



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal- Versión IX

**EL NUEVO DELITO DE TORTURA FRENTE A LA NOCIÓN DE SUFRIMIENTOS
PSÍQUICOS EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

MELISSA MEZA MADARIAGA

16.840.163-9

JAVIER CONTESSE SINGH

SANTIAGO, 13 DE SEPTIEMBRE 2019

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto revisar la regulación del delito de tortura en el marco de la Ley N°20.968 a fin de evaluar, sobre dicha normativa, la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a título de tortura o de apremios ilegítimos al funcionario público que, en el marco de un proceso penal, ocasiona sufrimientos psíquicos a niños, niñas o adolescentes, específicamente, a propósito del modo en cómo se interroga a las víctimas en la instancia de preparación de juicio oral.

Para ello, se hará mención al marco regulatorio del Derecho Internacional como fuente normativa sobre la cual se construye la figura típica del delito de tortura, así como el sistema de especial protección de la niñez y adolescencia, desde donde además surge para el Estado de Chile el deber de especial protección respecto de niños, niñas y adolescentes. Sobre dicha base normativa, será posible dilucidar cómo nuestro sistema punitivo sanciona el delito de tortura, así como también la relación de gravedad que lo vincula con el delito de apremios ilegítimos; aspecto que, de no ser posible la imputación de responsabilidad a título de tortura, servirá como criterio diferenciador para orientar dicha imputación a título de apremios ilegítimos.

Palabras claves: Tortura, apremios ilegítimos o tratos crueles inhumanos o degradantes, niños, niñas y adolescentes, funcionario público y sufrimientos psíquicos.

Abstract

This dissertation aims to review the regulations on the crime of torture within the framework of Law 20.968 in order to evaluate the possibility of attributing criminal liability, under the title of torture or unlawful restraints, to the civil servants that, in the context of criminal procedures, psychologically distress girls, boys or teenagers specifically when interrogating the victims in preparation for an oral trial.

To this end, the International Legal Framework will be quoted as a regulatory source on which both the typical figure of the crime of torture and the system for the special

protection of childhood and adolescence are built. Not to mention that from the latter surges the duty the State of Chile has to protect girls, boys and adolescents.

Thereunder, it will be possible to elucidate how does our penalty system sanction the crime of torture as well as the gravity relation that links it to the crime of unlawful restraints. This aspect, in the eventuality a liability imputation for torture is not possible, will still contribute as a differentiating factor to direct such imputation under the title of unlawful restraints.

Keywords: Torture; Unlawful restraints or cruel, inhuman and degrading treatments; Girls, boys and teenagers; Civil servants; Psychological distress.

Índice

Resumen	i
Introducción	1
1. Marco Normativo	3
1.1 Derecho Internacional como origen de la regulación del delito de tortura y del Derecho de la Niñez y Juventud.....	3
1.2 Relación entre Derechos Fundamentales y Derecho Penal: el ejercicio del ius puniendi.	11
1.3. Distinción entre la tortura como delito de lesa humanidad y el tipo penal del artículo 150 A del Código Penal Chileno.	16
1.4. Análisis de la génesis del tipo penal de tortura y de apremios ilegítimos al tenor de la Ley N°20.968.....	21
1.4.1. Análisis de la gravedad como criterio diferenciador entre la tortura y apremios ilegítimos.....	31
1.4.2. Análisis de la Cláusula Exclusión. Los actos legítimos de la autoridad.	39
1.4.3. Hipótesis común del art. 150 D y 255 CP: especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.	43
2. Análisis de la estructura típica del artículo 150 A del Código Penal.	46
2.1 Conducta Típica	46
2.2. Sujeto Activo	49
2.3. Sujeto Pasivo	50
2.4. Tipo Subjetivo	50
2.4.1. Análisis de los elementos Subjetivos del Delito de Tortura.	53
2.5. Bien jurídico Protegido	57
2.5.1. Calificación de la tortura como delito pluriofensivo.....	57
2.5.2. Reflexiones en torno a la libertad como bien jurídico lesionado por el delito de tortura, con la finalidad de obtener una confesión, información o declaración de la víctima.	61
3. Sufrimientos psíquicos en la víctima: Consecuencias a corto y largo plazo.	66
3.1. Sufrimientos psíquicos como hecho traumático y su relación con el delito de tortura.	66
3.2. Fundamentos de la atribución de responsabilidad penal con ocasión del daño psicológico provocado a las víctimas en el marco del interrogatorio realizado por un funcionario público. ¿Tortura o apremios ilegítimos?	83

Conclusión..... 89
Bibliografía..... 92

Introducción

Tanto el delito de tortura, así como el sistema de protección de la niñez y juventud poseen como elemento en común el marco normativo que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha cimentado, y cuyo principal contenido viene dado por diversos tratados internacionales, tales como la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Así, tales tratados internacionales proporcionan la base normativa sobre la cual es posible construir la regulación jurídica a nivel nacional del delito de tortura, así como del sistema de protección de niños, niñas y adolescentes. Todo lo cual es posible advertir en la regulación que ofrece el Art. 150 A y 150 D del Código Penal en relación al delito de tortura y apremios ilegítimos respectivamente, normativa que conforme se demostrará a lo largo del presente trabajo, ha sido construida sobre la base del derecho internacional.

Ahora bien, cabe señalar que el delito de tortura aun cuando su definición por la legislación interna no se condice en términos expresos con aquella ofrecida por el derecho internacional, su injusto cuenta con la presencia de elementos en común, especialmente en lo que dice relación con la noción de sufrimientos físicos, psíquicos o sexuales que con ocasión de la tortura se ejercen sobre la víctima.

El presente trabajo se enmarcará en la noción de sufrimientos psíquicos que configuran el delito de tortura, específicamente cuando ellos son ocasionados a niños, niñas y adolescentes -en adelante NNA- víctimas de delitos violentos, en el marco de los interrogatorios que realizan funcionarios públicos en la etapa previa a la audiencia de juicio oral, con el fin de preparar su participación en dicha instancia.

Sobre la base de dicho contexto, la tesis que se postula en el presente trabajo, dice relación con afirmar que los casos en que niños, niñas y jóvenes participan del interrogatorio realizado por abogados querellantes a cargo de su representación en el

proceso penal, son instancias que podrían ser constitutivas -en principio- de dos tipos penales, a saber, el delito de tortura y el delito de apremios ilegítimos de los Arts. 150 A y 150 D del CP, respectivamente.

Para ello, se realizará en un primer momento mención al Derecho Internacional a fin de sentar fundadamente el origen normativo de la regulación del delito de tortura, así como del sistema de protección de la infancia y adolescencia en el derecho internacional de los derechos humanos, con la alusión además a los tratados internacionales atinentes en la materia y que son además referentes normativos para el ordenamiento jurídico chileno.

Posterior a ello, se hará alusión a la regulación que el sistema jurídico chileno entrega al delito de tortura, a fin de profundizar en el análisis en torno a la estructura típica del mismo, así como en la tipificación del delito de apremios ilegítimos regulado en el art. 150 D del CP. Análisis que además comprenderá los fundamentos en torno al bien jurídico protegido y la revisión de los argumentos que la doctrina ha sostenido en relación a la afectación de la libertad cuando la finalidad pretendida con la tortura es la obtención de una confesión, información o declaración.

Finalmente, sobre la base de tales planteamientos y lo argumentado en torno a la relación de gravedad que existe entre el delito de tortura y los apremios ilegítimos será posible afirmar que, si bien la atribución de responsabilidad penal a título del delito de tortura presenta ciertas dificultades en relación a la exigencia de los elementos del tipo penal, ello no excluye la posibilidad de afirmar la configuración del delito de apremios ilegítimos al tenor del Art. 150 D del Código Penal.

1. Marco Normativo

1.1 Derecho Internacional como origen de la regulación del delito de tortura y del Derecho de la Niñez y Juventud.

Tanto el delito de tortura, como el derecho de la niñez y juventud, encuentran en el Derecho Internacional el principal cuerpo normativo sobre el cual se construye la regulación actual de la tortura y el sistema de protección de la infancia y adolescencia. De esa forma, el Derecho Internacional, y específicamente los tratados internacionales vigentes en la materia, se constituyen como cuerpos normativos vinculantes para cada uno de los estados que suscriben dichas normas, asumiendo a su respecto deberes y obligaciones que garanticen el cumplimiento de la normativa internacional.

A propósito del delito de tortura, “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prohíbe, en todo tiempo y circunstancia, la tortura y consagra en términos absolutos el derecho a no ser sometido a tortura”¹. Para efectos de dicha prohibición, cabe mencionar que el Derecho Internacional materializa dicho mandato a través de los tratados internacionales de los cuales derivan deberes y obligaciones para los Estados partes. Así, “a través de la ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los gobiernos se comprometen a adoptar medidas y leyes internas compatibles con las obligaciones y deberes dimanantes de los tratados”².

En el marco del Derecho Internacional, existen diversos tratados en materia de tortura que disponen no sólo la prohibición absoluta en torno a su aplicación, sino además, definiciones de la misma, así como orientaciones que a su respecto los estados partes deben considerar a fin de cumplir con el estándar internacional. Así, “la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, UNCAT), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la

¹ ANDREU – GUZMÁN, Federico. La Prohibición de la Tortura y El Derecho Internacional. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. p. 34

² NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS El Derecho Internacional de los Derechos Humanos [en línea] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationalallaw.aspx> [consulta 12 de febrero 2019]

Convención Europea (CEDH) y Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), son tratados internacionales que establecen con claridad la prohibición absoluta de los Estados de ejecutar actos u omisiones que puedan constituir tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”³.

Ahora bien, pese a la extensa gama de tratados que versan sobre la tortura, es del caso subrayar que la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes –en adelante UNCAT por su sigla en inglés- y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura –en adelante CIPST-son tratados que ofrecen una definición de la tortura así como la obligación esencial – en lo que dice relación con este apartado - dirigida a los Estados partes de tipificar el delito de tortura y de aplicar sanciones ante la infracción de dicha disposición.

Sobre esa afirmación, es que González Ampuero ha señalado en torno al origen de la obligación de tipificar el delito de tortura que “en el caso del Estado chileno dicho deber jurídico se encuentra explícitamente consagrado en la UNCAT y en la CIPST”.⁴ Específicamente, el artículo 4 de la UNCAT, dispone que:

1. “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.”⁵

³ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. La Tortura En Chile: Estado actual desde la reforma procesal penal. Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile [en línea] Santiago, Chile

<http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2015/INFORME%20COMPLETO%202015.pdf> [consulta 12 de febrero 2019]

⁴ GONZÁLEZ, Felipe. Tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estado y desafíos. *Revista Tribunal Constitucional* (3): 71- 89, 2014. Pp. 73, 74.

⁵ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.

Asimismo, la UNCAT además de establecer en forma expresa dicho deber de tipificación, se encarga también de entregar un concepto de tortura, reconociendo además la prohibición categórica en torno a la misma, prohibición que trasciende a cualquier situación incluso excepcional en la que se encuentren los estados “tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”⁶. Ello, resulta coherente con el reconocimiento que las Naciones Unidas realiza, afirmando que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes, es un tratado internacional de derechos humanos, cuya aplicación además está sujeta a la supervisión de un organismo en específico, el Comité contra la Tortura –en adelante CAT-.

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, se encarga también de establecer explícitamente el deber de los Estados por prevenir y sancionar la tortura⁷. Para lo cual consagra una serie de disposiciones de carácter obligatorio para los estados partes, entre ellas, el deber de tipificar la tortura como delito en la normativa interna de cada Estado, señalando al respecto que “los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad”⁸.

Asimismo, en torno al carácter absoluto de la prohibición de la tortura, dicha convención hace suya también tal mandato, enunciando en su artículo 5 la inadmisibilidad de toda circunstancia, situación de hecho o cualquier otra circunstancia personal del ser humano que justifique la comisión de actos de tortura, reforzándose así el carácter absoluto e imperante de la prohibición de la tortura, ya reconocido en la UNCAT.

Ahora bien, con el fin de reforzar la idea en torno al carácter absoluto de la prohibición de la tortura, cabe hacer mención a la fundamentación que el mismo Derecho Internacional ofrece en relación a dos nociones propias de su estructura jurídica. Al respecto, Federico Andreu – Guzmán, reconoce que el carácter absoluto de la

⁶ Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.

⁷ Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985.

⁸ Ibid, Art. 6.

prohibición de la tortura, reconduce a “dos nociones nucleares del derecho internacional: normas imperativas, o *jus cogens*, y obligaciones *erga omnes*”.⁹ A propósito de lo cual, señala que “la noción de *jus cogens* se refiere a aquellas normas imperativas del derecho internacional general, que son de naturaleza obligatoria y vinculantes, independientemente de la existencia de un vínculo contractual entre los estados”¹⁰, precisando que “el concepto de *jus cogens* significa que existen algunas normas tan fundamentales para la comunidad internacional que los Estados no pueden derogarlas”.¹¹

A su vez, respecto a las obligaciones *erga omnes*, el autor las define señalando que “se refieren a aquellas que son exigibles a todos los Estados y por todos los Estados”¹². Así, teniendo presente ambas nociones, es posible observar que, respecto de ciertas materias, el derecho internacional reconoce parámetros de exigibilidad inamovibles e imperantes por sobre la jurisdicción de cada estado miembro, de lo que a la vez derivan obligaciones correlativas para cada ordenamiento jurídico quienes no solo han de ejecutar dicho mandato, sino a la vez, se le reconoce la facultad de poder exigir a la comunidad de estados miembros, la misma obligatoriedad. En ese sentido, se ha reconocido que “la prohibición absoluta de la tortura es una norma de *jus cogens*”¹³, y que a nivel institucional también goza de reconocimiento en tanto “la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha calificado la prohibición de la tortura como una norma de *jus cogens*”.¹⁴

De lo sostenido hasta ahora, es posible afirmar que en lo que respecta a la regulación del delito de tortura, existe un innegable reconocimiento y especial preocupación de parte del Derecho Internacional por establecer criterios básicos para su tratamiento.

Así, los tratados internacionales en la materia se configuran como principal fuente jurídica sobre la cual se crea la regulación de la tortura, la que además encuentra sustento en nociones básicas del derecho internacional, tal como lo es el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Todo lo cual contiene especial significancia en lo que

⁹ ANDREU – GUZMÁN, Federico. La Prohibición de la Tortura y El Derecho Internacional. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. 33-87. p.36.

¹⁰ Ibid, p. 37.

¹¹ Ibid, p 37.

¹² Ibid, p.42.

¹³ Ibid, p. 40.

¹⁴ Ibid, p. 41.

respecta a la tortura, al desprenderse de ellas estándares de inexcusable obligatoriedad, evidenciando la relevancia del carácter absoluto de su prohibición, especialmente por tratarse de los derechos humanos del individuo.

Por otro lado, en lo que respecta al sistema de protección de la niñez y juventud, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, configuran el marco normativo dentro del cual se estructura la especial protección de los derechos de niños y jóvenes, así como los deberes y obligaciones para cada uno de los estados parte.

Al respecto, cabe mencionar que dicho marco normativo resulta altamente coincidente con aquel previsto para el delito de tortura ya referido en párrafos anteriores. Situación que como se podrá evidenciar, dice relación con la génesis que tanto el delito de tortura como el derecho de la infancia y adolescencia encuentran en el derecho internacional, cuyo contenido y regulación versan, coincidentemente, sobre derechos humanos.

Ahora bien, cabe señalar que, desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Estado de Chile en 1990, surgen una serie de obligaciones y mandatos de amplia cobertura hacia nuestro ordenamiento jurídico que llevan como trasfondo el cambio de paradigma en torno a la mirada respecto de la niñez y adolescencia. Ese cambio de paradigma, implicó la transición de un “sistema irregular o de necesidades” hacia un sistema de enfoque de derechos, dicho de otro modo, el paso en que los niños, niñas y adolescentes dejan de ser mirados como “menores” para ser visualizados efectivamente como sujetos de derechos.

Lo anterior, tiene relación con la afirmación de que el sistema irregular ofrece una visión del NNA como objeto de protección, visión a través de la cual se facultaba al Estado a intervenir en la vida de cada NNA sin atender a su calidad de persona, sino más bien, a su condición de “menor”. Así, “El fundamento de esta doctrina radica en que la categoría “infancia” no designa un campo social homogéneo, ya que en su interior se producen grandes diferencias entre los que tienen acceso a las condiciones de vida mínimas y los que no. Estos niños excluidos, considerados “los demás” se transforman

en “menores” y en el objeto principal de esta doctrina. Para ellos se construye todo un aparato institucional que abarca legislación, instituciones, juzgados y demás”¹⁵.

Es en ese contexto en que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño - en adelante CDN - marca un hito importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia debido a que consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral, frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia¹⁶. De ese modo, es que la doctrina de la protección integral “se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza”¹⁷.

Acorde lo anterior, es posible afirmar que, desde la ratificación de la CDN en 1990, los niños, niñas y jóvenes del Estado de Chile, son sujetos de derechos y con ello, titulares de todos y cada uno de los derechos fundamentales reconocidos en dicho Tratado Internacional, así como en la Constitución Política de la República.

Ahora bien, cabe precisar que el reconocimiento al que se hace referencia, conlleva una labor adicional en lo que dice relación con la protección, ejercicio y efectividad de tales derechos. Pues ello se traduce no solo en reconocer la calidad de sujeto de derecho, sino además que los NNA gozan de una especial protección en razón de la etapa vital en que se encuentran, que los posiciona como un grupo vulnerable y merecedor, por tanto, de especial cuidado y protección.

En ese sentido, Campos García ha señalado que “esta esfera de protección especial tiene su fundamento en las condiciones especiales del niño como sujeto de derecho, aunado a la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño, así como su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de

¹⁵ CAMPOS, Shyrley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*: 355, 2009.

¹⁶ *Ibid*, p. 352.

¹⁷ *Ibid*, p. 357.

exigibilidad, que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y que por tanto justifica la adopción de medidas especiales”.¹⁸

Así, es que, en torno al reconocimiento de la especial protección respecto de los niños, niñas y adolescentes, surge en el Derecho Internacional todo un sistema de protección de la niñez y adolescencia, construido sobre la base de la dignidad de los NNA como seres humanos, titulares además de todos y cada uno de los derechos fundamentales reconocidos a la persona.

Respecto a la construcción de dicho sistema, desde una mirada histórica, ya la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948 se constituyen como antecedentes normativos que sientan las primeras bases en torno al reconocimiento de la especial protección de niños y adolescentes. Luego, fue la Declaración de los Derechos del Niño – aprobado en 1959 por los estados miembros de las Naciones Unidas – la que reconozca expresamente que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”¹⁹, fijando a su respecto diversos principios orientadores en dicha materia.

Posteriormente, fue en 1989 cuando las Naciones Unidas aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, tratado internacional de derechos humanos que “busca promover en el mundo los derechos de los niños y niñas, cambiando definitivamente la concepción de la infancia”²⁰. Tratado que por lo demás, fue ratificado por el Estado de Chile en 1990.

A mayor abundamiento, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (promulgado por el Estado de Chile en 1976), dispone en su artículo 24 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de

¹⁸ Ibid, p. 358.

¹⁹ Declaración de los derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre 1959.

²⁰ UNICEF [en línea] <http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/> [consulta 13 de febrero 2019]

protección que su condición de menor requieren, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.²¹

Adicionalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – promulgado por el Estado de Chile en 1989 mediante Decreto 326- en su numeral 3, artículo 10, reconoce también el trato especial que ha de proporcionarse a los niños y jóvenes. En torno a ello, dispone que “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.²²

Finalmente, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que contempla en su artículo 19 un apartado titulado *Derechos del Niño*, mediante el cual dispone que, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.²³

Conforme la serie de antecedentes mencionados en el presente apartado, es posible evidenciar y afirmar la idea en torno a que el Derecho Internacional es la principal fuente de origen sobre la cual se articula la normativa del delito de tortura, así como el sistema de protección de la niñez y juventud, siendo así el referente de regulación para todos los Estados que han suscrito tanto la UNCAT así como la CDN.

