproche específico a los agentes estatales que junto con vulnerar bienes jurídicos de las víctimas -afectando su dignidad e integridad moral, además de su libertad sexual en este caso-, incumplen sus obligaciones para con el respeto de los derechos humanos de las personas con las que interactúan por su función, a lo que se suma el actuar motivado o “*en razón*” de una discriminación, en la doble condición que el caso suponía el sexo y el estado de salud de la afectada. Esto, pues el tribunal comparte lo señalado a continuación en cuanto: “*Los delitos de violencia de género son delitos multi-ofensivos, y en el caso de los delitos sexuales, éstos deben considerarse como una expresión de abuso de poder que implica la supremacía masculina sobre la mujer con el propósito de denigrarla. Por ello, se considera que el delito de tortura sexual no solo afecta al bien jurídico de integridad sexual y/o libertad sexual de la persona, lo cual supone una intromisión en la vida sexual y anula su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, sino además atenta en contra del derecho a vivir libre de discriminación y violencia con base en el sexo y el género, el derecho a la igualdad y no discriminación.*” (Alda Facio y Anya Victoria, *La obligación del Estado frente al fenómeno de la tortura sexual: Ideas preliminares en torno a su tipificación*, página 20).

Lo anterior, pese a la inconsistencia sistemática que en materia de penas pudiera advertirse -que en concreto resulte una pena menor que al sancionar por violación-, cuestión que el tribunal puntualiza aquí para advertir que una solución plenamente satisfactoria requeriría un ajuste, mediante una tipificación más precisa de la tortura sexual que dé cuenta de las diferencias de las distintas formas de vulneración, o una revisión de las penalidades asignadas, para que guarden la debida congruencia y proporción dentro de un mismo sistema.

No obstante, a la hora de determinar el *quantum* específico de la pena, el tribunal puede reconocer el reproche superior que corresponde a la violación frente a otros atentados sexuales que también podrían tipificar la tortura, al recorrer el marco penal y conforme al artículo 69 del Código Penal (Matus y Ramírez, *op.cit.*, páginas 567 y 568) puesto que en un tramo de penalidad establecido por el legislador para un tipo penal son subsumibles una variedad importante de hechos, y ellos a su vez en una infinidad de formas de ocurrencia de acuerdo a cada caso concreto, lo que permite sostener que dentro de ese tramo de penalidad tienen incidencia esas específicas características, pues lo que se valora son circunstancias que el legislador consideró para su subsunción en un tipo penal, entregando a los jueces la decisión sobre la individualización exacta de sanciones.

#### **NOVENO: Audiencia del 343.**

##### **a) Circunstancias modificatorias de responsabilidad penal.**

El **Ministerio Público** incorporó el Extracto de Filiación y Antecedentes de Ángel Robinson Falen Morales carente de anotaciones prontuariales, estimando que le favorece la atenuante de irreprochable conducta anterior, prevista en el artículo **11N° 6** del Código Penal; a lo que **adhiera la parte Querellante** y es **compartido por la defensa**.

El **Tribunal reconoce** -en virtud de los mismos antecedentes incorporados por el persecutor- que favorece al encartado la atenuante prevista en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, de irreprochable conducta anterior

**b) Determinación de la pena.**

El **Ministerio Público** solicitó la pena de diez años de presidio mayor en su grado mínimo y las accesorias correspondientes; a lo que adhirió la **parte Querellante** que funda su solicitud en el grave y prolongado sufrimiento psicológico padecido por la ofendida; la extensión del daño que trasciende a su círculo familiar conformado por sus padres e hijos y las dificultades fácticas de acceso a la salud que se traducen en la imposibilidad de la víctima de volver a recurrir al Instituto Horwitz para la atención médica especializada que requiere.

A su turno **la defensa** pidió se le aplique la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo, en atención a lo dispuesto en los artículos 150 A en relación con el 150 C y considerando que a su representado le favorece una atenuante.

**El tribunal**, para determinar la pena a aplicar tendrá presente que el artículo 150 A, establece la sanción al autor del delito en el marco de presidio mayor en su grado mínimo, sin embargo por aplicación del artículo 150 C que ordena excluir el mínimo de la pena, se reconduce al tribunal al tramo de la mitad superior del grado.

A su vez, se debe tener presente que en el tramo *máximo* de la pena, favorece al sentenciado la minorante del artículo 11 N°6 del Código Punitivo, esto es su irreprochable conducta anterior, por lo que esta sala se encuentra impedida de sancionar al acusado con la pena requerida por las acusadoras en atención a lo dispuesto por el artículo 67 del Código Penal.

De esta manera, en este escenario, para establecer la pena en concreto estos jueces tendrán en consideración que este recorrido debe realizarse siguiendo las directrices que entrega el artículo 69 del Código punitivo, que dispone: *“Dentro de los límites de cada grado el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito”*.

La doctrina nacional ha reconocido en esta norma una nueva apreciación global o conjunta de las modificatorias *“haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto de la situación enjuiciada unitariamente”* (Cury, Enrique, *Derecho penal, parte general*. Ediciones Universidad Católica de Chile, séptima edición, marzo 2005, página 770). Así, se estima que la fijación del quantum exacto de pena debe ser proporcional a la magnitud del delito, esto es, a la *“intensidad del reproche y magnitud del injusto”*, lo que implica aceptar que criterios culpabilísticos sean considerados en la determinación exacta y concreta de la pena, vía circunstancias modificatorias, aunque se advierte que ello debe conciliarse con evitar una violación de la prohibición de doble valoración (Rudnick, Carolina, *La compensación racional de circunstancias modificatorias en la determinación de la pena*, Lexis Nexis, primera edición, abril 2007, página 430). Se advierte entonces que tanto el ilícito como la culpabilidad *“son conceptos graduables, y el*