De ese modo, los estados miembros que suscriben dichos tratados, asumen obligaciones al tenor de dichos instrumentos, debiendo cumplir con los estándares internacionales impuestos, adecuando para ello su normativa interna en lo que sea necesario a fin de dar cumplimiento a dicho mandato internacional. Mandato que por lo demás, adquiere especial importancia para el Derecho Internacional, el que reconoce

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.

²² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3 de enero de 1976

²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 22 de noviembre 1969.

tanto en la normativa de la tortura, así como en la relativa a los derechos de la niñez y adolescencia, la protección de derechos humanos del individuo, de cuya regulación derivan, en términos de Bascuñán Rodríguez, *deberes supralegales de punición* propios del Derecho Internacional de los derechos humanos.²⁴

Hacer mención a tales deberes supralegales de punición, amerita detenerse en la relación existente entre los derechos fundamentales y el derecho penal sostenida por el profesor Antonio Bascuñán y cuyo análisis clarifica la comprensión acerca del origen de las obligaciones impuestas al estado de Chile cuya fuente se encuentra en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre supuestos de categórica prohibición, específicamente en las que respecta a los deberes de tipificación y sanción en torno al delito de tortura.

1.2 Relación entre Derechos Fundamentales y Derecho Penal: el ejercicio del *ius puniendi*.

El estudio de la relación que existe entre Derechos Fundamentales y Derecho Penal, sugiere hacer mención al concepto del nuevo paradigma de los derechos fundamentales elaborado por Antonio Bascuñán, por el cual hace referencia al cambio de rol que poseen tales derechos en relación con el ejercicio del *ius puniendi*.

Desde esa perspectiva, cabe hacer la pregunta introductoria relativa a cuál es la fundamentación sobre la cual se justifica la afectación de derechos fundamentales a propósito del ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

En torno a dicho planteamiento, Bascuñán Rodríguez ha sostenido una interesante argumentación sobre la base de las denominadas condiciones de justificaciones, cuya insatisfacción conlleva la ilegitimidad de la afectación de derechos por parte del *ius puniendi*. En ese sentido, señala como condiciones formales de justificación, entre otras, aquellas originadas de garantías concretas que derivan del principio de legalidad, así como también del principio de culpabilidad y proporcionalidad, entendido este último, como *“un principio de legitimación prospectiva conforme a la racionalidad de los fines, que incluye el examen de la adecuación y necesidad de la pena como medio de control*

²⁴ Véase BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia (9): 2007.

*social, y la preponderancia del fin de protección respecto de la naturaleza y cuantía de la pena*²⁵

Ahora bien, a propósito del principio de proporcionalidad resulta pertinente hacer una detención, pues en virtud de dicho principio es posible sustentar la relación con el cambio de paradigma al que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

Bascuñán Rodríguez, a propósito del paradigma clásico de los derechos humanos señala que “los derechos fundamentales constituyen el marco normativo para el control judicial del ejercicio del *ius puniendi*”²⁶, siendo de ese modo, “límites del derecho penal.”²⁷ Situación que en relación al principio de proporcionalidad, configura – o al menos permite desprender - su aplicación como prohibición de exceso, en tanto el poder punitivo posee un límite hasta donde puede ser ejercido, límite que en este caso, está definido por los derechos fundamentales. En ese sentido, “el Estado legislador debe justificar el ejercicio de la potestad punitiva conforme a las exigencias de racionalidad prospectiva articuladas por el principio de proporcionalidad”²⁸.

Asimismo, el autor señala que “el *habeas corpus* es el arreglo institucional más obvio de control del *ius puniendi* en la medida en que la privación de libertad es el modo primario de su ejercicio, tanto en lo que respecta a las normas punitivas como al proceso penal”²⁹, y que , “el desarrollo del marco normativo supralegal ha producido también en ese ámbito el surgimiento de estándares materiales de control del *ius puniendi*”³⁰, sin perjuicio de que, “los estándares materiales de mayor aliento, se encuentran en los principios de culpabilidad y proporcionalidad”³¹.

Ahora, en el entendido de que el paradigma clásico postula a los derechos fundamentales como límites al Derecho Penal, en el nuevo paradigma, “el *ius puniendi* no es un peligro, sino un medio de protección de los derechos fundamentales”³². Por

²⁵ Ibid, p. 2.

²⁶ Ibid, p. 2.

²⁷ Ibid, p. 2.

²⁸ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *La Potestad Punitiva del Estado y el Sistema Punitivo Estatal*. p. 15

²⁹ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. *Derechos Fundamentales y Derecho Penal*. Revista de Estudios de la Justicia (9): 2007. p. 2

³⁰ Ibid, p.2.

³¹ Ibid, p.2.

³² Ibid, p. 3.

tanto, de ellos, “ya no se derivan prohibiciones de su ejercicio, sino deberes de punición”³³

En ese nuevo escenario, es posible formular la hipótesis en torno a que, en el nuevo paradigma de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad ya no opera como prohibición de exceso, sino, como prohibición de defecto. Pues, “en este nuevo discurso, no es el ejercicio del *ius puniendi* sino su omisión lo que pasa a quedar sujeto a control judicial, debido a la postulación del deber de punición”³⁴

Así, es posible desprender que, al ser los derechos fundamentales una especie de “motor” del Derecho Penal, en tanto mecanismo de protección de los mismos, surge a su respecto una suerte de autorización para sancionar la afectación de los derechos fundamentales, como reflejo de un deber de punición. Situación, que no deja de ser controversial y amerita de precisión, principalmente en lo que respecta a los deberes de punición.

En relación a lo complejo que resulta afirmar sin más la postulación de deberes de punición, es que el nuevo paradigma es objeto de diversas críticas, que vuelven cuestionable establecer su posicionamiento como paradigma actual propiamente tal.

Para efectos de fundamentar el ejercicio del *ius puniendi* respecto de los derechos fundamentales, o, dicho de otra manera, la relación entre los derechos fundamentales y el merecimiento de pena³⁵, el autor reconoce la posibilidad de asumir normas de comportamiento a partir de una norma de derecho fundamental. Todo lo cual, en términos generales, deriva en la afirmación en torno a que “la sanción no es una consecuencia imputable sin más a la infracción de una norma de comportamiento”³⁶, sino que, “la sanción es la afectación de un interés relevante del destinatario de una norma de comportamiento, imputada como consecuencia de su infracción”³⁷. De lo cual, además, se desprende la funcionalidad existente entre dicha norma y la sanción, en tanto ésta “es una forma de asegurar la vigencia de una expectativa normativa”³⁸

³³ Ibid, p.3.

³⁴ Ibid, p.3.

³⁵ Ibid, p. 54.

³⁶ Ibid, p.57.

³⁷ Ibid, p. 57.

³⁸ Ibid, p. 57.

Dicha afirmación es fundamental y coherente con la fundamentación de la aplicación de deberes de sanción, pues dicha funcionalidad entre la norma de comportamiento y la respectiva sanción, “significa que la afirmación de un deber de sancionar a partir del reconocimiento de un deber de establecer una norma de comportamiento, se basa en el principio de proporcionalidad. Esto quiere decir, que la existencia de un deber de prestación normativa implica únicamente una autorización para el establecimiento de sanciones, subordinada siempre a la prohibición de exceso”³⁹.

Ello es reflejo entonces de una mayor intensificación en la prohibición de exceso, pues la proporcionalidad debe siempre imperar en lo que respecta a la afectación de derechos fundamentales.

Sin embargo, dicha situación se ve alterada al menos en principio, cuando el fundamento de la sanción tiene origen en mandatos supralegales de punición, como ocurre con el derecho internacional de los derechos humanos, en donde existen “deberes explícitos de punición”⁴⁰. Pues, “en todos estos casos, la existencia de un mandato explícito de punición es un prejuzgamiento afirmativo de la cuestión político-criminal del merecimiento de la pena. Un Estado que incorpora estos mandatos en su ordenamiento jurídico pierde su prerrogativa de determinación de la selección del medio de satisfacción del fin de protección de esos intereses”⁴¹.

Eso ocurre con los mandatos de sanción en torno a la tortura, cuyo origen está en el derecho internacional de los derechos humanos, siendo la UNCAT uno de los principales tratados atinentes en la materia, y que dispone explícitamente el deber de tipificar la tortura, así como de sancionar todo acto constitutivo de la misma, señalando incluso deberes precisos en torno a la seriedad de dicha sanción, al tenor de que “Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.”⁴²

Finalmente, retomando lo señalado a propósito del cambio de paradigma, específicamente aquello relativo al deber de punición que deriva de los derechos

³⁹ Ibid, p. 58.

⁴⁰ Véase BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. Revista de Estudios de la Justicia (9): 2007. p. 59.

⁴¹ Ibid, p. 60.

⁴² Véase Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.

fundamentales en relación al *ius puniendi* como medio de protección de éstos, dicho paradigma no deja de ser pertinente en el análisis respecto a la tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes o abuso contra particulares del art. 255 CP, en cuya descripción típica se advierte precisamente un reconocimiento al ejercicio legítimo del *ius puniendi*, en virtud de la denominada cláusula de exclusión.

Como se podrá profundizar más adelante, el legislador respecto de los artículos 150 A, 150 D y 255 CP, reconoce la posibilidad de sustraer de sanción penal aquellas molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad⁴³.

Así, sin perjuicio de lo que se argumente en torno a qué es aquello que se entiende por acto de autoridad o acto legítimo, de dicha disposición se torna confusa la mirada del *ius puniendi* desde una prohibición de defecto y el consecuente deber de punición que de ello emana. Siendo necesario -como se verá más adelante- revisar cómo el principio de proporcionalidad y legalidad entre otros, sustentan la legitimación de una cláusula de exclusión.

⁴³ Art. 255 Código Penal.

1.3. Distinción entre la tortura como delito de lesa humanidad y el tipo penal del artículo 150 A del Código Penal Chileno.

“Los actos constitutivos de tortura, calificados como crimen bajo el derecho internacional, pueden ser incriminados, según las circunstancias, como tortura *per se*, crimen de lesa humanidad, crimen de guerra o genocidio”⁴⁴

Sobre la base de dicha distinción, es posible sostener la interrogante en torno a la regulación que posee el delito de tortura, para lo cual resulta “preciso diferenciar la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, de la tortura como delito autónomo”⁴⁵

Para efectos de aclarar dicha distinción, resulta pertinente establecer qué se entiende por crimen de lesa humanidad, así como por delito autónomo de tortura.

En relación a los crímenes de lesa humanidad, el Estatuto de Roma en su artículo 7 establece que “a los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o Traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género

⁴⁴ GONZÁLEZ, Felipe. Tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estado y desafíos. *Revista Tribunal Constitucional* (3): 71-89, 2014) p. 78

⁴⁵ *Ibid*, p. 78.

definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;

- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”⁴⁶.

De lo dispuesto en el artículo séptimo del Estatuto, se destaca que efectivamente la tortura se encuentra consagrada como crimen de lesa humanidad. Sin embargo, cabe señalar que dicha consagración requiere de elementos adicionales para su calificación como tal y que dicen relación con que los actos de tortura se cometan *como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque*.

En coherencia con ello, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas ha definido los crímenes de lesa humanidad como, “la violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia esencial para la salvaguarda del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio y el *apartheid*”.⁴⁷

Definición de la cual, es posible desprender a grandes rasgos el elemento - también presente en la definición del estatuto- en torno a la generalización de los actos constitutivos de tortura, que, en este caso, son referidos en términos de “gran escala”.

Lo anterior es de relevancia considerar, pues si bien la tortura es un crimen bajo el derecho internacional, no es *per se* un crimen de lesa humanidad⁴⁸, reconociéndose, no obstante, que la práctica sistemática o a gran escala de la tortura es un crimen contra la humanidad.⁴⁹ De ese modo, es que resulta característico de tales crímenes y necesario para su configuración, la concurrencia de tales elementos. En ese mismo sentido la profesora Claudia Cárdenas ha señalado que “los crímenes de lesa humanidad se

⁴⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁷ ANDREU – GUZMÁN, Federico. La Prohibición de la Tortura y El Derecho Internacional. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. 33-87. p. 76

⁴⁸ *Ibid*, p. 77.

⁴⁹ *Ibid*, p. 77.

definen como ciertas conductas que son cometidas en el contexto de un ataque con ciertas características: debe ser generalizado o sistemático y debe dirigirse contra la población civil”.⁵⁰

A nivel interno, nuestro ordenamiento jurídico regula también los crímenes de lesa humanidad, regulación contemplada en la Ley 20.357 que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra, normativa que define en su artículo primero, los crímenes de lesa humanidad, señalando que:

“Artículo 1°.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”⁵¹

De la lectura de dicha disposición, la ley 20.357 incluye también como elemento configurativo de los crímenes de lesa humanidad, el que sean actos generalizados o sistemáticos, situación similar a los elementos exigidos por el Estatuto de Roma, coincidente así, con la idea de que tales crímenes deben constituirse –en términos generales - como actos masivos. Agregando la normativa nacional, que el ataque “debe responder a una política que emane de ciertas fuentes taxativamente enumeradas”⁵²

Ahora bien, en relación a los actos “generalizados” o “sistemáticos”, el artículo segundo de la dicha ley se encarga de definir tales conceptos, con ciertas precisiones.

⁵⁰ CÁRDENAS, Claudia. Los Crímenes de lesa humanidad en el Derecho Chileno y en el Derecho Internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Revista de Derecho (Valdivia), 27 (2): 169-189, Diciembre 2014. p. 72.

⁵¹ Ley N° 20.357. Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Santiago, Chile, 18 de julio de 2009.

⁵² CÁRDENAS, Claudia. Los Crímenes de lesa humanidad en el Derecho Chileno y en el Derecho Internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. Revista de Derecho (Valdivia), 27 (2): 169-189, Diciembre 2014. p. 174.

Al respecto, la ley define como “ataque generalizado, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y como "ataque sistemático", una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”⁵³.

Así, acorde con las diferencias entre uno y otro concepto, es posible desprender que mientras que el ataque generalizado admite la posibilidad de realización tanto de un solo acto, así como de varios –simultáneos o sucesivos- el ataque sistemático implica sólo diversidad de actos ejecutados en un lapso de tiempo. En ambos casos, los ataques deben dirigirse a un grupo de personas.

De lo ya señalado, es posible evidenciar que la configuración del delito de tortura como crimen de lesa humanidad, requiere de la concurrencia de diversas circunstancias adicionales a la ejecución de la conducta típica; aspecto que se ve reforzado por el artículo 7 de la ley 20.357, norma que haciendo referencia al delito de tortura, remite su sanción en los términos de dicha ley, a la concurrencia de las circunstancias mencionadas en el artículo primero de la ley 20.357.

Sin perjuicio de ello, para efectos del presente apartado, resulta relevante dejar en claro, que la calificación de la tortura como crimen de lesa humanidad es una categoría distinta y especial al tipo penal de tortura regulado en el Código Penal Chileno, distinción que dice relación con su calificación como delito autónomo; precisión que cabe advertir pues sin perjuicio de que “La ley N° 19.567 introdujo un conjunto de modificaciones al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal, con el objetivo de dar cumplimiento al mandato constitucional de “adecuar la legislación interna [a los tratados ratificados por Chile] a fin de garantizar la vigencia de los Derechos Humanos” en distintas materias, entre ellas “la protección contra la tortura,”⁵⁴ dichas modificaciones no se encuentran plasmadas de manera explícita en el Código Penal.

A mayor abundamiento, aun cuando la legislación chilena posee un mandato supralegal de adecuar su normativa a los tratados internacionales vigentes, y pese a que

⁵³ Ley N° 20.357. Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Santiago, Chile, 18 de julio de 2009.

⁵⁴ GONZÁLEZ, Felipe. Tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estado y desafíos. *Revista Tribunal Constitucional* (3): 71-89, 2014) p. 79.

la tortura encuentra su origen en el Derecho Internacional, lo cierto es que la regulación que existe actualmente –específicamente en la ley 20.968- no contiene los elementos ni las circunstancias que el derecho penal internacional contempla respecto de la tortura como crimen de lesa humanidad.

Así, sobre la base de dicha distinción, es que es posible distinguir entre la tortura como delito autónomo –haciendo referencia a su regulación por el derecho interno - y la tortura como crimen de lesa humanidad – en referencia al estándar que el derecho internacional ha impuesto en la materia.

Abordar tal distinción resulta relevante para una adecuada comprensión de la relación existente entre la regulación que el derecho internacional realiza en torno a la tortura y otros crímenes de lesa humanidad y la forma en cómo tal regulación ha de ser implementada por los estados, en este caso, por el Estado de Chile. Comprensión que no es menor abordar, pues a propósito de los crímenes regulados por el Estatuto de Roma, se ha señalado que “el principal objeto y fin del Estatuto de Roma es poner en práctica un sistema complementario de justicia penal internacional, que para su funcionamiento óptimo supone que los Estados implementen los crímenes internacionales en su Derecho interno, ya que el sistema sólo funcionará adecuadamente cuando la persecución estatal de los crímenes de Derecho internacional, bajo consideración del injusto específico de tales crímenes, sea la regla general”⁵⁵. Para lo cual, autores como la profesora Cárdenas, advierten dos formas o modalidades mediante las cuales es posible concebir la implementación de dicha normativa, ya sea, “incorporando las normas materiales del Estatuto sin modificarlas (incorporación) o bien introduciendo ciertas modificaciones (implementación modificatoria).⁵⁶

Sin perjuicio de ello, como ya fue advertido en el presente título, la implementación de la normativa internacional en materia de crímenes de lesa humanidad no ha sido desarrollada aún en los términos sugeridos por el Estatuto de Roma. Aspecto que será abordado de manera más precisa a propósito del análisis que a continuación se realizará

⁵⁵ CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación. *Polít. Crim.* n° 12, AI, 1-17, Septiembre 2006. p. 12.

⁵⁶ *Ibid*, p.13.

a propósito del delito de tortura y la regulación que el ordenamiento jurídico chileno ha construido a su respecto.

1.4. Análisis de la génesis del tipo penal de tortura y de apremios ilegítimos al tenor de la Ley N°20.968.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, la regulación y análisis del delito de tortura amerita hacer referencia a la ley 20.968 *que Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes*, mediante la cual se modifica el Código Penal en dicha materia. A grandes rasgos, se cambia la denominación del párrafo cuarto, titulándose: *“De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”*, sustituyendo además el antiguo artículo 150 A que regulaba la tortura, incorporando, entre otras modificaciones, el artículo 150 D que contempla la figura de *apremios ilegítimos u otros tratos crueles inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura*. Finalmente, reemplaza el artículo 255 CP en el marco de los delitos de Abusos contra particulares.

Hacer mención al delito de tortura en relación con los delitos de apremios ilegítimos y abuso contra particulares, es pertinente en el presente título, pues se advierte que entre los delitos referidos existe una relación de gradualidad que los vincula, dada por la intensidad de los actos ejecutados por el sujeto activo. Dicha gradualidad fue ya advertida en las discusiones legislativas efectuadas en el marco de las modificaciones que dieron lugar a la ley 20.968, en donde es posible observar la intención del legislador en torno a *“establecer una cierta gradualidad en las conductas a sancionar, desde la más grave – tortura – hasta la menos grave – vejaciones injustas”*⁵⁷.

Teniendo presente lo anterior, resulta relevante entender la estructura típica de cada tipo penal, para luego profundizar en la relación de gradualidad mencionada en la discusión de la ley. Pues de ese modo, es posible en primer lugar, definir la efectividad de la imputación a título de tortura en los casos en estudio, y en segundo lugar, de no ser procedente, analizar la posibilidad de imputar responsabilidad penal –conforme la

⁵⁷ Minuta sobre el Delito de Tortura. Departamento de Estudios Defensoría Nacional. Defensoría Penal Pública. p. 99.

estructura típica de cada tipo- a título de apremios ilegítimos o bien, de abuso sobre particulares del art. 255 CP.

En primer lugar, en relación al delito de tortura, la ley 19.567 que *“Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano”* (promulgada el 22-06-1998) fue la que introdujo en ese entonces, el nuevo artículo 150 A que tipificaba el delito de tortura, cuya referencia se hará en términos comparativos con el nuevo artículo 150 A.

Art. 150 A ley 19.567	Art. 150 A. Ley 20.968
<p><i>“El empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación, será castigado con las penas de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.</i></p> <p>Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.</p> <p>Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado</p>	<p><i>“El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.</i></p> <p>La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.</p> <p><i>Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en</i></p>

<p>máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.</p> <p>Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.⁵⁸</p>	<p>motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.</p> <p>Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.</p> <p>No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad."⁵⁹</p>
---	--

De la lectura y comparación de ambas disposiciones, es posible advertir al menos dos aspectos de relevancia. El primero de ellos, dice relación con que el antiguo artículo 150 A no hacía mención al delito de tortura, sino más bien, a los actos de tormentos o apremios ilegítimos cometidos por un funcionario público. Mientras que el nuevo artículo 150 A de la ley 20.968 no sólo menciona directamente la tortura, sino además ofrece una definición de la misma.

⁵⁸ Ley N° 19.567. Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano. Santiago, Chile, 1 de julio de 1998.

⁵⁹ Ley N° 20.968. Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Santiago, Chile, 11 de noviembre de 2016.

En segundo lugar, la ley 19.567 contempla como sujeto pasivo únicamente a la persona privada de libertad, mientras que la ley 20.968 no menciona tal precisión, señalando únicamente que los dolores o sufrimientos que se ocasionen sean ordenados, ejecutados o cuenten con la anuencia de un funcionario público en abuso de sus funciones o cargo.

Asimismo, cabe mencionar que, en relación al sujeto activo, ambas disposiciones poseen como figura en común al funcionario público. Sin embargo, existen ciertas variaciones las que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Tanto la ley 19.567 como la 20.968, contemplan como verbo rector el aplicar, consentir u ordenar, tormentos o apremios ilegítimos y tortura, respectivamente.
- En ambas disposiciones es posible observar la presencia de una hipótesis omisiva, en relación al funcionario público que no impide o hace cesar tales actos, teniendo la autoridad para ello.
- Tanto la ley 19.567 como la ley 20.968 contemplan la aplicación de tortura o apremios para efectos de obtener una confesión o declaración, imponiendo sanciones para ello. No obstante, la modificación que realiza la ley 20.968 amplía dicha disposición, contemplando la ejecución de la tortura no sólo con la finalidad de obtener una confesión, sino también, con fines de castigo, entre otros.
- Finalmente, la ley 20.968 amplía el sujeto activo, abarcando no solo al funcionario público sino también *al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo*⁶⁰.

Ahora bien, aun cuando es posible observar avances en las modificaciones que el ordenamiento jurídico chileno ha realizado en torno a la tortura, cabe evidenciar de la lectura del antiguo artículo 150 A en su relación con la regulación internacional, que efectivamente su redacción es precaria en relación a los estándares internacionales,

⁶⁰ Véase ley N° 20.968.

especialmente en los términos en cómo la Convención contra la tortura trata el delito de tortura.

Ya antes de la entrada en vigencia de la ley 20.968, “la comunidad internacional ha manifestado su preocupación por la falta de una tipificación adecuada del delito de torturas en Chile”.⁶¹ Específicamente, el Comité Contra la Tortura (CAT, por sus siglas en inglés), organismo de Naciones Unidas que vigila el cumplimiento de la CCT, ha recomendado al Estado de Chile, desde 1994, que ajuste la legislación nacional penal al estándar internacional, tanto en relación a la descripción típica, como respecto de la gravedad de las penas asociadas,⁶² todo lo cual no es posible de observar a cabalidad.

Pues, sin perjuicio de las orientaciones que el derecho internacional sugiere al Estado de Chile, incluso después de la entrada en vigencia de la ley 20.968 con las modificaciones que ella incorporó en materia de tortura, su regulación por parte del ordenamiento jurídico chileno mantiene ciertas falencias que permiten afirmar que el delito de tortura no cumple aún con los estándares internacionales, situación que puede desprenderse de las observaciones que realiza el Comité contra la Tortura el año 2018. En torno a tales observaciones, “El Comité insta al Estado parte a modificar el tipo penal del artículo 150 A del Código Penal para que incluya expresamente los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero. El Estado parte debe también asegurarse de que los delitos de tortura se castiguen con penas adecuadas a su gravedad, de conformidad con el artículo 4, párrafo 2, de la Convención. Además, el Comité insta al Estado parte a que derogue la prescripción del delito de tortura”⁶³.

Ahora bien, para retomar la distinción entre el delito de tortura y de apremios ilegítimos, resulta pertinente revisar a continuación, la descripción típica de ambas disposiciones al tenor de lo dispuesto en los artículos 150 A y 150 D del Código Penal.

⁶¹ Tipificación del Delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera. BCN. p. 5 Elaborado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad. Boletín N° 9589, en Primer Trámite.

⁶² Ibid, p. 5.

⁶³ Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 28 de agosto 2018. p. 3.

En relación al delito de tortura, el artículo 150 A señala:

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

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

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

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

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad."⁶⁴

A su vez, en relación al delito de apremios ilegítimos el artículo 150 D señala:

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

⁶⁴ Ley N° 20.968. Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Santiago, Chile, 11 de noviembre de 2016.

cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

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

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

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos⁶⁵.

De la lectura comparada de ambas disposiciones, es posible advertir que en relación a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no existe una conceptualización tan acabada y detallada como sí lo tiene la tortura⁶⁶. Asimismo, como segundo aspecto a destacar, llama la atención que la construcción del injusto de apremios ilegítimos se sustenta de manera residual a la tortura y en virtud de una relación de gravedad. En donde pareciera ser que los apremios ilegítimos son considerados menos graves, en relación a la intensidad mayor que caracteriza a la tortura.

Coherente con dicha afirmación, es la redacción del inciso primero del artículo 150 D CP, el que dispone expresamente la sanción para el empleado público que *ejerce apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura*. De lo cual ya es posible desprender una construcción negativa de dicha disposición, la que, en términos de la ley, hace procedente el tipo penal de apremios ilegítimos o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en aquellos casos en que los actos ejecutados no alcancen a constituir tortura.

Adicionalmente, existe en torno a la pena asignada al delito de apremios ilegítimos y tratos crueles, inhumanos o degradantes, una sanción menor que aquella asignada al delito de tortura. En ese sentido, el tipo penal del artículo 150 D conlleva la pena de

⁶⁵ Ibid, art. 150 D.

⁶⁶ INDH. Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes [en línea] <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/01/Cap4_Tortura.pdf> [consulta: 14 de febrero de 2019]

presidio menor en su grado medio a máximo, mientras que el delito de tortura, la de presidio mayor en su grado mínimo.

Acorde lo señalado hasta ahora, cabe afirmar que en el caso del artículo 150 D, existe mayor imprecisión que en relación al delito de tortura, pues para efectos de configurar su aplicación, el legislador no entrega mayores elementos que permitan definir con precisión qué actos son constitutivos del delito de apremios ilegítimos, limitándose a determinar su procedencia en defecto de la tortura.

Teniendo presente dicha imprecisión, autores como Matus y Ramírez, han señalado que la clave para su interpretación puede encontrarse en la capacidad de los actos de que se trate para provocar sentimientos de humillación y degradación en las víctimas”.⁶⁷

Asimismo, en el marco del Derecho Internacional, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos o degradantes, dispone en el inciso segundo del artículo 1, que “la tortura constituye una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”.⁶⁸

En el mismo sentido, el Comité Internacional de la Cruz Roja, ha dispuesto que “la diferencia jurídica entre la tortura y las otras formas de malos tratos reside en el nivel de gravedad del dolor o del sufrimiento infligido. Además, para que un acto se considere tortura, es necesario que exista un propósito concreto que lo motive; por ejemplo, obtener información”⁶⁹.

Como es posible desprender de la literatura y normativa internacional, existe una mayor intensidad que caracteriza los actos constitutivos de tortura a diferencia de aquellos constitutivos de apremios ilegítimos u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Sentido en el cual se reconoce que “los tratos crueles, inhumanos o degradantes, no son sino estadios inferiores de la tortura y que es la gravedad,

⁶⁷ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. Tomo I. p. 152.

⁶⁸ Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos o degradantes. Naciones Unidas. 9 de diciembre de 1975.

⁶⁹ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. ¿Qué se entiende por tortura y malos tratos? [en línea] <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/69tjvk.htm>> [consulta 16 de febrero de 2019]

determinada caso a caso, la que definirá su calificación jurídica y, consecuentemente, su punibilidad⁷⁰.

A propósito de ello, y la relación evidente que existe entre ambos tipos penales, surge entonces la necesidad de definir de manera más precisa el concepto de gravedad y el rol que desempeña respecto de la tortura y los apremios ilegítimos. Pues, de lo señalado hasta ahora, pareciera servir como criterio diferenciador entre dichos tipos, afirmación que no obstante, amerita ser tratada en un apartado distinto que pueda hacerse cargo de la construcción de dicho concepto y los criterios que podrían servir para restar vaguedad a la sola afirmación de que los apremios ilegítimos constituyen actos de menor intensidad que la tortura. Aspecto que, dada su mayor extensión, se abordará en lo sucesivo de este párrafo.

Finalmente, siguiendo el análisis al tenor de los tipos penales señalados en el presente título, resta por analizar el delito de Abuso contra Particulares regulado en el art. 255 del Código Penal.

El Título V del CP denominado *De los Crímenes y Simples Delitos cometidos por Empleados Públicos en el desempeño de sus cargos*, contempla en el párrafo 12 titulado *Abusos contra Particulares*, el artículo 255 CP, que dispone lo siguiente: “El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

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

⁷⁰ IRARRÁZABAL, Cristian. *Minuta sobre el Delito de Tortura*. Departamento de Estudios Defensoría Nacional. Santiago, Diciembre 2017. p. 92.

No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad”⁷¹.

Al tenor de la descripción típica del art. 255, es posible advertir que aquello que sanciona el legislador es la comisión de parte de un funcionario público de “vejaciones injustas contra las personas”, de lo cual surge la interrogante en torno a cuáles son aquellos actos constitutivos de vejaciones injustas.

Conceptualmente, en relación al término *vejaciones* se ha señalado por la doctrina dominante, desde Labatut a la fecha, que éstas deben entenderse como “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona.”⁷²

Teniendo presente dicha definición, así como la descripción típica del artículo 255 CP, podría afirmarse que en estos casos, aquello que es objeto de sanción penal es la conducta del funcionario público que en ejercicio de sus funciones ocasiona en la víctima cualquier molestia, gravamen o maltrato injusto. Salvo que, ésta constituya una sanción legal o bien, provenga de un acto legítimo o de autoridad en virtud de la cláusula de exclusión contemplada en el inciso final de la disposición.

Acorde a ello, pareciera ser que nuevamente el legislador incurre en imprecisiones y ambigüedades en la configuración de dicho tipo penal. No obstante, siguiendo la lógica de las conductas punibles que un funcionario público puede realizar en contra de la persona a propósito de las cuales le ocasione sufrimientos físicos o psíquicos, pareciera ser que el delito de vejaciones injustas podría ser el último reglón en la escala de gravedad de las conductas cometidas en ejercicio de sus funciones. Pudiendo así, sustentarse el reconocimiento de las vejaciones como una forma mínima de degradación,⁷³ tal como fue sostenido en las discusiones de la ley 20.968.

Así, al tenor del art. 255 CP y teniendo presente la relación de gravedad que se ha sostenido en relación a la tortura, los apremios ilegítimos y las vejaciones injustas, es

⁷¹ Artículo 255, Código Penal.

⁷² Manual de Derecho Penal Chileno, Jean Pierre Matus y Cecilia Ramírez, en Labatut/Zenteno II, 94) p. 481

⁷³ Historia de la Ley 20.968 p- 174

posible insistir, sobre dicha gradualidad, en la atribución de responsabilidad penal en aquellos casos en que los actos cometidos por el sujeto activo no cuenten con la gravedad característica del delito de tortura ni posean menor entidad como para configurar apremios ilegítimos. Pues en esos casos, quedaría por revisar según las circunstancias concretas, la posibilidad de atribuir dicha responsabilidad a título de vejaciones injustas.

1.4.1. Análisis de la gravedad como criterio diferenciador entre la tortura y apremios ilegítimos.

De lo señalado hasta ahora, es posible afirmar que entre el delito de tortura y el delito de apremios ilegítimos existe una relación residual, en donde el elemento de gravedad de los sufrimientos ocasionados en la víctima y las finalidades perseguidas por el agente se configuran como exigencias típicas y características del delito de tortura.

Sin perjuicio de ello, al momento de definir cuándo una conducta es constitutiva de tortura o bien, de apremios ilegítimos, surgen ciertas complejidades asociadas a la valoración de la gravedad de la conducta, dado que la norma, a diferencia de otros tipos penales, no describe qué ha de entenderse como sufrimiento grave. Así, al tenor de lo dispuesto en los art. 150 A y 150 D, sólo es posible desprender que la gravedad en los términos en cómo es planteado por el legislador, es un concepto gradual y comparativo, en donde la menor gravedad de los apremios ilegítimos se configura de manera más vaga en comparación a la mayor intensidad característica de la tortura.

Teniendo presente tales imprecisiones y la necesidad de una aproximación a un concepto o a criterios delimitadores que permitan dilucidar cuándo estamos ante un caso de apremios ilegítimos y cuándo lo es de tortura, resulta útil, a propósito de la gravedad, observar de qué manera el legislador ha hecho uso de dicho elemento en otros tipos penales, cuya construcción típica exige también la configuración de dicho elemento, tal como ocurre con el delito de lesiones.

Los artículos 397 y 399 del Código Penal, tipifican los delitos de lesiones graves y menos graves respectivamente. De la lectura de ambos artículos, surge una aproximación con los tipos penales del art. 150 A y 150 D, en tanto la procedencia de las

lesiones menos graves del art. 399 CP se construye de manera residual a las lesiones del art. 397 CP. Al tenor de la norma, el art. 399 CP señala que “las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación y presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales”⁷⁴, es decir, su procedencia tiene lugar “cuando a la conducta del autor no se le puede imputar alguno de los resultados que señala el art. 397 CP”⁷⁵.

Sin perjuicio de ello, es posible advertir menor vaguedad en dicha relación, en tanto el art. 397, para efecto de sancionar las lesiones graves, describe dos circunstancias que sirven de referente en la valoración de las lesiones graves, vinculadas a los resultados ocasionados en la víctima, producto de la conducta típica de *herir, golpear o maltratar de obra a otro*.

Se advierte así que el legislador, a propósito de la distinción entre lesiones graves y menos graves, sí ofrece criterios que permiten diferenciar entre uno u otro tipo penal.

Respecto de las lesiones graves, éstas se configuran cuando la víctima *quede demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme*, o bien, según la circunstancia segunda, *que las lesiones provoquen en el ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días*.⁷⁶ Asimismo, como criterio adicional, el art. 398, señala también la tipificación de las lesiones como graves, cuando éstas se ocasionan en la víctima *administrándole a sabiendas sustancias o bebidas nocivas o abusando de su credulidad o flaqueza de espíritu*.⁷⁷

El marco normativo de las lesiones graves y menos graves ofrece, a diferencia del art. 150 A y 150 D, la posibilidad de delimitar con mayor precisión la atribución de responsabilidad penal en uno u otro caso. Atribución que se sustenta sobre la base de criterios que gozan de mayor objetividad en tanto apuntan al resultado de las lesiones

⁷⁴ Artículo 399, Código Penal.

⁷⁵ VAN WEEZEL, Alex. La Sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. p. 3

⁷⁶ Artículo 397, Código Penal.

⁷⁷ Artículo 398, Código Penal.

en la víctima. Pues, “las lesiones graves del art. 397 CP responden a un modelo típico basado en la intensidad de los resultados imputables a la conducta”⁷⁸ mientras que “las lesiones del art. 399 CP y las lesiones del 494 N° 5 CP responden a un modelo típico que sólo negativamente tiene en cuenta los resultados, pero que positivamente se basa en otros criterios valorativos”.⁷⁹

La existencia de criterios delimitadores, se advierte también en el caso del delito de injurias. En donde “la relación entre los tipos de injurias graves (art. 417 CP), injurias leves (art. 419 CP) e injurias livianas (art. 496 N° 11 CP) se encuentra claramente definida por la ley en términos de subordinación material: si las obras o palabras no constituyen injurias graves, serán leves cuando se hayan realizado por escrito y con publicidad; si, no siendo graves, se han realizado sin escrituración y sin publicidad, se consideran livianas”⁸⁰.

Al tenor de lo señalado, a diferencia de lo que ocurre con la tortura, otros tipos penales del CP que contemplan a la gravedad como exigencia típica, sí contienen en su descripción criterios que facilitan la valoración de dicho elemento, así como la determinación respecto a cuándo una conducta es constitutiva, por ejemplo, de lesiones menos graves y no de lesiones graves.

Ahora bien, la construcción típica de ambos delitos, y la posibilidad de que se configure el tipo penal del art. 150 A y 150 D en una relación comparativa respecto a la gravedad de la conducta típica, conduce al cuestionamiento en torno a si efectivamente la lógica estructural de ambos responde a dos ámbitos de protección diferenciados o más bien, tanto la tortura como los apremios ilegítimos responden a una misma lógica, en donde ambos delitos se sitúan en puntos extremos de una misma línea, siendo la aproximación a uno u otro delito, determinada en razón de dicha gravedad.

⁷⁸ VAN WEEZEL, Alex. La Sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. p. 4.

⁷⁹ Ibid, p. 4.

⁸⁰ Ibid, p. 6.

Profundizar en dicho planteamiento, amerita hacer referencia a los criterios y razonamientos que tanto la doctrina como la jurisprudencia han utilizado para dar contenido a la gravedad en su relación con el delito de tortura.

A nivel comparado, "la doctrina ha propuesto una serie de criterios para determinar la frontera entre una y otra intensidad del comportamiento típico, pero en realidad pareciera que la tendencia es valorar casuísticamente."⁸¹ Así, "Grima Lizandra por ejemplo, sugiere ciertos criterios como la tolerancia de la víctima, las circunstancias en que se inflige la conducta y los valores imperantes en el contexto socio –cultural; pero reconoce que no puede haber un criterio general para todos los casos."⁸²

Por otro lado, Muñoz Conde opina "que podría ser útil la distinción que en el Derecho internacional de los derechos humanos se hace entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes; de tal manera que los últimos corresponderían a las torturas menos graves. Sin embargo, el propio autor reconoce las dificultades de tal metodología, sobre todo considerando la ambigüedad y las contradicciones en que ha incurrido la comunidad internacional al delimitar cada una de tales figuras normativas."⁸³

A propósito de ello, Gabriel Bombini, refiriéndose a la gravedad que deben revestir los sufrimientos constitutivos de tortura, señala que "muchas veces hablaremos de una *acreditación* en términos probabilísticos, o de idoneidad de los medios empleados para el caso concreto (considerando vgr. condiciones de lugar y tiempo, sujetos pasivo y activo), en tanto se trata de un concepto de neto corte subjetivo, relativo, extremadamente difícil de calcular, y que necesariamente está vinculado a la determinación e identificación del medio empleado."⁸⁴

Por otro lado, a nivel jurisprudencial, la jurisprudencia española ha reconocido distintos criterios en la materia, los que como es posible observar, no son estáticos sino

⁸¹ SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. 151 p.

⁸² *Ibid.*, p. 151.

⁸³ MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*. En: SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. En: Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. 151 p.