*paso decisivo de la determinación de la pena es definir su gravedad” (Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, primera edición, página 107).*

Podemos decir entonces que, efectivamente, en un tramo de penalidad establecido por el legislador para un tipo penal son subsumibles una variedad importante de hechos, y ellos a su vez en una infinidad de formas de ocurrencia de acuerdo a cada caso concreto. Esto permite sostener que dentro de ese tramo de penalidad tienen incidencia esas específicas características del hecho concreto, pues lo que se valora son circunstancias específicas que el legislador ha abarcado para su subsunción en un tipo penal, pero quedó entregado al juez la decisión sobre individualización exacta de sanciones en cuanto a su cuantía -y naturaleza en algunos casos-, y para ello la ley lo obliga a valorar nuevamente las modificatorias concurrentes y la extensión del mal causado por el delito.

De lleno a lo que nos convoca, en la presente causa debe valorarse que dentro de los ataques de índole sexual, el realizado por el acusado es el de mayor entidad frente a otros subsumibles dentro del concepto de dolores y sufrimientos graves que configuran la tortura. Además impresionó a esta sala el total desprecio en su actuar del acusado, ya no sólo fundado en los motivos de discriminación por género, condición de salud o pobreza de la víctima que sirvieron para tener por establecida la ocurrencia del tipo penal, sino en valores de humanidad a las que todos estamos obligados, y especialmente un agente del estado respecto de las personas con las que, en razón de su función, interactúa. Agrava la situación las posteriores consecuencias del hecho, esto es el daño causado a M.A.Z.M. que persiste hasta hoy.

Por lo tanto, resulta proporcional a la magnitud del daño generado por el delito una pena de **ocho años y seis meses** de presidio mayor en su grado mínimo.

**DÉCIMO: Determinación de huella genética.** Atendido lo dispuesto en la ley que crea el Sistema Nacional de Registro de ADN y su reglamento, habiéndose condenado al sentenciado por el delito de tortura, previsto en el artículo 150 A del C.P., se ordena al SML determinar su huella genética, previa toma de muestra biológica. Diligencia que deberá efectuar coordinado con Gendarmería de Chile. Cumplido lo anterior, se ordena al SML ingresar la Huella Genética determinada, al Registro de Condenados administrado por el Servicio de Registro Civil e Identificación para su incorporación y correspondiente eliminación del registro de imputados si correspondiere.

**UNDÉCIMO: Costas.** No se condenará en costas al sentenciado por estar privado de libertad -situación que se prolongara un tiempo más en virtud de la pena que se le impone- lo que hace presumir la carencia de recursos para satisfacerlas.

Por estas consideraciones y teniendo presente lo dispuesto en los artículos 1, 3, 5, 7, 11 N°6, 12 N°8, 15 N° 1, 18, 21, 28, 50, 68, 74, 79, 80, 150 A incisos 1° y 3°, 150 C, y demás normas pertinentes del Código Penal; y artículos, 45, 46, 47, 130, 259, 295, 296, 297, 323, 325, 339 y siguientes del Código Procesal Penal; ley 20.968; artículo 17 de la ley 19.970; artículos 19 N°1 inciso 3°; art. 5 inc. 2°, de la

Constitución Política de la República; Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; Convención Interamericana Para Prevenir y sancionar la tortura; Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belém Do Pará; y demás normas pertinentes, **SE RESUELVE:**

**I. CONDENAR** a **ÁNGEL ROBINSON FALEN MORALES** , como autor del **delito de tortura** previsto y sancionado en el artículo 150 A en relación al artículo 150 C, del Código Penal, en la persona de la víctima de iniciales M.A.Z.M, ocurrido el día 3 de febrero de 2019, al interior del Servicio de Urgencia del Instituto psiquiátrico Doctor José Horwitz Barak, ubicado en la comuna de Recoleta, de esta ciudad, a la pena de **ocho (8) años y seis (6) meses de presidio mayor en su grado mínimo** y accesoria legal de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.

**II.** La pena corporal impuesta deberá cumplirse de manera **efectiva** una vez que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, **abonándosele** todo el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa, **quinientos treinta y seis (536) días** a la fecha de lectura de este fallo, según certificación de ministro de fe del Tribunal.

**III. Sin costas**, como se dijo en el motivo último de esta sentencia.

**Regístrese la huella genética** del sentenciado **Ángel Robinson Falen Morales** conforme lo resuelto en el considerando pertinente y ofíciase al efecto al SML de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Ejecutoriada esta sentencia y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 468 del Código Procesal Penal y 113 del Código Orgánico de Tribunales, remítase copia autorizada de la misma, con certificado de encontrarse ejecutoriada, al Juzgado de Garantía correspondiente para su cumplimiento.

Devuélvase la prueba incorporada. Notifíquese a los intervinientes.

Regístrese y hecho archívese.

Sentencia redactada en conjunto por los jueces de la sala, Nancy Alvarado González, Claudia Camus Hidalgo y Raúl Díaz Manosalva.

**RIT : 178-2020.**

**RUC : 1900166462-2.**

**CoCODIGO DELITO : (225).**

Pronunciada por la Sala del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de esta ciudad, presidida por don **Raúl Díaz Manosalva** e integrada por doña **Claudia Danae Camus Hidalgo** y doña **Nancy Alvarado González**, jueces titulares los dos primeros y suplente la última.

Confeccionó la presente acta don Iván Pavez Flores, dejando constancia que es solo un resumen de lo obrado, encontrándose íntegramente en los siguientes registros de audio:

 1900166462-2-1245-210524-00-02- INICIO.Lect.Sentencia.178-2020