⁸⁴ BOMBINI, Gabriel y DI LORIO, Javier. *Torturas*. Asociación Pensamiento Penal. Código Penal comentado de acceso libre. p. 14.

por el contrario, varían caso a caso. En ese contexto, “el Tribunal Supremo ha estimado que para establecer la gravedad de la conducta típica no debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, <<sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso>>”⁸⁵.

En otro sentido “también el Tribunal Supremo ha sostenido, en el contexto del artículo 175 CP, que el «contexto» es la referencia para constatar tanto la tipicidad como la gravedad de la conducta, poniendo como ejemplo hechos que se llevan a cabo en dependencias policiales cuando el sujeto pasivo se encuentra sin ninguna capacidad de respuesta defensiva”⁸⁶. Asimismo, como otro criterio, la jurisprudencia española hizo uso a “la extensión del tiempo”, señalando “que el atentado a la integridad moral no era grave «atendido que no consta que fuera extenso el tiempo de la agresión y tampoco la utilización para llevarla a cabo de instrumentos complementariamente hirientes»”⁸⁷.

Así también, “en aplicación del delito previsto en el artículo 175 CP, el Tribunal Supremo estimó los hechos como graves por haberse empleado una fuerza física de manera injustificada, por haberse utilizado un arma de fuego de tal manera que la víctima creía que su vida corría riesgo real, y porque la víctima fue obligada a exhibirse sin pantalones en presencia de otras personas”⁸⁸.

Al tenor de lo anterior, en palabras de Silva Medina, se afirma que “de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden obtener cinco parámetros para estimar la gravedad o no de una conducta típica lesiva de la integridad moral: la duración, el uso de

⁸⁵ STS de 23 de abril de 2001 (ponente Carlos Granados Pérez), FJ 1.º. En: SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. En: Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. p. 152.

⁸⁶ Cfr. STS de 11 de diciembre de 2008 (ponente José Ramón Soriano Soriano), FJ 9.º. En: SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. En: Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. p. 152.

⁸⁷ STS de 25 de septiembre de 2007 (ponente Siro Francisco García Pérez), FJ 6.º. En: SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. En: Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. p. 15.

⁸⁸ Cfr. STS de 3 de octubre de 2001 (ponente Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), FJ 6.º. En: SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. En: Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. p. 152.

instrumentos hirientes, el lugar de comisión, la situación de indefensión de la víctima y la exhibición de partes del cuerpo que ameritan recato”⁸⁹.

Finalmente, cabe advertir lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco del caso “Luis Lizardo Cabrera”, la cual, en el párrafo relativo a la *Violación al art. 5 de la Convención Americana*, dispone que: “La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura no funda como criterio para definir la tortura la intensidad o grado de sufrimiento físico o mental experimentado por la víctima. Los criterios que establece dicha Convención para calificar un hecho como tortura son:

- a) debe tratarse de un acto intencional o de un método;
- b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales
- c) debe tener un propósito;
- d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero.

La Comisión considera que tanto la Convención Americana como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, le confieren cierta latitud para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante. La Comisión considera que la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades del mismo, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima”⁹⁰.

Sin perjuicio de ello, en otro sentido en el ámbito internacional, la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido que “el criterio esencial que permite distinguir entre uno y otro concepto "deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido”⁹¹. En

⁸⁹ SILVA Medina, Rodrigo. *El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 154 del Código Penal*. Tesis (doctoral). Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 2013. p. 152.

⁹⁰ Informe N° 35/96. Caso 10.832 Luis Lizardo Cabrera. República Dominicana, 19 de febrero de 1998.

⁹¹ Ibid

el mismo sentido, Liliana Galdámez a propósito del análisis del *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala del año 2000*, advierte el reconocimiento efectuado por la Corte Europea a la relevancia de la intensidad del sufrimiento como elemento delimitador entre la tortura y los tratos crueles e inhumanos.⁹²

De lo señalado hasta ahora, a propósito de los diversos criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia a nivel comparado ha elaborado en torno al elemento de la gravedad y la diferenciación entre la tortura y los apremios ilegítimos, es posible observar la imprecisión que impera al respecto, en donde pareciera que predomina la combinación de criterios, más que la fijación de un criterio único.

Así, no solo la intensidad como criterio cuantitativo, sino también criterios extensivos como la duración de los sufrimientos, la afectación de determinadas partes del cuerpo de la víctima, o la referencia a los medios empleados, podrían ser considerados en la valoración del tribunal para distinguir la procedencia de uno u otro delito. Situación que, en el marco de lo señalado, debe ser analizada caso a caso.

Ahora bien, retomando el análisis comparativo entre los art. 150 A y 150 D CP, es posible afirmar que en el caso del delito de tortura la norma exige no solo la concurrencia de la gravedad de los sufrimientos, sino que también otros elementos tales como las finalidades perseguidas por el agente, los que cabe advertir, no son exigidos respecto de los apremios ilegítimos.

En ese contexto, teniendo presente la relación de gravedad que existe entre ambos tipos penales, surge la interrogante en torno a si entre los artículos 150 A y 150 D existe una vinculación determinada por la especialidad -siendo la tortura un caso especial de apremios ilegítimos- o si más bien, tanto la tortura como los apremios ilegítimos son tipos penales diferenciados uno del otro, debiendo concurrir en ambos todos los elementos típicos de la tortura, pero con menor intensidad.

De lo señalado hasta ahora, pareciera ser que la primera hipótesis tiene mayor cabida, lo que es posible de sostener al tenor literal de ambas disposiciones, en donde

⁹² GALDÁMEZ, Liliana. La noción de tortura en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Cejil* (2): p. 98, 2006.

la alusión a las finalidades del agente se observa como requisito exigido únicamente en torno a la tortura. En ese sentido, los apremios ilegítimos no requieren de la persecución por parte del agente de las finalidades mencionadas en el art. 150 A, pudiendo configurarse en la medida que el sujeto activo corresponda a un funcionario público, que en abuso de sus funciones ordene, consienta o aplique apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura.

Ahora bien, respecto a la gravedad y el rol que este concepto desempeña en relación a los artículos 150 A y 150 D CP, cabe precisar que tanto en el delito de tortura, así como de apremios ilegítimos, la gravedad no se configura como elemento parte de la estructura típica de dichos tipos penales, sino que, por el contrario, es un concepto externo cuya procedencia permite diferenciar cuándo estamos en una hipótesis de tortura o bien, de apremios ilegítimos.

En otras palabras, aun cuando es posible afirmar que la tortura es una hipótesis especial porque incluye la referencia a las finalidades del agente que no están en el delito de apremios ilegítimos, cabe advertir que fuera de ellas, los demás elementos típicos son comunes a los apremios ilegítimos con la sola particularidad de que en el caso de la tortura la intensidad de los sufrimientos es mayor.

Esa distinción entre la intensidad de los sufrimientos es lo que está precisamente demarcado por la gravedad en una función diferenciadora y que excluye así, su comprensión además como elemento del tipo.

La anterior reflexión resulta relevante para la afirmación en torno a la relación de especialidad que existe entre la tortura y el delito de apremios ilegítimos. Pues teniendo claro que ambos tipos penales responden a una misma estructura lógica, la decisión en torno a cuándo la intensidad de los sufrimientos es coherente con lo exigido o esperado respecto de la tortura, resulta complejo y amerita entonces recurrir a criterios ajenos al tipo penal.

De ese modo, al ser la gravedad un concepto externo a los tipos penales de tortura y apremios ilegítimos, en cuya construcción además es posible acudir a criterios diversos como -intensidad del dolor, la duración de los actos, los medios utilizados- la diferenciación entre una y otra hipótesis resulta menos compleja y posible de sustentar

sobre la base de mayores recursos tal como ha sido representado por la doctrina y jurisprudencia comparada.

1.4.2. Análisis de la Cláusula Exclusión. Los actos legítimos de la autoridad.

Existe en torno a la figura de la tortura y apremios ilegítimos, una cláusula común a dichas disposiciones mediante la cual el legislador sustrae de sanción penal a aquellos actos mediante los cuales se ocasionan *molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad*⁹³.

En virtud de dicho reconocimiento, surgen diversas interrogantes en torno a lo que implica dicha cláusula de exclusión, y aquello que el legislador concibe como acto legítimo de la autoridad.

A propósito de ello, resulta pertinente observar las disposiciones y normativas que en el ámbito interno existe en la legislación nacional a propósito del uso de la fuerza pública y aquellos criterios que regulan su ejecución respecto de la ciudadanía.

El Ministerio del Interior y Seguridad Pública en la circular Núm. 1832 emitida a propósito de la regulación del uso de la fuerza ejercida en el marco de la función policial, reconoce que Carabineros de Chile “cuenta con una especial facultad consistente en el uso legítimo de la fuerza que, en definitiva, obliga a todas las personas a someterse al control policial. Esta potestad deriva de su carácter de “fuerza pública” y, en virtud de ella, Carabineros de Chile está autorizado legalmente para emplear diversos elementos disuasivos y medios de fuerza en el cumplimiento de su deber”⁹⁴. Sin que ello implique la transgresión de los derechos fundamentales del individuo, respecto de los cuales Carabineros posee un mandato de protección.

En ese orden de ideas, cabe añadir como marco jurídico relevante, la Constitución Política de la República la cual entrega a las Fuerzas de Orden y Seguridad el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza a nivel interno, la Ley N° 18.961 de 1990, “Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile”, las causales de justificación específicas

⁹³ Artículo 150 D. Código Penal.

⁹⁴ Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Uso de la Fuerza: actualiza instrucciones al respecto. Circular Núm. 1.832.- Santiago, 1 de marzo de 2019. p. 1.

reguladas en el artículo 10 del Código Penal ante los posibles efectos dañinos de la fuerza coactiva de Carabineros⁹⁵ y el Código de Justicia Militar. Finalmente, el Decreto N° 1.364 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que *establece disposiciones relativas al uso de la fuerza en las intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público*.

Adicionalmente, en el ámbito internacional se observan las normas reguladas en el *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1979) y los *Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*⁹⁶, normativas en cuya aplicación se advierte como criterio delimitador común, el respeto y la protección de los derechos humanos del individuo.

Ahora bien, en lo que dice relación con la regulación del uso de la fuerza a nivel interno, se advierte en la normativa del Ministerio del Interior, la imposición de un deber de observancia y aplicación que funcionarios de Carabineros debe acatar en el ejercicio de la fuerza y el empleo de armas de fuego. Acorde a ello, los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad, orientan y delimitan el actuar de Carabineros, siendo así garante de la protección de los derechos humanos del individuo.

En ese sentido hay un reconocimiento en torno a que “la fuerza sólo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales⁹⁷” Agregando a propósito de la necesidad y proporcionalidad de la fuerza, que su uso es de *última ratio*, debiendo “personal de Carabineros en el desempeño de sus funciones utilizar primero medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza y que además, debe existir un equilibrio entre el grado de resistencia o de

⁹⁵ Ibid, p. 1.

⁹⁶ Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, del 27 de Agosto al 7 de Septiembre de 1990.

⁹⁷ Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Uso de la Fuerza: actualiza instrucciones al respecto. Circular Núm. 1.832.- Santiago, 1 de marzo de 2019. p. 1.

agresión que sufre un carabinero y la intensidad de fuerza que se aplica⁹⁸, respectivamente.

Asimismo, a propósito de la legalidad, se indica que “el uso de la fuerza debe estar suficientemente fundada en la legislación nacional, como, asimismo, debe efectuarse en el cumplimiento del deber, empleando métodos (procedimientos) y medios (armas) que hayan sido previamente autorizados por carabineros”⁹⁹. Reconociendo, además, en virtud del principio de responsabilidad, que “el uso de la fuerza fuera de los parámetros permitidos por la Ley, no sólo conlleva las responsabilidades individuales por las acciones y omisiones incurridas, sino también la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio de esta por parte de los subalternos¹⁰⁰”

Acorde a lo anterior, el análisis posible de realizar a propósito de la cláusula de exclusión mencionada al inicio de este apartado, encuentra su fundamento en el marco jurídico que norma el uso de la fuerza en ejercicio de la función policial, así como los principios que rigen su aplicación y demás normativas del ámbito internacional. Pues en base a un análisis en torno a la necesidad o la proporcionalidad de los medios utilizados por un agente policial, es posible sostener de manera más racional y objetiva la calificación de la afectación de la persona como un acto inherente a un acto de la autoridad.

Finalmente, a propósito de los fundamentos que rodean el uso legítimo de la fuerza, cabe hacer mención a ciertas reflexiones que sustentan la lógica del monopolio de la fuerza que detenta el aparato estatal y que sirve de base para comprender el razonamiento que hay detrás del poder coercitivo del Estado, así como de figuras como la cláusula de exclusión por la cual el legislador acepta la posibilidad de afectación legítima al individuo con ocasión del uso de la fuerza.

En torno a ello, Gloria Gallego advierte que “la violencia es considerada como prerrogativa del Estado y va a adscribirse a ella una valoración positiva en tanto que un

⁹⁸ Ibid, p. 2.

⁹⁹ Ibid, p. 2.

¹⁰⁰ Ibid, p.2.

elemento necesario en la construcción del orden social”,¹⁰¹ reflexión que es coherente con la afirmación de que “el ejercicio de la potestad punitiva de los órganos del Estado es una práctica social coercitiva.”¹⁰² En ese sentido también se ha señalado que “el uso que la policía puede hacer de la fuerza se ampara en una base jurídica, cual es la fuerza coercitiva del derecho (prevención general), en tanto la policía es el órgano administrativo encargado de hacer cumplir, incluso de manera compulsiva, la normativa vigente.”¹⁰³

A propósito de dichas afirmaciones y los fundamentos que rodean el sistema punitivo del Estado, Antonio Bascuñán reconoce que “La potestad punitiva del Estado es ejercida por distintos órganos estatales, conforme a procedimientos diversos y con sujeción a diferentes restricciones institucionales. La consideración de este complejo de actos como un sistema implica la afirmación de una relación de sentido entre los actos que lo integran, tal que puede identificárselos como actos de ejercicio de la potestad punitiva y puede justificarse la validez de unos actos por referencia a la validez de otros. Los criterios de identificación y de validación son estándares normativos que también integran el sistema”¹⁰⁴.

Sobre la base de lo señalado hasta ahora, la cláusula de exclusión por la cual el legislador admite la posibilidad de afectación del ser humano, tal como ocurre en los tipos penales de los artículos 150 A, 150 D y 255 del Código Penal, pareciera ser poco conflictiva cuando ésta se enmarca en un proceso judicial y es coherente con los principios de legalidad, proporcionalidad, responsabilidad –entre otros- sobre la base

¹⁰¹ GALLEGO, Gloria. Sobre el Monopolio legítimo de la violencia. p. 6. [en línea] [file:///C:/Users/Meli/Downloads/Dialnet-SobreElMonopolioLegitimoDeLaViolencia-3823123%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Meli/Downloads/Dialnet-SobreElMonopolioLegitimoDeLaViolencia-3823123%20(1).pdf) [consulta: 13 agosto 2019]

¹⁰² BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La potestad punitiva del Estado y el sistema punitivo estatal. p. 1.

¹⁰³ MARTÍNEZ, Mercado, Fernando. Uso de la fuerza. Investigación Aplicada. Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, Centro de Estudios en Seguridad ciudadana. CESC. Proyecto: generación de red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México. Documento de trabajo n° 4. Notas y experiencias para la reforma policial en México. p. 3.

¹⁰⁴ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La potestad punitiva del Estado y el sistema punitivo estatal. p. 10.

además de los fundamentos que legitiman el ejercicio de la potestad punitiva del Estado como mecanismo de coerción social válidamente legitimado.

Sin perjuicio de ello, no deja de llamar la atención que el reconocimiento de dicha cláusula se especifique de manera explícita por el legislador en delitos como la tortura o los apremios ilegítimos, en los que precisamente se configura como sujeto activo un funcionario del Estado y cuyo injusto se construye sobre la base del ataque y los sufrimientos que el agente ocasiona en la víctima con diversas finalidades. Aspecto que en términos prácticos abre un abanico de posibles escenarios en los que, a pretexto de ser el acto de un funcionario un acto legítimo de la autoridad, se haga posible el menoscabo ilegal de los derechos de la persona.

1.4.3. Hipótesis común del art. 150 D y 255 CP: especial vulnerabilidad del sujeto pasivo.

Existe entre los artículos 150 D y el artículo 255 del Código Penal un inciso en común mediante el cual el legislador reconoce la especial situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar el sujeto pasivo, reconocimiento que se traduce en la intensificación de la protección de la víctima cuando las conductas constitutivas de apremios ilegítimos o tratos crueles, inhumanos o degradantes o bien, las vejaciones injustas se cometen “en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado”.¹⁰⁵

Como se advierte, la mayor protección que entrega la norma se traduce en aumentar en un grado la pena cuando las conductas de los arts. 150 D y 255 CP se cometen en contra de una persona vulnerable en los términos ya descritos.

Ahora bien, a propósito de lo anterior, es posible observar que la especial mención que efectúa el legislador respecto a las características específicas del sujeto pasivo, se advierte también en otros tipos penales, específicamente en los artículos 403 bis y 403

¹⁰⁵ Véase Artículo 150 D y 255 del Código Penal Chileno.

ter del CP, regulados en el título *Del maltrato a menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad*.

Así, el art. 403 bis inciso primero regula el delito de maltrato corporal simple, de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, sancionando al que maltrata corporalmente de manera relevante a quienes se encuentren en una de las situaciones ya mencionadas. Mientras que el inciso segundo contempla la figura de maltrato corporal calificado de menores, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, el que sanciona a quien “tiene un deber especial de cuidado o protección”, admitiendo su comisión tanto en modalidad activa como omisiva.

Por su parte, el art. 403 ter, sanciona a quien somete a *menores de dieciocho años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad* a tratos degradantes, menoscabando gravemente su dignidad.

Respecto a este último punto, la doctrina reconoce un grado de similitud con el delito de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, específicamente señalando que respecto de ambos se debe entender por trato degradante “el que produce sentimientos de humillación y degradación a la víctima”.¹⁰⁶ Sin embargo, reconoce también diferencias precisamente en torno a quien es sujeto pasivo de ambos delitos, precisando que en el caso de los malos tratos regulados en el art. 403 ter, “aquí no existe una clase de autor especialmente reconocido, sino únicamente una clase de víctima cuya degradación es relevante. Por lo tanto, se trata de un delito que se puede cometer fuera del contexto de cualquier labor pública y que, en general, se encuentra bajo las reglas comunes mencionadas respecto al maltrato de esta clase de personas, particularmente cuando se encuentran viviendo bajo el mismo techo del agresor y constituye simultáneamente un acto de violencia intrafamiliar”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MATUS Acuña, Jean Pierre; RAMÍREZ Guzmán, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial. Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. p. 152.

¹⁰⁷ Ibid, p. 153.

Esto último, resulta también aplicable en relación al maltrato simple y calificado del art. 403 bis, en tanto la especial calificación que realiza el legislador es precisamente respecto del sujeto pasivo.

Conforme a ello, a diferencia de los art. 150 D y 255 CP, el delito de maltrato puede ser ejecutado por un agente que no posee la calidad de funcionario público, aspecto que lo diferencia de aquellas conductas degradantes o crueles cometidas por un sujeto calificado y a propósito de las cuales es posible realizar la calificación, por ejemplo, a título de apremios ilegítimos.

Así, es que a propósito del delito de maltrato del artículo 403 bis, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, advierten que “en cuanto a los sujetos, este delito contempla la particularidad de ser uno con víctima definida o sujeto pasivo calificado, que no necesariamente tiene una relación personal con el autor.¹⁰⁸”

¹⁰⁸ Ibid, p. 139.

2. Análisis de la estructura típica del artículo 150 A del Código Penal.

Para efectos de analizar dogmáticamente el delito de tortura, a continuación, se esquematizará la descripción típica que realiza el artículo 150 A CP, de la siguiente forma.



109

2.1 Conducta Típica

Al respecto, el artículo 150 A ofrece dos conceptos de tortura, señalando que “Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente.¹⁰⁹”

Como es posible observar, la descripción de la conducta típica está configurada de manera amplia. No obstante, la disposición sí ofrece criterios orientadores al respecto,

¹⁰⁹ Las finalidades y/o motivaciones pueden ser (1) Obtener declaración, confesión o información, (2) fines represivos, (3) coacción y/o (4) motivos de discriminación.

¹¹⁰ Artículo 150 A, Código Penal.

en tanto tales conductas deben ocasionar dolor o sufrimiento grave en la víctima o bien, anular su personalidad o disminuir su voluntad. Por tanto, es posible afirmar que no cualquier conducta va a ser constitutiva del delito de tortura, sino solo aquellas que tengan la capacidad de producir tales efectos en la víctima.

En cuanto a la conducta típica, el artículo 150 A contempla al menos tres formas distintas de conducta punible, comprensivas específicamente a las conductas de *consentir, aplicar u ordenar*, la ejecución de actos de tortura.

Ahora bien, en relación a la conducta típica de ordenar un acto de tortura, autores como Matus y Ramírez han dispuesto que: “de no ser por esta expresa disposición legal, debiera considerarse una proposición o inducción a cometer un acto de tortura, según los Arts. 8° y 15 N°2”¹¹¹ Asimismo, señalan “que esta es una figura que sólo puede cometer un empleado público, el que es sancionado a este título, aunque no se ejecute el acto de tortura, o no tome parte en su ejecución, adelantándose el castigo a lo que, de otra manera sería un acto preparatorio impune, en caso de que la proposición o inducción fracasare”¹¹².

Respecto a dicho punto, es decir, a que la orden sólo puede provenir de un funcionario público, es posible advertir que el inciso segundo del Art. 150 A contempla la posibilidad de que sea un particular el que, *en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo*. Situación que, a juicio de Mario Durán, constituye una ampliación del “sujeto activo del delito, extendiéndolo desde el históricamente delimitado y especial sujeto activo *empleado público* al sujeto activo “cuasi-común” *particular* que, bajo determinadas condiciones, esto es, en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, realice los actos aquí sancionados¹¹³”. Pues en este caso, “lo que exige la norma es que el particular debe ser aquí quien consuma, realice, practique o lleve a cabo las torturas sobre el sujeto pasivo¹¹⁴”

¹¹¹ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. Tomo I. p. 147.

¹¹² Ibid, p. 147.

¹¹³ DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. (27): 215, 2019.

¹¹⁴ Ibid, p. 221.

En cuanto a consentir la realización de tortura, la doctrina ha entendido como tal a “la manifestación de la anuencia, aprobación, beneplácito, permiso o del acuerdo, de parte del sujeto activo empleado público, para con la realización de los tormentos contra la víctima por parte de terceros”.¹¹⁵ Conducta que además ha sido entendida como “una elevación a figura autónoma de lo que nuestro Código entiende por conspiración para la ejecución de un acto de tortura en el Art. 8º, esto es, concertarse para la ejecución de un delito determinado, y, por tanto, tampoco requiere para su castigo que el acto se ejecute o que el empleado que consiente tome parte en su ejecución”¹¹⁶

En lo que respecta a la conducta de aplicar actos de tortura, esta “puede ser cometida indistintamente por un empleado público o un particular, tomando parte inmediata y directa en la aplicación o ejecución de las torturas. Se trata aquí de un delito común, cuyo título es transmisible a todos los partícipes y está sujeto a las reglas generales de *iter criminis* y participación”¹¹⁷

Cabe hacer mención, que el artículo 150 A contempla la posibilidad de sancionar al funcionario público que, en conocimiento de tales actos, no los impide ni los hace cesar, pudiendo hacerlo, advirtiéndose en ella una modalidad omisiva del delito de tortura. La que, en palabras de Durán, corresponde a un “delito de omisión propia en el que la ley define expresamente los casos, las situaciones fácticas y los requisitos en los que el agente -aquí el empleado público- deberá actuar para dar cumplimiento al mandato legal que le exige actuar. Éstos no son otros que, precisamente, los arriba señalados; el caso del empleado público que tiene la facultad o autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la tortura o está en posición para ello”¹¹⁸.

Así, estos serían casos en que “la ley subentiende que se trata de un empleado público que no ha ordenado, consentido ni aplicado la tortura, estableciendo una especial forma de responsabilidad por el mando que no tiene un correlato directo e las formas de responsabilidad de los Arts. 15 y 16, pero sí en el inc. 1º del Art. 35 de la Ley N° 20.357”¹¹⁹. Motivo por el cual además, no se exigiría a su respecto la voluntad de que

¹¹⁵ Ibid, p. 221.

¹¹⁶ Ibid, p. 147.

¹¹⁷ Ibid, p. 148.

¹¹⁸ Ibid, p. 222.

¹¹⁹ Ibid, p. 148.

las torturas se ejecuten, sino únicamente que quien pueda impedir las o hacerlas cesar, tenga conocimiento de su ocurrencia.”¹²⁰

2.2. Sujeto Activo

En torno a quien puede ser sujeto activo del delito de tortura, la definición menciona una figura calificada, señalando como tal, tanto al funcionario público, así como como al particular que, en ejercicio de sus funciones públicas o a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público ejecuta los actos constitutivos de tortura.

En relación a ello, cabe señalar que la calificación del sujeto activo se encuentra también mencionada en la Convención contra la tortura (CCT), referencia que a juicio de autores como Meza-Lopehandía, es de carácter amplio, haciendo la distinción entre tres categorías, a saber: “i) el funcionario público; (ii) el particular ejerciendo funciones públicas; y (iii) el particular que actúe a instigación de alguno de los sujetos anteriores, o con el consentimiento o aquiescencia de aquél”.¹²¹

Finalmente, en torno a las clasificaciones de los delitos en razón del sujeto activo, cabe mencionar en este punto, que el delito de tortura es un delito especial propio, en tanto describe “una conducta que sólo es punible a título de autor si es realizada por ciertos sujetos, de modo que los demás que la ejecuten no puedan ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta.”¹²² Definición que se ajusta al tipo en estudio en tanto la tortura contempla como sujeto activo a la figura del funcionario público o bien al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo. De no ser así, no podría entonces configurarse la tortura.

¹²⁰ Ibid, p. 148.

¹²¹ MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Sujeto Activo en el delito de torturas: estándar internacional y legislación extranjera. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*: 1-11, 2016. p. 3.

¹²² MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016. p. 236

2.3. Sujeto Pasivo

El artículo 150 A dispone en términos amplios “la persona” contra quien se ejercen dolores o sufrimientos graves. No habiendo así, al tenor de la disposición, especificación o condicionamiento en torno al sujeto pasivo. Todo lo cual es también coherente con la Convención contra la Tortura, tratado que tampoco expresa distinción alguna en torno al sujeto pasivo.

2.4. Tipo Subjetivo

El análisis en torno a la tipicidad subjetiva amerita hacer referencia al elemento del dolo como criterio de imputación subjetiva, específicamente en torno al dolo del funcionario público que, en ejercicio de sus funciones, aplica, ordena o consiente en que se aplique tortura.

Al respecto, parte de la doctrina entiende que la tortura es “un delito donde el dolo ha de abarcar todos los elementos del tipo y, en ese sentido, el sujeto activo ha de conocer y querer, tener conciencia y voluntad de que se encuentra en una situación de aplicación de tortura. O de aceptar tales actos como una consecuencia necesaria de su actuar o, al menos, aceptar como probable -en los supuestos de dolo eventual- que su acción tiene como consecuencia infligir actos -o no evitarlos- que menoscaban la integridad moral de la víctima, y actuar con indiferencia a dicho resultado”¹²³

En relación a ello, el Comité Internacional de la Cruz Roja ha reconocido como elemento distintivo de la tortura en relación con otros actos, como, por ejemplo, los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que ella supone la “existencia de un propósito concreto, sumada al hecho de infligir sufrimiento o dolor graves en forma intencional.”¹²⁴

La mención a la intencionalidad del sujeto activo se observa también en la legislación nacional, precisamente en la definición de tortura que realiza el legislador en el inciso

¹²³ DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. (27): 231, 2019.

¹²⁴ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. ¿Qué se entiende por tortura y malos tratos? [en línea] <<https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/69tjvk.htm>> [consulta 16 de febrero de 2019]

tercero del art. 150 A CP. Sin embargo, la sola referencia a dicha disposición resulta insuficiente y poco certera para efectos del análisis del tipo subjetivo. Específicamente, pues de la lectura del art. 150 A en toda su extensión, se advierte que es en el inciso primero en donde se hace mención a la conducta típica que puede ejecutar el funcionario público con dolo de tortura, hipótesis distinta a la intención de infligir daños contemplada en el inciso tercero.

El inciso primero del Art. 150 A CP sanciona al *empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura.*

Al tenor de la norma, es posible advertir que la hipótesis típica fundamental del tipo penal y respecto de la cual debe concurrir el dolo de tortura en el agente es precisamente la de aplicar, ordenar o consentir la aplicación de tortura, respecto de las cuales es posible además reflexionar en torno al querer y saber la conducta típica de parte del sujeto activo.

Situación del todo distinta es que para efectos de definir la tortura el legislador haga referencia a la intención de ocasionar daños o sufrimientos en la víctima, lo que no debe confundirse para el análisis del tipo subjetivo, pues al tenor de lo ya señalado, éste exige dolo de tortura (mediante ordenar, aplicar o consentir) y no dolo de infligir dolor.

Ahora bien, para una mayor precisión en torno al análisis mencionado hasta ahora, nos remitiremos al estudio realizado por Roxin en la materia, quien a propósito de la distinción entre los tipos de dolo reconoce que: “comúnmente se distinguen tres formas distintas de dolo: la intención o propósito (*dolus directus* de primer grado), el dolo directo (*dolus directus* de segundo grado) y el dolo eventual (*dolus eventualis*)”¹²⁵. Agregando que, “para caracterizar unitariamente las tres formas de dolo se emplea casi siempre la descripción del dolo como “saber y querer (conocimiento y voluntad)” de todas las circunstancias del tipo legal”.¹²⁶ En el mismo sentido, Garrido Montt advierte a propósito del dolo, que este “se distingue entre dolo directo (o de primer grado), indirecto (de consecuencia segura o de segundo grado) y eventual,¹²⁷ distinción que “depende de la coincidencia de la intención del sujeto (aquellos que precisamente persigue) con el

¹²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997. p. 12.

¹²⁶ Ibid, p. 12.

¹²⁷ GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría del delito. Tercera edición actualizada. 2003. p. 78.

resultado y, secundariamente, de la mayor o menor seguridad que existe en cuanto a la concreción de este último a consecuencia de la acción.¹²⁸

La distinción a la que hace referencia tanto Roxin como Garrido Montt resulta del todo pertinente en el marco de las conductas sancionadas al tenor del art. 150 A. Específicamente, a propósito de la figura del sujeto activo que ordena, consiente u ordena la aplicación de tortura.

Así, en virtud del análisis de dicha clasificación y las conductas típicas señaladas en el art. 150 A, la afirmación de la figura del dolo de primer grado en el cual “el autor persigue la realización del delito”,¹²⁹ o también denominado dolo directo, “en cuanto se corresponde con la idea de propósito o intención de realización del tipo objetivo”,¹³⁰ no resulta problemática a propósito de la conducta descrita como aplicar tortura. Pues, al tenor de la norma, dicha conducta implica una ejecución directa de parte del sujeto activo, sin mediación de terceros, quien por lo demás conoce y acepta dicha conducta con el propósito de conseguir algunas de las finalidades descritas en el inciso tercero del art. 150 A.

Respecto de los actos de ordenar y consentir en la aplicación de tortura, la afirmación respecto de dichas conductas no resulta del todo sencilla, principalmente en razón de que, en estos casos, quien ejecuta directamente los actos de tortura –con dolo directo– no se corresponde con quien ordenó o consintió en su ejecución, siendo así necesario realizar ciertas precisiones.

Ya se mencionó anteriormente que respecto de quien aplica la tortura, la valoración del dolo directo no resulta confusa pues, en definitiva, ejecuta la acción de tortura sobre la víctima no es el tercero que ordenó o consintió en ello, sino aquel que la aplicó de manera directa.

Por el contrario, respecto de quien ordena a otro o consiente que otro aplique tortura cabe la afirmación en torno al dolo eventual con el que actúa el agente, en tanto quien ordena pese a representarse el posible sufrimiento de la víctima, lo acepta como una consecuencia de aquello que ordena o consiente.

¹²⁸ Ibid, p. 78.

¹²⁹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016. p. 270

¹³⁰ OXMAN, Nicolás. Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón. *Revista Ius et Praxis* (Talca), 19 (1): 149, 2013.

En efecto, señala la doctrina que “obra con dolo *eventual* quien, habiéndose representado la producción del hecho típico como una consecuencia posible de su acción, *acepta* en su voluntad esa alternativa para el caso que se realice”¹³¹.

Así, es dable advertir en el marco del tipo subjetivo del delito de tortura, la posibilidad de concurrir no solo dolo directo, sino también dolo eventual respecto de quien ordena o consiente en la tortura. Situación que no deja de ser llamativa en términos prácticos cuando se trata de determinar la imputación de responsabilidad penal pues ello amplía la posibilidad de atribuir responsabilidad no solo a quien aplica directamente tortura conociendo y aceptando aquello, sino que también a quien se representa el acto mismo como una *consecuencia posible* y, no obstante, consiente u ordena en ello. Tal como puede ocurrir, con aquellos funcionarios públicos –querellantes, por ejemplo- que a sabiendas de lo altamente dañino y traumático que puede resultar la declaración de una víctima de violación (menor de edad) en un espacio no protegido, persiste en el interrogatorio hasta la obtención de una declaración.

Finalmente, cabe mencionar en este punto lo señalado por autores como Matus y Ramírez, quienes han reconocido que: “La existencia de especiales elementos subjetivos en esta clase de delitos (las finalidades de obtener información, disciplinar o el motivo de discriminación) excluye su imputación a título culposo, lo que es coincidente, además, con su ubicación sistemática y la expresa mención a la necesidad de acreditar que la actuación del empleado público sea abusando de su cargo o funciones que hace el Art. 150 A”¹³²

En el mismo sentido, se ha reconocido que “la condición especialmente dolosa del delito de tortura en su configuración internacional “mínima” determina la exclusión del tipo imprudente”¹³³.

2.4.1. Análisis de los elementos Subjetivos del Delito de Tortura.

¹³¹ Ibid, p. 317.

¹³² MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. Tomo I. p. 151.

¹³³ DE LA CUESTA, ARZAMENDI, Jose Luis. *Tortura como Abuso de Poder; Aspectos Penales*. p. 154.

La doctrina, a propósito del análisis del tipo subjetivo, ha reconocido que éste se compone del dolo y en su caso de otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo¹³⁴, los que por lo demás, sólo se observan en determinados delitos, tal como ocurre con la tortura, específicamente, en relación a las finalidades enunciadas por el artículo 150 A.

A propósito de ello, tiene sentido su mención dentro del análisis dentro del tipo subjetivo, pues aun cuando el dolo integra *necesariamente* la parte subjetiva del tipo doloso, que normalmente no precisa más. En ocasiones la ley requiere que, además, concurren en el autor otros elementos subjetivos para la realización del tipo¹³⁵. Así, en relación a la tortura, “además del dolo el tipo del delito de tortura exige para su configuración la concurrencia de elementos subjetivos adicionales”.¹³⁶

Ahora bien, en relación a los elementos subjetivos del tipo, cabe señalar que la doctrina los ha entendido como aquellos “que hacen referencia a especiales motivaciones o finalidades del autor que deben comprobarse antes de afirmar la tipicidad del hecho. Según la naturaleza y función de dichos elementos, los delitos se clasifican en *de intención trascendente* y *de tendencia*”.¹³⁷

Un ejemplo paradigmático a este respecto es el ánimo de lucro con el cual el autor debe tomar la cosa ajena, en el caso del tipo de hurto del artículo 432 del Código Penal. De ese modo, para que se configure el delito, es necesario que el autor “además de conocer y querer tomar la cosa (dolo), el autor lo haga <<con ánimo de lucro>>”.¹³⁸

En concepto de autores como Politoff, Matus y Ramírez, “en los delitos de *intención trascendente* se precisa que el sujeto quiera algo externo, situado más allá de la conducta objetivamente exigida, con una relación de medio a fin entre lo que se exige

¹³⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997. p. 307.

¹³⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016. p. 287.

¹³⁶ SILVA Medina, Rodrigo. El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código Penal. Tesis doctoral. Barcelona, España. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013. 164 p.

¹³⁷ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. pp. 191-192.

¹³⁸ Ibid, p. 287.

en el plano objetivo y lo que queda *más allá* (y que solo está en el ánimo del sujeto)”¹³⁹. Así, “la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo.”¹⁴⁰

A su vez, la tendencia interna trascendente da lugar a dos sub clasificaciones de delitos: el delito mutilado de dos actos y el delito de resultado cortado.

Respecto al primero, parte de la doctrina ha señalado que en ellos “el sujeto tiene una mira por alcanzar que debiera tener lugar, *con una propia actuación suya*, después de la realización de lo objetivamente exigido en la descripción del hecho, pero que el sujeto *no necesita realizar* para que el delito esté consumado”¹⁴¹. Es decir, “el resultado adicional ha de ser provocado por una acción ulterior”.¹⁴²

Por su parte, los delitos de resultado cortado, “son aquellos cuyo resultado externo va más allá del tipo objetivo y que debe acontecer por sí mismo, es decir, sin la intervención del autor”¹⁴³. Dicho de otra manera, “el segundo resultado ulterior debe producirlo la propia acción típica sin una segunda acción adicional”.¹⁴⁴

Ahora bien, para efectos de aplicar las definiciones y clasificaciones referidas anteriormente, y relacionar ello con los elementos subjetivos del tipo penal de la tortura, es pertinente recordar cuáles son las finalidades que describe la norma y cuya consecución pretende alcanzar el sujeto activo.

Así, el inciso tercero y cuarto del artículo 150 A disponen:

Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o

¹³⁹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 192.

¹⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997. p. 317.

¹⁴¹ POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. p. 192.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997. p. 317.

¹⁴³ SILVA Medina, Rodrigo. El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código Penal. Tesis doctoral. Barcelona, España. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013. p. 178.

¹⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997. p. 317.

se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo¹⁴⁵.

Del tenor literal de dicha disposición, es posible desprender que el artículo 150 A CP, consagra cuatro finalidades y motivos cuya consecución es pretendida por el agente. Las que para mayor claridad se puede clasificar de la siguiente forma:

<p>Aplicar, consentir u ordenar tortura "para"</p>	<p>Aplicar, consentir u ordenar tortura "por"</p>
<ul style="list-style-type: none"> •Finalidad de obtener información, declaración o confesión. •Finalidad represiva •Finalidad intimidatoria o de coacción 	<ul style="list-style-type: none"> •Motivos de discriminación

De dicha clasificación, se advierte que, respecto a la finalidad de obtención de información, declaración o confesión, así como la finalidad intimidatoria o coactiva, los dolores o sufrimientos graves son ejercidos por el autor con el objetivo de conseguir efectivamente una conducta de la víctima.

Precisión del todo relevante, pues dice relación con la funcionalidad de la conducta del agente con el fin que pretende, es decir, respecto de ellas es posible verificar que efectivamente los dolores o sufrimientos ocasionados en la víctima tienen un objetivo determinado, que se materializa en un comportamiento en concreto que se obtiene de ella. Comportamiento que no es posible –al menos en principio- advertir en torno a las finalidades represivas o con motivo de discriminación, en donde el castigo que ejerce el autor en contra de la víctima, o bien, el dolor que le ocasiona por pertenecer por ejemplo,

¹⁴⁵ Artículo 150 D, Código Penal.

a una raza determinada, parecieran no tener un carácter instrumental a la consecución de una conducta, sin perjuicio de que tales fines puedan ser alcanzados con la sola inflicción de dolores o sufrimientos graves en contra de la víctima.

Respecto a la finalidad consistente en obtener una confesión, información o declaración de parte de la víctima -a la que se hará especial mención más adelante por ajustarse a los casos en estudio- y la clasificación realizada entre delitos de resultado cortado y delito mutilado de dos actos, es posible afirmar que el delito de tortura corresponde a un delito de resultado cortado. Afirmación que tiene sentido al considerar que la obtención de una confesión -la consecución de dicho fin- no amerita de parte del autor una acción distinta o adicional a la inflicción de dolores o sufrimientos en la víctima, sino que tal propósito se obtiene con la sola acción típica.

Así, por ejemplo, el sufrimiento psíquico que el agente inflige en la víctima para conseguir una declaración, es en sí mismo lo suficientemente coercitivo para la víctima como para alcanzar el fin pretendido de modo que resulta innecesaria la ejecución de un nuevo acto para alcanzar dicho fin.

Ahora bien, la hipótesis que se ha formulado en torno a la funcionalidad coercitiva que es posible advertir en la conducta del agente cuando éste pretende la obtención de información de parte de la víctima, amerita mayor profundización. Pues para su debida comprensión, es necesario abordar las figuras de la fuerza y la amenaza en términos de vis absoluta y vis compulsiva utilizada por Binding, a lo cual nos referiremos de manera más detallada en el siguiente título.

2.5. Bien jurídico Protegido

2.5.1. Calificación de la tortura como delito pluriofensivo

En torno a la discusión del bien jurídico protegido mediante el delito de tortura, existen diversas afirmaciones al respecto, entre ellas, que “el bien jurídico protegido tiene una doble faz. Por una parte, se trata de un bien jurídico de origen o rango constitucional,

que es la integridad física y psíquica de las personas, al que se agrega la integridad sexual (producto de la tipificación chilena) y la dignidad humana”¹⁴⁶.

En el mismo tenor, Matus y Ramírez han señalado en relación a la tortura y el bien jurídico protegido mediante el tipo penal “que en la clase de atentados que aquí se trata se lesiona la vida y la integridad física y psíquica de las personas [...]”¹⁴⁷

Así también, en el marco internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 5 titulado “*Derecho a la Integridad Personal*”, que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” y que “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”¹⁴⁸.

Al tenor de lo señalado por la doctrina y normas internacionales en torno al bien jurídico protegido por el tipo penal de tortura, pareciera ser que a su respecto no hay un criterio único sino por el contrario, dicha discusión se abre a la posibilidad de admitir la protección de distintos bienes jurídicos tales como la vida e integridad física y psíquica del individuo e incluso su autonomía personal, y con ello, afirmar la calificación del delito de tortura como delito pluriofensivo.

En esa línea argumentativa, Suárez López a propósito del bien jurídico tutelado por el delito de tortura, reconoce la protección tanto de la autonomía personal del individuo así como la de diversos derechos fundamentales, tales como integridad y dignidad del ser humano, tras lo cual concluye que el delito de tortura es “un ejemplo de lo que la doctrina penal denomina delito pluriofensivo, es decir, una conducta punible que atenta simultáneamente contra dos o más bienes jurídicos dignos de tutela”¹⁴⁹

La reflexión realizada por el autor en torno a calificar al delito de tortura como delito pluriofensivo no resulta conflictiva si se tiene en consideración el alto nivel de afectación que la tortura puede ocasionar en distintas dimensiones del ser humano, las que cabe destacar, trascienden su integridad física o corporal.

¹⁴⁶ IRARRÁZABAL, Cristian. *Minuta sobre el delito de tortura*. En: Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno; Parte Especial*, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia; 2017. p. 20.

¹⁴⁷ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. Tomo I.

¹⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁴⁹ SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *RAI Revista Análisis Internacional*. N° 7, Año 2013 P. 221

Este último aspecto se advierte como relevante al momento de reflexionar en torno al bien jurídico protegido, pues solo a partir de un análisis comprensivo de todas las dimensiones del ser humano que resultan afectadas por la tortura, es posible problematizar y reflexionar en la significancia de su calificación como delito pluriofensivo, así como en el plus de injusto inherente a dicho delito, y que viene dado por la afectación adicional que la tortura ocasiona a la integridad del ser humano. A diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con el delito de coacción violenta o amenazas condicionales, cuyo bien jurídico protegido no es otro que la *libertad personal* entendida como libertad de acción,¹⁵⁰ o como dispone Maldonado respecto de la coerción violenta, como un atentado que afecta a la libertad de autodeterminación en general¹⁵¹.

A mayor abundamiento en torno al plus de injusto, cabe mencionar lo que advierte Días Pita “quién delimitó y argumentó que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos era más bien la integridad moral”,¹⁵² cuyo concepto cabe definir 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.”¹⁵³

Concepto que, en coherencia con el carácter pluriofensivo de la tortura, hace comprensible la reflexión de Mario Durán, quien advierte que “en este ámbito, los posibles ataques no justificados a la inviolabilidad de los derechos de las personas teleológicamente deben vincularse, más que al sujeto activo que los realiza o a los efectos físicos que causan, a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Razón por la cual, en definitiva, la integridad moral sería el bien jurídico que protege penalmente

¹⁵⁰ BASCUÑÁN, Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. Universidad de Chile. p. 282.

¹⁵¹ MALDONADO, Francisco. Amenazas y coacciones en el derecho penal chileno. (13): 8, 2018.

¹⁵² DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido (27): 207, 2019. En: DÍAZ PITA, María, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”.

¹⁵³ DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido (27): 208, 2019. En: ARROYO, Luis, et al, (Dir), Comentarios al Código Penal”.

el derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que conlleven humillación, envilecimiento, cosificación o la instrumentalización de la persona”¹⁵⁴.

Lo anterior, resulta importante de destacar a propósito de lo señalado por Matus y Ramírez quienes a propósito de la discusión en torno al bien jurídico protegido, refieren que es la vida aquello que se ve lesionado por el delito de tortura, lo cual, como se ha reflexionado, pareciera no ser aquello que directamente protege el delito de tortura.

Pues, en concreto, mediante el ejercicio de tortura no necesariamente va a haber un ataque directo a la vida del ser humano sin más, pues si bien con la tortura se ocasionan dolores o sufrimientos físicos o psíquicos a la víctima, estos van orientados a la consecución de alguna de las finalidades contemplados en el artículo 150 A, que no dicen relación directa con ocasionar la muerte de la víctima sino más bien, con alcanzar los resultados allí propuestos tal como es obtener una confesión, declaración o información.

En ese caso, no es la vida únicamente considerada lo que se ve afectado por la tortura, sino, la afectación de su integridad y dignidad, relegadas por el trato hostil y vejatorio que ejerce el sujeto activo y que si bien puede no ocasionar su muerte, se trata de conductas que en sí mismas son transgresoras de la dignidad e integridad de la víctima, la que se vulnera desde el primer ataque en su contra o la sola imposición de aquella condición que de no cumplirse, asegura su sometimiento sostenido a tales sufrimientos.

Dicha reflexión es lo que permite afirmar que el tipo penal de la tortura cuenta con una estructura típica más compleja, que sugiere una mayor detención al momento de plantearnos la pregunta sobre el bien jurídico protegido. Pues por sobre la calificación de la tortura como delito pluriofensivo, es el plus de injusto dado por los tratos vejatorios hacia el ser humano, la relegación de su dignidad y la cosificación de la persona como instrumento para el alcance de determinadas finalidades aquello que intensifica dicha calificación y que es coherente con la protección que todo nuestro sistema jurídico ha construido respecto del ser humano como un fin en sí mismo, sobre la base de principios, valores y derechos fundamentales inherentes a su calidad como persona.

¹⁵⁴ DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido (27): 209, 2019.

2.5.2. Reflexiones en torno a la libertad como bien jurídico lesionado por el delito de tortura, con la finalidad de obtener una confesión, información o declaración de la víctima.

La discusión sostenida hasta ahora respecto a los bienes jurídicos protegidos, así como la afirmación de la calificación de la tortura como delito pluriofensivo abre la posibilidad a poder reflexionar en términos más específicos respecto a los bienes jurídicos protegidos por el delito de tortura en una relación con las finalidades del artículo 150 A.

Para efectos de este trabajo, y lo pertinente que resultarán las reflexiones en este punto en lo que respecta al análisis y comprensión de lo que ocurre con NNA que son interrogados por un funcionario público y las implicancias de dicha conducta en su faz interna dados los potenciales sufrimientos psíquicos que dicha instancia gatilla, el presente análisis se enfocará en la finalidad de obtener por parte del agente, una confesión, declaración o información determinada de la víctima. Pues, respecto de ella, es posible advertir la protección de un bien jurídico adicional, a saber, la libertad del ser humano.

En ese orden de ideas, cabe recordar que a propósito de dicha finalidad el Art. 150 A dispone que: *“Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión (...)”*¹⁵⁵.

Ahora bien, para efectos del análisis de la libertad como bien jurídico y su posterior relación con el caso en estudio, nos remitiremos a los argumentos y estudios realizados por el profesor Antonio Bascuñán, quien a propósito del delito de amenazas condicionales y coacciones violentas identifica como bien jurídico protegido a la *“libertad personal* como libertad de acción, es decir, como ausencia de obstáculos ilegítimos al desenvolvimiento de la propia capacidad de actuación en el marco de la vida social”¹⁵⁶.

La reflexión que realiza el autor en torno a la libertad como libertad de acción no deja de llamar la atención por estimarse coherente en sentido opuesto, con la situación de las

¹⁵⁵ Artículo 150 A, Código Penal.

¹⁵⁶ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. p. 282

víctimas de tortura cuando éstas son constreñidas a confesar o emitir una declaración o información determinada, en el marco de las finalidades reconocidas por el artículo 150 A CP. Dicha hipótesis, no es sino un caso ejemplificador de la ausencia de libertad de acción de la víctima, quien, frente a la imposición de una amenaza por parte del agente con la finalidad de obtener una confesión, y la necesidad imperiosa de la víctima de que el acto coercitivo termine, se ve constreñida a confesar, no de manera libre sino, reactiva a la conducta del agente.

Sin perjuicio de ello, a propósito de la libertad como bien jurídico, autores como Karl Binding han realizado también reflexiones en torno al bien jurídico libertad que se advierte necesario de revisar. A diferencia de Bascuñán, para Binding, la libertad como bien jurídico es comprendida como libertad de la voluntad, sobre su comprensión de que “los delitos contra la libertad se caracterizan porque son ataques a la voluntad”¹⁵⁷, pues en ellos, “la voluntad es el propio bien jurídico y el objeto de ataque.”¹⁵⁸

No obstante, cabe precisar que la existencia de dos nociones distintas del concepto de libertad –como libertad de acción y de la voluntad- no implica necesariamente una relación incompatible entre ambos conceptos. Pues, en ese sentido, como se verá más adelante, lo relevante en la tesis de Binding es el reconocimiento que realiza en torno a las distintas dimensiones de la voluntad como objeto de coacción, sin que ello excluya la comprensión de la libertad como libertad de acción. Pues, en este último caso, se advierte que la configuración de la libertad de acción se sustenta en la capacidad de actuación del individuo, siendo relevante que, respecto de ella, no existan impedimentos ilegítimos que la coarten cuando el individuo así lo dispone, es decir, en relación a una acción determinada que individualmente se haya propuesto realizar.

Hecha tal precisión, es prudente retomar la teoría de Binding, quien a propósito del concepto de libertad como libertad de la voluntad construye una distinción entre “la capacidad de formación de la voluntad, la capacidad de decisión de la voluntad y la capacidad de ejecución de la voluntad como objetos específicos del ataque coercitivamente relevante”.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MUÑOZ Sánchez, Juan. *El delito de Detención*. Editorial Trotta. p. 37.

¹⁵⁸ *Ibid*, p. 37.

¹⁵⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor. p. 77. Referencia a Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil*, Tomo I, pp. 80 ss.

Adicionalmente, autores como Muñoz Sánchez a propósito de las fases del proceso volitivo, reconocen “cuatro fases o círculos concéntricos:

- a) la capacidad de voluntad, entendida como la capacidad de adoptar una decisión de obrar.
- b) la capacidad de formación de la voluntad, fase en la cual el sujeto delibera sobre la decisión a tomar, a la vista de motivos contrapuestos;
- c) la capacidad de ejecutar exteriormente la voluntad, fase en la cual una vez tomada la decisión el sujeto trata de ponerla en práctica;
- d) el menosprecio de la voluntad, fase en la cual el sujeto ya ha manifestado exteriormente, bien expresa o tácitamente, y sin embargo el sujeto activo actúa ignorando tal voluntad”¹⁶⁰

Sin perjuicio del reconocimiento que parte de la doctrina realiza en torno a las fases del proceso volitivo, para el presente análisis nos enfocaremos en las tres etapas reconocidas por Binding, a saber, formación, decisión y ejecución de la voluntad.

Así, acorde a ello “la tesis de Binding consiste en que la afectación de la capacidad de formación y realización de la voluntad es incompatible con la afectación de la capacidad de decisión de la voluntad. Así, la coacción física incide o bien en la capacidad de formación o bien en la capacidad de realización de la voluntad, mientras que la coacción psicológica, exclusivamente en la capacidad de decisión de la voluntad”¹⁶¹. De lo cual concluye “la diferenciación de los medios coercitivos de la violencia y amenaza: violencia es el medio comisivo propio de la coacción física, mientras que amenaza es el de la coacción psicológica”.¹⁶²

Al tenor de lo señalado hasta ahora, la distinción realizada por Binding resulta relevante en tanto “ofrece un buen punto de partida para ofrecer una demarcación funcional entre la violencia y la amenaza como medios coercitivos. Así entendido, las tres etapas del proceso de formación de la voluntad vienen a ser los presupuestos fácticos de la capacidad personal de acción.”¹⁶³

¹⁶⁰ MUÑOZ Sánchez, Juan. *El delito de Detención*. Editorial Trotta. pp. 37-38.

¹⁶¹ MAÑALICH, Juan Pablo. Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor. p. 77. Referencia a Binding, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil*, Tomo I, p. 77.

¹⁶² Ibid, p. 77.

¹⁶³ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. pp.282-283.

En ese sentido, la fuerza y la amenaza son reconocidos por el autor como mecanismos propios de la coacción física y psicológica respectivamente, según, además, cuál sea la dimensión de la libertad que se vea afectada. Acorde a ello se afirma que la amenaza afectaría la dimensión propia de la decisión de la voluntad, mientras que la violencia, las dimensiones de formación y ejecución de la voluntad.

Por su parte, en torno a la capacidad de decisión de la voluntad, es posible asociar su contenido con la capacidad de deliberación de la víctima. Ello, pues conforme dicha descripción, la capacidad de ejecución y formación de la voluntad se relacionan con un aspecto objetivo del individuo, relacionado a su capacidad de acción, mientras que la capacidad de decisión, conlleva un ejercicio de deliberación en relación al motivo externo que introduce el agente, el que la víctima incorpora en su faz interna y de lo cual resulta compelida a hacer, omitir o tolerar algo de parte del autor.

Dicha situación fue la que Binding esquematizó distinguiendo entre *vis absoluta* (coacción física) y *vis compulsiva* (coacción psicológica). En términos conceptuales, la vis absoluta corresponde a “la supresión de la capacidad de formación de la voluntad y la puesta de obstáculos insuperables a la capacidad de ejecución de la voluntad, y vis compulsiva al ataque contra la capacidad de decisión de la voluntad.”¹⁶⁴

A propósito del delito de tortura, es posible advertir que dicha distinción no es necesariamente categórica en los términos señalados por Binding. Pues en el tipo penal del Artículo 150 A, el ejercicio de la fuerza física no es constitutiva de violencia como *vis absoluta*, sino que, la violencia es funcional a la obtención de un resultado, pudiendo así abrirse la posibilidad de realizar a su respecto una calificación distinta.

En otras palabras, en el caso del delito de tortura, la inflicción de dolores o sufrimientos graves en la víctima, no se ocasionan con el objeto de afectar la capacidad de formación y/o ejecución de la voluntad, sino más bien, la fuerza física cumple en este caso otra finalidad, la que se traduce en ser funcional a la afectación de la decisión de la víctima. De ese modo, el agente instrumentaliza la fuerza física, la que ejerce no con el fin de provocar un estado de inconsciencia en la víctima ni impedir solamente su movilidad corporal, sino que el fin del agente trasciende tales resultados, el que se

¹⁶⁴ Ibid, p. 294.

traduce en el caso en estudio, en obtener determinada información de parte del coaccionado.

Dicha afirmación es lo que da lugar a la interpretación de la intimidación o *vis compulsiva* como una forma de amenaza y no de violencia,¹⁶⁵ pues en tales casos el ejercicio de la fuerza como acometimiento físico está dirigido a la afectación de la capacidad de decisión de la víctima.

Así, resulta interesante la diferenciación que realiza Binding en torno a *vis absoluta* y *vis compulsiva*, así como también la profundización que en torno a ello realiza el profesor Bascuñán especialmente en torno a los casos de *vis compulsiva* conminatoria, “en los que la irrogación actual de un mal se encuentra conectada con la amenaza de proseguir o reanudar la irrogación de ese mal, o de irrogar otro mal diverso”.¹⁶⁶

En lo que respecta al delito de tortura, el ejercicio de coacción física es lo que da seriedad a la amenaza consistente por ejemplo en “o me das la información o te sigo golpeando”, amenaza que, en ese contexto, es funcionalmente eficaz para la obtención de un resultado, lo que, de no producirse, puede ser reforzado mediante la mantención de la conducta. Pues, en tales supuestos, la irrogación actual del mal no hace sino reforzar el efecto coercitivo de la amenaza con que se encuentra relacionada”¹⁶⁷

Lo anterior resulta relevante de precisar pues el caso paradigmático de esta forma de *vis compulsiva* es la tortura.”¹⁶⁸En ella, el carácter coactivo está determinado por la imposición de una amenaza como método funcionalmente coercitivo para alcanzar las finalidades del agente, pues quien confiesa bajo tortura no lo hace *porque* fue torturado, sino *para* no seguir siendo torturado: la idea de que las lesiones sufridas *causan* la confesión es insostenible.”¹⁶⁹

¹⁶⁵ Ibid, p. 194.

¹⁶⁶ Ibid, p. 297.

¹⁶⁷ Ibid, p. 297.

¹⁶⁸ Ibid, p. 297.

¹⁶⁹ Ibid, p. 298.

3. Sufrimientos psíquicos en la víctima: Consecuencias a corto y largo plazo.

3.1. Sufrimientos psíquicos como hecho traumático y su relación con el delito de tortura.

Habiéndose analizado el delito de tortura, su estructura típica, y teniendo presente los diversos elementos que dicho tipo penal exige para su configuración, es dable en este punto del trabajo sentar la pregunta en torno a si, es posible atribuir responsabilidad penal a título del delito de tortura del artículo 150 A CP, al funcionario público que, en el marco de la preparación de un juicio oral, interroga a NNA en calidad de víctima y/o testigos. Lo anterior, específicamente, en razón de los sufrimientos psíquicos de carácter grave que dicha instancia es capaz de provocar en un niño, niña o adolescente.

Responder adecuadamente a dicha interrogante, y con ello, afirmar o descartar la provocación de sufrimientos psíquicos en la víctima en el contexto judicial en estudio, exige en forma previa, manejar aquello que en términos de la ciencia de la psicología se entiende por sufrimiento psicológico, así como aquellas situaciones o eventos que pueden impactar en el ser humano de manera traumática y sus consecuencias, específicamente cuando se trata de NNA, en términos de la psicología del desarrollo.

Ahora bien, es relevante contextualizar que la configuración o no del delito de tortura en los términos en que el presente trabajo pretende despejar, dice relación con la afectación que NNA sufren en la instancia de preparación de juicio oral considerado como un hecho individual y diferenciado del proceso judicial a propósito del cual surge el fenómeno de la revictimación. Precisión que cabe realizar pues en ese contexto, “la realidad demuestra que, en su paso por el proceso penal, las víctimas igualmente sufren de acciones institucionales inadecuadas que les provocan un impacto negativo que, en

muchos casos, contribuye a agravar el daño psicológico o a cronificar las secuelas producidas por el delito.”¹⁷⁰

Avanzando en lo que respecta a los sufrimientos psíquicos, la psicología ha entendido el daño psicológico como aquellas “lesiones psíquicas agudas sufridas por un delito violento, que, en algunos casos, pueden remitir con el paso del tiempo, el apoyo social o un tratamiento psicológico adecuado; y por otro, a las secuelas emocionales que persisten en la persona de forma crónica como consecuencia del suceso sufrido y que interfieren negativamente en su vida cotidiana.”¹⁷¹ Agregando que “las secuelas emocionales se refieren a la estabilización del daño psíquico, es decir, a una discapacidad permanente que no remite con el paso del tiempo ni con un tratamiento adecuado. Se trata, por tanto, de una alteración irreversible en el funcionamiento psicológico habitual o, dicho en términos legales más imprecisos conceptualmente, de un *menoscabo a la salud mental*.”¹⁷²

En ese mismo orden de ideas, otros autores han señalado que “se puede hablar de daño psíquico en un determinado sujeto “cuando este presenta un deterioro, disfunción, disturbio, alteración, trastorno o desarrollo psicogénico o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva, intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa”, “definiendo el daño como un “estado determinado del psiquismo con un claro origen vivencial traumático”.¹⁷³

El daño psíquico se vincula así a la ocurrencia de un hecho en la vida de un individuo capaz de impactar de menor o mayor forma en su funcionamiento vital actual o futuro. Así, es que algunos autores refieren que “los sucesos de vida se pueden considerar como antecedentes potenciales o causas de cambios o modificaciones estructurales y funcionales en la vida de los sujetos¹⁷⁴”.

¹⁷⁰ Ministerio Público et al. 2010. Guía para la evaluación Pericial de Testimonio en víctimas de delitos sexuales. p. 33.

¹⁷¹ ECHEBURÚA, Enrique, DE CORRAL, Paz y AMOR, Pedro. Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* (4): 228-229, 2004.

¹⁷² *Ibid*, p. 230.

¹⁷³ Guía para la evaluación pericial de daño en víctimas de delitos sexuales. En Castex, M. (2005) p. 33.

¹⁷⁴ RAMÍREZ, Clemencia. *Consecuencias Abuso Sexual en el desarrollo psicológico en la infancia y adolescencia*. Tesis (Doctorado). Bogotá, Universidad de Granada, 2008. p. 41.

Asimismo, en términos del trauma, “Freud establece que el trauma psíquico es la consecuencia de un gran evento traumático o de una secuencia temporal de traumas parciales de menor envergadura que han operado sobre el psiquismo del sujeto sobrepasando su barrera protectora”.¹⁷⁵

En esa misma línea, “el acontecimiento traumático ha sido definido por la Asociación Psiquiátrica Americana como aquella situación psicológicamente estresante que sobrepasa el repertorio de las experiencias habituales de la vida (como puede ser un duelo simple, una enfermedad crónica, una pérdida económica o un conflicto sentimental), que afectará prácticamente a todas las personas y que provocará un intenso miedo, terror y desesperanza, con una seria amenaza para la vida o la integridad física personal o de un tercero.”¹⁷⁶

En relación a tales hechos o sucesos vitales capaces de producir un trauma en el individuo, la doctrina ha advertido, entre otros, el ser víctima de abuso sexual o violación u otro delito violento en la infancia.

Sobre dicho reconocimiento, y considerando la gravedad y el impacto que un hecho traumático tal como ser víctima de abuso sexual en la infancia o adolescencia genera en sus víctimas, así como en su desarrollo vital posterior, para efectos de este trabajo, me haré cargo específicamente de los casos de Abuso Sexual Infantil –en adelante ASI– cuyas víctimas son NNA. Ello, precisamente por tratarse de casos en los que el daño psicológico sufrido es de tal magnitud, que la sola exposición, por ejemplo, a una declaración o entrega de relato posterior a la vulneración, se configura en sí misma, como un nuevo hecho traumático necesario de revisar dadas las consecuencias nocivas en niños, niñas y adolescentes y lo altamente probable que resulta el ocasionar un nuevo trauma o daño psicológico como resultado de dicha exposición.

Ahora bien, en relación al daño psicológico que se ocasiona a las víctimas como resultado de su exposición posterior al sistema judicial, se advierten dos situaciones

¹⁷⁵ MADARIAGA, Carlos. Trauma psicosocial, trastorno de estrés postraumático y tortura. *Editorial Cintras*, 2002. p. 9.

¹⁷⁶ Trastornos por estrés postraumáticos: aspectos clínicos, revista digital [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272002000600003 [consulta: 20 junio 2019]

vinculadas al hecho traumático, cuya distinción es pertinente enfatizar para efectos de demarcar con mayor precisión los casos que son relevantes para el análisis en torno a la atribución de responsabilidad penal del funcionario público que interroga a NNA víctimas de delitos sexuales.

Acorde a ello, es posible advertir una primera hipótesis de afectación psicológica – distinta al daño directamente sufrido con ocasión de la situación abusiva- asociada al daño que un niño, niña o adolescente sufre resultado del proceso de re victimización -al que se hará mención más adelante- mientras que en la segunda, la provocación de daño psicológico en la víctima se observa como resultado de la interacción con un funcionario público en el contexto de la preparación del juicio oral, instancia que, acorde se verá, puede llegar a desarrollarse de manera violenta para la víctima en razón del tenor y modalidad de las preguntas que se le formulan.

Sentada dicha distinción, profundizar en torno a la segunda hipótesis y la eventual atribución de responsabilidad penal, amerita en forma previa revisar los fundamentos y algunos estudios que la psicología ha desarrollado en materia de Abuso Sexual Infantil y las consecuencias que a corto y largo plazo dicho evento genera en el desarrollo vital del ser humano. Todo ello, como antecedente necesario para la debida comprensión del daño presente en NNA víctimas de ASI cuya incidencia en una etapa vital vulnerable como la infancia y adolescencia se configura como un elemento predictor del daño psicológico que posteriormente es capaz de producirse asociado a alguno de las situaciones que se han identificado.

En relación al Abuso Sexual Infantil se ha señalado que “puede llegar a ser considerado como un evento traumático, esto último por los efectos y consecuencias que ocasiona”,¹⁷⁷ las que poseen mayor probabilidad de menoscabar la salud mental del ser humano cuando el evento traumático se ocasiona en la infancia o adolescencia.

Sobre lo anterior, se ha señalado que “las experiencias traumáticas en la temprana infancia tienen un efecto a largo término en el funcionamiento psicológico de las personas”,¹⁷⁸ lo que es coherente con el nivel de desarrollo que los niños y niñas alcanzan

¹⁷⁷ Ibid, p. 42.

¹⁷⁸ Ibid, p. 44.

en dicha etapa, la adquisición de herramientas sociales, la construcción de relaciones de confianza con el mundo adulto, todo ello, procesos en etapa de plena elaboración y por tanto, más susceptibles de afectación y vulneración frente a un hecho ajeno y distorsionado como lo es una agresión sexual.

En relación a dicha etapa vital, la psicología reconoce que la ocurrencia de un hecho traumático durante la infancia “puede ser dramáticamente significativo, ya que no va a afectar a un ser humano biológica, psicológica y socialmente maduro, sino a un ser humano en una fase de desarrollo que requiere ciertas condiciones externas de estabilidad y protección”¹⁷⁹.

En ese sentido, autores han afirmado que “en relación a la etapa vital en la cual se produce un hecho traumático, el impacto, así como las consecuencias que de ello deriven en el funcionamiento del individuo varían considerablemente, tanto a nivel orgánico como psico emocional. Así, es que “el desarrollo es un factor decisivo en la elaboración cognitiva del trauma, que es procesado por una parte específica del cerebro. (...) Como los niños menores de 6 años no están lo suficientemente maduros el procesamiento es diferente y se ven afectados fisiológicamente de manera significativa. Esto, por lo tanto, sobrepasa sus capacidades de manejo y regulación. Esta capacidad de manejo está en función de la edad, por esto cuando más temprano se da la situación de trauma o de abuso la posibilidad de recuperación es menor”.¹⁸⁰

De hecho, “algunos autores constatan una peor salud mental general en víctimas de abuso sexual infantil, con una mayor presencia de síntomas y trastornos psiquiátricos en la edad adulta, estableciéndose una probabilidad cuatro veces mayor de desarrollar trastornos de personalidad en estas víctimas que en la población general”¹⁸¹. Entre los diagnósticos asociados al abuso sexual infantil, “incrementa el riesgo de trastorno antisocial, trastorno límite y antisocial de la personalidad, trastorno límite y trastorno de

¹⁷⁹ LÓPEZ-SOLER, Concepción. Las Reacciones Postraumáticas en la Infancia y Adolescencia Maltratada: El Trauma Complejo. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* (13): 159.

¹⁸⁰ RAMÍREZ, Clemencia. *Consecuencias Abuso Sexual en el desarrollo psicológico en la infancia y adolescencia*. Tesis (Doctorado). Bogotá, Universidad de Granada, 2008. p. 44

¹⁸¹ PEREDA, Noemí, GALLARDO-PUJOL, David y JIMÉNEZ, Rosa. Trastornos de Personalidad en Víctimas de Abuso Sexual Infantil. [en línea] <https://actaspsiquiatria.es/repositorio/13/70/ESP/13-70-ESP-131-139-359461.pdf> [consulta 20 junio 2019]

la personalidad por dependencia, trastorno obsesivo-compulsivo, o rasgos de la personalidad psicopatológicos como el paranoide, el límite, el histriónico, el narcisista o el dependiente, ente otros.¹⁸²”

Específicamente, se ha señalado que en el corto plazo, surgen las denominadas consecuencias iniciales del ASI o indicadores psicológicos que “son aquellos efectos que suelen situarse en los dos años siguientes al abuso”.¹⁸³ Entre ellos, se categorizan problemas emocionales (trastorno por estrés post traumático, ansiedad, depresión, baja autoestima, sentimiento de culpa y estigmatización), cognitivos y de rendimiento académico, de relación, funcionales (pérdida de control de esfínteres, trastornos del sueño), y de conducta”¹⁸⁴.

Así también, en términos conductuales, “uno de los efectos más documentado, es el comportamiento sexualizado que se manifiesta en los distintos ciclos de vida¹⁸⁵”. Entre tales conductas, son recurrentes “solicitar a adultos que toquen las partes privadas del niño o cualquier otra acción que es considerada de carácter sexual, masturbarse o estimularse con un objeto en el ano o la vagina, introducirse objetos en el ano o vagina, desnudarse el mismo en contextos poco usuales, desnudar a otros”¹⁸⁶, etc.

En relación a ello, en términos de género, “las niñas tienden a presentar reacciones ansioso-depresivas; los niños fracaso escolar y dificultades inespecíficas de socialización, así como comportamientos sexuales agresivos¹⁸⁷”

Cabe advertir, también en relación a las consecuencias iniciales del ASI, el Trastorno de Estrés Postraumático –TEPT- como uno de los indicadores de mayor gravedad presente en víctimas de delitos violentos, con sintomatología de alta complejidad y cuya

¹⁸² Íbid

¹⁸³ PEREDA, Noemí. Consecuencias Psicológicas iniciales del Abuso Sexual Infantil. Papeles del Psicólogo (30):135-144, 2009. Noemí Pereda Beltran. P 136.

¹⁸⁴ Ibid, p. 137.

¹⁸⁵ RAMÍREZ, Clemencia. *Consecuencias Abuso Sexual en el desarrollo psicológico en la infancia y adolescencia*. Tesis (Doctorado). Bogotá, Universidad de Granada, 2008. p. 111.

¹⁸⁶ Ibid, p. 111.

¹⁸⁷ ECHEBURÚA, Enrique, DE CORRAL, Paz. Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia [en línea] http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100006 [consulta 20 junio 2019]

reactivación está íntimamente ligada con la exposición de la víctima a situaciones que impliquen revivir el hecho traumático. Así, en niños, niñas y adolescentes, “el efecto del trauma y su valoración como TEPT puede adoptar la forma de un comportamiento desestructurado o agitado y presentarse con síntomas físicos o como sueños terroríficos o pesadillas, resultado de la expresión del síntoma <<vivencia de horror>>; conductas repetitivas, juegos simbólicos de los sucesos traumáticos, como expresión de la reexperimentación del suceso, y disminución de intereses y retraimiento afectivo, inquietud, falta de atención y problemas de sueño”¹⁸⁸.

Asimismo, resultados de estudios realizados en la Universidad de Murcia “señalan que el desarrollo del TEPT como consecuencia de cualquier abuso lo experimenta el 25% de todas las víctimas, pero que este porcentaje asciende hasta el 50-60% en el caso de mujeres y niñas agredidas sexualmente (Corral, Echeburúa, Sarasua y Zubizarreta, 1992) (...). Asimismo señalan que cuando las condiciones estresantes son muy intensas y son causadas por un ser humano, el cuadro clínico resultante es más grave y duradero, ya que aumenta la percepción de incontrolabilidad”¹⁸⁹.

Ahora bien, existen también diversos factores vinculados a la dinámica del abuso sexual cuya ocurrencia puede, sin lugar a dudas, agravar el daño sufrido por la víctima y la sintomatología actual y futura. Entre tales factores, la familiaridad del agresor con la víctima, la ocurrencia de un hecho único o reiterado, el tiempo durante el cual se cronifica la agresión sexual, la dinámica del abuso, etc., inciden significativamente en la profundización del daño y la forma en cómo el trauma se manifiesta en la vida de la víctima.

Así, por ejemplo, en aquellas dinámicas abusivas en el ámbito intrafamiliar, psicólogos y psiquiatras son contestes en afirmar que “se da durante largos períodos de tiempo, en los cuales los menores quedan atrapados y condicionados por un gran número y variedad de circunstancias estresantes. Debido a que la víctima es psicológica y físicamente inmadura, su desarrollo queda seriamente comprometido por el abuso repetido y la respuesta inadecuada por parte de algunos miembros de la familia o de

¹⁸⁸ LÓPEZ-SOLER, Concepción. Las Reacciones Postraumáticas en la Infancia y Adolescencia Maltratada: El Trauma Complejo. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* (13): 162.

¹⁸⁹ Ibid, p. 163.

otros cuidadores, por ejemplo, cuando la madre niega o acepta la relación incestuosa del padre con una hija.”¹⁹⁰

En relación a ello, la psicología ha sido conteste en identificar algunos de tales factores cuya presencia es un indicador de alto riesgo en el desarrollo de trastornos psicológicos en la adultez a propósito de agresiones sexuales sufridas en la infancia. Entre ellos:

1. La frecuencia y duración de la experiencia abusiva. Agresiones sexuales repetidas y crónicas se asocian a consecuencias más graves en las víctimas.
2. El tipo de agresión sexual. La presencia de contacto genital y penetración sexual parece agravar los efectos de las agresiones sexuales.
3. La utilización de violencia y/o coerción para cometer las agresiones se relacionan con mayor efecto sintomático sobre las víctimas.
4. El vínculo de la víctima con el agresor. La presencia de un vínculo previo se relaciona con la utilización abusiva de la confianza, de la diferencia de poder y autoridad para llevar a cabo las agresiones. A mayor cercanía vincular la relación se torna indescodificable, casi impre-decible y con ello las vivencias del proceso traumático (por ejemplo, el miedo, la culpa y la vergüenza) y del secreto se instalan dramáticamente.
5. Si hubo develación, es importante conocer la reacción de los padres, la familia y el entorno. En tal sentido, se estima que la percepción positiva del cuidado paterno, esto es, creer, movilizarse para proteger y buscar la sanción del agresor, resulta ser un factor protector crucial para disminuir las posibilidades de desarrollo de sintomatología posterior. Por el contrario, una actitud generalizada de incredulidad o de minimización por parte de la familia y del entorno significativo, así como también una reacción hostil del padre no agresor tras la apertura del abuso, se relacionan directamente con un peor pronóstico de recuperación del daño”¹⁹¹.

¹⁹⁰ Ibid, p. 163.

¹⁹¹ IBACETA, Francisco. Agresión Sexual en la Infancia y viaje al futuro: clínica y psicoterapia en la edad adulta [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48082007000200010 [consulta 20 junio 2019]

Como se ha podido observar, la infancia y adolescencia es una etapa del desarrollo del individuo de carácter vital, especialmente vulnerable en razón de los procesos de formación a nivel psicoemocional y orgánico del individuo, cuya afectación a raíz de un hecho traumático gatilla no solo consecuencias en el corto, sino que al largo plazo. Consecuencias que por lo demás, implican un menoscabo en la salud mental del ser humano, pudiendo incluso modificar su funcionamiento vital, así como propiciar el desarrollo de psicopatologías que entorpecen o invalidan el adecuado desarrollo del ser humano.

Teniendo presente lo complejo y altamente nocivo que un hecho traumático como el abuso sexual infantil es para el desarrollo y la integridad emocional y psíquica de niños, niñas y jóvenes, es pertinente en este punto del trabajo, recordar la distinción realizada al inicio del presente capítulo, a propósito del daño psicológico sufrido por la víctima en virtud del proceso de revictimización y aquel daño que se ocasiona como resultado de la interacción concreta de un NNA con un funcionario público. Pues es en este último escenario en el cual se observan -como se verá más adelante- irregularidades asociadas a su desarrollo, cuya modalidad puede ser percibida por la víctima como altamente violenta en razón de la forma en cómo el hecho traumático es abordado por el funcionario público.

Para tal reflexión, resulta de suma relevancia considerar el impacto de un hecho traumático como una agresión sexual, y lo señalado a propósito del TEPT, a fin de relacionar dicha información con los sufrimientos a nivel psicológico que padece la víctima a raíz de su participación en un interrogatorio de ese tipo y la sintomatología que se puede reactivar a propósito de ello. Pues, el hecho de “relatar el abuso con todos sus detalles puede ser vivido como una experiencia muy violenta, invasiva y angustiada, en la medida en que sea considerado como una exigencia más que como una necesidad.

Dado el fuerte impacto psicológico propio de los contenidos involucrados, el sólo hecho de contarlos puede resultar muy amenazante, en la medida en que favorezca la reactivación de síntomas traumáticos y con ello un sufrimiento innecesario.¹⁹²

Ahora bien, en relación a la re victimización, la participación de la víctima en los procesos judiciales y la aproximación que ésta conlleva en torno al hecho traumático, así como sus consecuencias, ha sido abordada por la criminología, entregando ciertos conceptos claves para comprender los fenómenos que se producen. Así, la ciencia de la victimología entiende a la victimización primaria como “aquel daño sufrido por un sujeto en razón de un delito y sus consecuencias a corto plazo (Echeburúa, De Corral y Amor, 2002). Sin embargo, luego de ser víctima, un sujeto puede volver a ser víctima en razón de una revictimización o victimización secundaria. Con esta noción se hace referencia a la mala o inadecuada atención que recibe una víctima al entrar en contacto con el sistema de justicia (Beristain, 1996) o con las instituciones sociales en general. (Albertin, 2006)”.¹⁹³

En esa misma línea, como factores que inciden en la aparición de la victimización primaria y secundaria se han señalado: (i) falta de información brindada a la víctima sobre los ritos y tiempos procesales, especialmente cuando el victimario no es detenido; (ii) frustración de las expectativas de las víctimas cuando al final del proceso no se llega a una condena; (iii) obligación de declarar sobre los hechos en presencia del victimario; (iv) lentitud del proceso; (v) subjetividad de los profesionales y sus condiciones de trabajo; (vi) racionalización por parte de los profesionales sobre la situación de la víctima; (vii) la forma en que se tipifican los delitos en los códigos penales y la definición del sujeto pasivo de dicho delito y (viii) intervenciones iatrogénicas, en las que el personal encargado de la atención a las víctimas produce más daño con su intervención que el propio hecho delictivo. Por otra parte, entre los factores generadores de victimización secundaria dentro del sistema jurídico-penal señalados por Albertin (2006) se destacan: (a) dar prioridad a la búsqueda de la realidad del suceso delictivo olvidando la atención

¹⁹² LLANOS, Teresa y SINCLAIR, Caroline. Terapia de Reparación en Víctimas de Abuso Sexual. Aspectos Fundamentales. *PSYKHE*, 2 (10):53-60, 2001. p. 56.

¹⁹³ UNGER, Juan. Víctimas y re victimización. Reflexiones en torno a la finalidad del Proceso Penal. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. (2015) p. 4.

a la víctima o despersonalizando su trato; (b) la falta de información sobre la evolución del proceso, sobre la sentencia y sobre el destino del victimario; (c) la falta de un entorno de intimidad y protección; (d) el uso de excesivos tecnicismos jurídicos; (e) el desconocimiento de los roles profesionales por parte de la víctima; (f) la excesiva lentitud del proceso judicial y su interferencia con el proceso de recuperación y readaptación de la víctima; (g) en el juicio oral: la narración del delito, la puesta en entredicho en su credibilidad y el sentimiento de culpabilidad como importantes inductores de padecimiento”¹⁹⁴.

Así, la exposición de la víctima en un proceso judicial engloba una serie de factores altamente estresores y poco atentos a los procesos internos experimentados por las víctimas, potencialmente gatillantes de sintomatología asociada al TEPT, toda vez que la víctima se ve enfrentada nuevamente a sentimientos de amenaza, riesgo, desvalimiento e impotencia asociada al evento traumático, todo ello, de la mano del relato del mismo, que la hacen retrotraer en el tiempo al hecho puntual. Situación que análogamente ocurre cuando NNA deben entregar nuevamente un relato frente a un funcionario público, quien de manera invasiva indaga en las emociones y recuerdos del niño, removiendo sensaciones y experiencias violentas y amenazantes de su integridad psicoemocional, generando con ello, un daño psicológico grave, adicional a aquel que ya ha sido ocasionado con el hecho mismo, así como resultado de la revictimización.

Específicamente, “la *reexperimentación* en los niños se expresa en recuerdos recurrentes e intensos, los que suelen ser una imagen asociada a un escaso vocabulario, juegos repetitivos y reactuación traumática. Son frecuentes las pesadillas en las que se repite el recuerdo o aspectos más o menos encubiertos de éste, tales como la muerte, monstruos y catástrofes. Además, los niños pueden presentar estados disociativos en los que repiten el suceso a través de ensoñaciones diurnas y conductas reactivadoras iguales o semejantes a aspectos de la situación traumática. No hay *flash back*. Presentan una intensificación de la sintomatología e hipersensibilidad frente a estímulos

¹⁹⁴ Ibid, p. 5.

del medio que se asocian o simbolizan el trauma. La reexperimentación puede desarrollarse después de un período de latencia de meses o años”¹⁹⁵.

Esto último, no deja de ser relevante en razón de los tiempos que una investigación en materia penal conlleva. Si sólo se considera que el Ministerio Público conforme el artículo 247 del Código Procesal Penal, posee dos años de plazo para proceder al cierre de la investigación –desde la formalización- sin considerar el tiempo que transcurre desde la denuncia hasta el momento en que el fiscal decide formalizar, efectivamente después de dos años es muy posible que la sintomatología del TEPT se reactive frente a una exposición nueva a los hechos. Por ello, “la víctima del acontecimiento traumático muchas veces evitará el relato de lo sucedido, justamente por la reacción emocional extrema que le provoca el recordar el hecho”.¹⁹⁶

En conocimiento de lo anterior, existe efectivamente un avance en nuestro ordenamiento jurídico en orden a reconocer tales dificultades y fortalecer la especial protección de niños, niñas y jóvenes víctimas de delitos, en concordancia con la normativa internacional en la materia. En ese sentido, la Ley 21.057 que “Regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales” y la Guía de Entrevista Investigativa con Niños, Niñas y Adolescentes víctimas de Delitos Sexuales implementada por el Ministerio Público, son reflejo del reconocimiento de los NNA como sujetos de derechos y del esfuerzo de las instituciones por llevar a cabo una intervención atenta a su dignidad y derechos.

No obstante, persisten en la práctica situaciones que escapan de dicha regulación. En ese sentido, el artículo 1 de la ley 21.057 dispone que “la presente ley regula la realización de la entrevista investigativa videograbada y de la declaración judicial con el objeto de prevenir la victimización secundaria de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas de los delitos contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, y en los artículos 141, incisos cuarto y quinto; 142; 372 bis; 374 bis; 390; 391;

¹⁹⁵ MONTT, María y HERMOSILLA, Wladimir. Trastorno de estrés post-traumático en niños [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272001000200003 [consulta 20 junio 2019]

¹⁹⁶CARVAJAL, César. Trastorno por estrés postraumático: aspectos clínicos [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272002000600003 [consulta 20 junio 2019]

395; 397, número 1; 411 bis; 411 ter; 411 quáter, y 433, número 1, todos del Código Penal¹⁹⁷.

Luego, el artículo 3 titulado *Principios de Aplicación*, menciona específicamente que en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento las interacciones con NNA deben regirse por principios como interés superior, participación voluntaria (señalando que el incumplimiento de este principio da lugar a infracciones graves de los deberes de sus funcionarios), autonomía progresiva, asistencia oportuna y tramitación preferente, prevención de victimización secundaria, y resguardo de la dignidad¹⁹⁸.

Como se observa, quedan comprendidos en la regulación de la ley, todo el proceso judicial desde la denuncia hasta la etapa de juzgamiento, especificándose en ella, aquello relativo a la declaración judicial de NNA. En torno a ello, el artículo 13 de la Ley 21.057 a propósito de la declaración judicial, señala que su objeto es que “el niño, niña o adolescente preste declaración en juicio en una sala que cumpla con lo previsto en los artículos 20 y 21 de esta ley, y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el niño, niña o adolescente”,¹⁹⁹ y luego, el artículo 14 hace referencia a la declaración voluntaria en juicio de los adolescentes.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible advertir que dicha ley aun cuando se enmarca en el proceso judicial velando por la dignidad y el respeto de los NNA en su interacción con el sistema judicial -evitando así la revictimización- deja en descubierto aquellas etapas anteriores a la declaración en juicio. Ello ocurre con la entrevista previa a dicha instancia en la cual los niños son citados por fiscales o querellantes para su preparación al juicio oral y que, dada su oportunidad y dinámica, no puede ser considerada como etapa de la investigación toda vez que ésta ya se encuentra concluida.

En el mismo sentido, la Guía de Entrevista Investigativa confeccionada por el Ministerio Público, se constituye también como un protocolo pensado en la etapa de investigación, fijando prácticas y orientaciones destinadas a recopilar antecedentes del delito evitando intervenciones iatrogénicas y poco atentas a la individualidad de NNA.

¹⁹⁷ Artículo 1, Ley 21.057.

¹⁹⁸ Artículo 3, Ley 21.057.

¹⁹⁹ Artículo 13, Ley 21.057.

Sin embargo, se advierte que fuera de dichos documentos, no hay otra normativa de carácter vinculante para otras instituciones o funcionarios públicos que orienten la interacción con niños, niñas y jóvenes en el marco de un proceso judicial. Tampoco protocolos con resguardos mínimos que deban adoptarse con víctimas que según su diagnóstico posean un perfil de alto riesgo, por presentar, por ejemplo, conductas activas de autoflagelación, ideación suicida, depresión, trastornos de personalidad, entre otras. Ahora bien, en relación a otras instituciones públicas distintas al Ministerio Público en cuya labor esté contemplada la interacción con NNA en el contexto en estudio, en la práctica, la Corporación de Asistencia Judicial y los Programas de Representación Jurídica de NNA (PRJ) que operan como organismos colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME), son organismos que en virtud del Art. 19 de la Ley 19.968 son nombradas por Tribunales de Familia para asumir la defensa jurídica de NNA tanto en materia proteccional como penal.

Y es en ese contexto en donde se observan falencias asociadas a la forma en cómo NNA son tratados por algunos de sus funcionarios. Toda vez que se ha observado en la labor de funcionarios públicos a cargo de representar judicialmente a las víctimas en materia penal, prácticas irregulares que se ejecutan específicamente en el marco de la preparación al juicio oral, a fin de obtener una declaración consistente y sólida como medio de prueba en juicio.

Para efectos ilustrativos, a continuación, se enunciará el caso real de una joven de 15 años – a quien por motivos de confidencialidad se le denominará en este caso bajo el nombre ficticio de Andrea- cuya representación jurídica en materia penal fue asumida por un organismo público el año 2017.²⁰⁰

El caso de Andrea ingresó a la institución por derivación del Tribunal de Familia, luego de que se denunciara el delito de violación del cual fue víctima la joven, en donde se sindicó como agresor a su primo (mayor de edad) por línea materna.

²⁰⁰ Dado el carácter público de la institución, el nombre del organismo se mantendrá en reserva, en resguardo además de la confidencialidad del caso, así como se sus intervinientes.

Dos años después, la causa fue formalizada por el delito de violación reiterada contra persona menor de 14 años (la víctima en ese entonces tenía 13 años). A la fecha del juicio, Andrea ya contaba con 15 años de edad.

A raíz de la agresión sexual, Andrea fue diagnosticada con TEPT, trauma complejo y depresión. Activándose además conductas de autoflagelación cronificadas en el tiempo e ideación suicida, las que se mantenían activas a la fecha del juicio oral.

En ese contexto, la parte querellante de dicho centro, un día antes de la fecha de juicio oral, cita a su representada a la institución con el objetivo de preparar la audiencia de juicio. Entrevista que como se ha señalado, no se enmarca dentro de la investigación ni tampoco corresponde a la declaración judicial prevista en la ley 21.057. Por el contrario, de lo que se desprende del caso, la citación responde al interés del querellante por abordar personalmente la entrevista y conducir la declaración de la víctima en torno a lo que debe manifestar el día del juicio.

Dicha entrevista se realizó en una de las oficinas de la institución, en presencia únicamente de Andrea, su abogada querellante y otra abogada del centro que, si bien no asumía la representación, presenció la preparación de juicio. No estuvo presente ningún psicólogo que pudiera orientar la intervención o bien contener a la víctima en razón de las posibles reacciones emocionales que pudiesen activarse, sobre todo teniendo presente el historial clínico de la joven.

En ese orden, el desarrollo de la entrevista comenzó con la explicación por parte de la funcionaria en torno a la dinámica del juicio oral y otros aspectos asociados a ello. Para posteriormente, dirigir la “preparación del juicio” señalándole a la víctima la relevancia de poder contar con su relato en la forma más precisa que fuera posible. Para lo cual, tanto ella como querellante, así como el fiscal, le harían preguntas destinadas a recabar la información.

Acto seguido, a modo de simulación del interrogatorio, señala, “*A ver Andrea, ¿dónde te tocó tu primo?*”, tras lo cual se observa en la víctima de manera inmediata su incomodidad con la pregunta, comenzando a presionar fuertemente sus manos, quebrándose emocionalmente sin poder responder. Tras el silencio, tuvo lugar la siguiente pregunta, “*¿cómo te tocó?, ¿en las pechugas?* Agregando, “*así va a ser en el*

juicio, tienes que responder con detalles". ¿Cuántas veces te violó?, ¿en la cocina, dónde?²⁰¹

Tal interrogatorio no logró culminar dada la agitación de la víctima, su nerviosismo y el quiebre emocional sufrido luego de contestar solo algunas de dichas preguntas. Situación de alta gravedad considerando que no contaba con proceso terapéutico vigente, y era de conocimiento de la querellante que las conductas de autoflagelación en sus brazos y muñecas había remitido sólo parcialmente.

La víctima en dicha instancia sufrió de manera real y grave sufrimientos psíquicos evidentes en el marco de la obtención de determinada información. Sufrimiento que, en los días siguientes a la entrevista, ocasionaron en Andrea la reactivación de conductas de autoflagelación en sus brazos, el aumento de dosis farmacológica así como una evidente desestructuración orgánica y emocional experimentada como consecuencia de la reactivación del TEPT frente a lo que fue la presión de tener que describir las agresiones sexuales sufridas no una vez, sino en un período de tiempo significativo en su vida, sin apoyo de profesionales capacitados ni bajo una modalidad atenta a sus diagnósticos clínicos.

La simulación a la cual se hace referencia resulta conflictiva pues al no ser una instancia formal - en tanto no responde a una práctica legal u oficialmente establecida - su desarrollo, así como el tipo de preguntas y contenido de las mismas queda supeditado al criterio del funcionario que la lleva a cabo. De ese modo, el tenor del interrogatorio se desarrolla mediante preguntas inadecuadas, invisibilizando toda consecuencia que ello

²⁰¹ El diálogo que se cita, es réplica fiel de la entrevista ocasionada en un caso real que presencié personalmente como abogada querellante en un centro de víctimas perteneciente a la Corporación de Asistencia Judicial. El agresor de la víctima fue condenado por el 6° Tribunal de Juicio Oral de Santiago el año 2017. La víctima recibió apoyo psicológico posterior, siendo dada de alta por el equipo terapéutico del mismo centro.

Tanto el diálogo, así como la preparación de juicio que se da cuenta, ejemplifica uno de múltiples casos cuya representación recaía en la misma abogada del centro cuyas prácticas si bien eran representadas a las autoridades de la Corporación, luego de ello no habían acciones posteriores que pudieran suspender su actuar.

El hecho que en concreto se describe, fue informado al día siguiente a la jefatura del Centro. Sin embargo, no fue sino hasta dos años después, luego de constantes y reiteradas denuncias, que la abogada fue removida del centro de víctimas.

puede gatillar en el ámbito psicoemocional de las víctimas, así como también la especial vulnerabilidad de niños, niñas y jóvenes que adicionalmente son víctimas de delitos.

Teniendo presente dicho escenario, y retomando el análisis de los tipos penales de tortura y apremios ilegítimos en su relación con el estudio y los fundamentos que se han señalado en torno a las consecuencias que sufren las víctimas de delitos sexuales y lo especialmente graves que resultan cuando sus víctimas sin NNA, resulta pertinente formular la pregunta en torno a sí, en tales casos, es procedente la imputación de responsabilidad penal al funcionario público que con ocasión de dicho interrogatorio y la modalidad en cómo es realizado, ocasiona en las víctimas sufrimientos psíquicos graves. Pues no cabe duda a propósito de lo que se ha instruido en términos del trauma y el daño emocional de las víctimas de agresiones sexuales, lo nocivo que es para su salud mental reexperimentar los hechos traumáticos al tener que volver a verbalizar y describir detalladamente las agresiones sufridas, aún más cuando esto debe producirse de la manera en cómo ha sido reflejado en el caso de Andrea.

En tal sentido, “Todavía se observa cómo niños, niñas y adolescentes son expuestos a procedimientos y situaciones estresantes y nocivas, a pesar de su etapa evolutiva, de la existencia de conflicto de lealtades o triangulación y de intensas vivencias de miedo o traumatización. Así también es posible apreciar cómo, en incontables ocasiones, y a veces a pesar de la existencia de otros medios de prueba, el curso de la acción penal persiste en hacer depender el resultado del proceso de la capacidad del niño, niña o adolescente para entregar un relato “claro” y “coherente”, bajo los estándares de los adultos involucrados en el proceso, sin considerar que su nivel de desarrollo, su posición frente a la familia, en el caso de las agresiones intrafamiliares, o frente al agresor, incidirán directamente en dicha capacidad. De la misma manera en el caso de las personas con discapacidad se evidencia la falta de personal con formación en la comprensión de las necesidades especiales que presentan y la forma idónea de asistirlos, lo que impacta negativamente en los procesos de investigación por la realización de intervenciones o diligencias no especializadas”²⁰²

²⁰²Guía para la evaluación pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales. Documento de Trabajo Interinstitucional. p. 35.

La existencia aún de falencias en el sistema, por las cuales NNA siguen sufriendo directamente las consecuencias nocivas de la interacción con el sistema judicial como víctimas, amerita mantener los esfuerzos por implementar de manera progresiva protocolos o instrumentos de intervención con niñez y juventud víctimas de delitos, de carácter vinculante no solo para el Ministerio Público, sino también para todos aquellos profesionales y funcionarios que interactúan con NNA en todas y cada una de las etapas del proceso judicial, desde la denuncia, hasta el término del proceso respectivo. Pues la protección especializada no debe ser comprensiva sólo de las etapas que formalmente la ley reconoce, sino por el contrario, su espectro de protección antes de mirar el proceso mismo, debiese redirigirse al NNA como sujeto de derecho y a la participación que en dicha calidad se materializa en la concurrencia a distintos escenarios y la interacción con multiplicidad de agentes estatales.

3.2. Fundamentos de la atribución de responsabilidad penal con ocasión del daño psicológico provocado a las víctimas en el marco del interrogatorio realizado por un funcionario público. ¿Tortura o apremios ilegítimos?

Responder a la pregunta acerca de si es posible atribuir responsabilidad penal al funcionario público que en el marco de un interrogatorio ocasiona sufrimientos psíquicos graves a un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual, y a qué título es posible imputar dicha responsabilidad, amerita primero dejar en claro que si bien tales casos no constituyen en sí mismos injustos de tortura o apremios ilegítimos por ser casos de solicitud de información que legítimamente puede realizar un funcionario público en el marco de un proceso penal, es en la forma en cómo estos se ejecutan en donde es posible sustentar la configuración de un tipo penal.

La construcción de dicha hipótesis y los fundamentos que para ello se han utilizado encuentran sustento en las reflexiones realizadas a propósito de los conceptos de *vis absoluta* y *vis compulsiva*, la calificación del Bascuñán de la tortura como un caso típico de *vis compulsiva* y el análisis que realiza en torno a la funcionalidad coercitiva que advierte en la imposición de una amenaza como medio funcional al cumplimiento de los objetivos del agente.

Respecto a ello, y al rol preponderante de la amenaza para el caso en estudio, resulta clarificador la opinión de Antonio Bascuñán, quien en virtud del análisis que realiza en torno a la posición que ocupa la amenaza en la estructura de injusto del delito de amenazas condicionales²⁰³, sostiene “que el núcleo del tipo no se encuentra en la formulación de una amenaza sino en la imposición de una condición. La consideración de las amenazas condicionales como hipótesis paralelas a las coacciones violentas confirma esta tesis. Si el núcleo del tipo de las coacciones se encuentra en la conducta de impedir hacer o compeler a ejecutar, y si el ejercicio de violencia desempeña el rol de un medio comisivo, como indiscutidamente se sostiene, entonces es en la imposición de la condición donde debe verse el elemento paralelo al impedir hacer o compeler a ejecutar, y en la amenaza el medio comisivo paralelo a la violencia”²⁰⁴

Así, es que el rol de la amenaza como un medio del agente para conseguir determinada confesión o relato es aquello que sostiene la hipótesis por la cual es posible la atribución de responsabilidad penal por el daño grave ocasionado a la víctima. Pues, en ese sentido, si bien no es la toma de relato en sí la conducta típica, esta sí es el vehículo que permite la configuración del injusto.

En otras palabras, es la forma en cómo el interrogatorio se realiza lo que transforma dicho acto en una conducta típica, específicamente por el modo en cómo se plantea la disyuntiva para la víctima, esto es, en términos de Bascuñán, mediante la imposición de una condición que es funcionalmente coercitiva a los fines propuestos por el agente. Condición que, en términos prácticos, al tenor del caso ilustrado anteriormente, se traduce en *“o me dices... o continúo el interrogatorio o incluso, habrá impunidad para el agresor”*.

Así, la imposición de tal disyuntiva es lo que en definitiva se configura como daño para la víctima, cuya confesión, en ese contexto, es manifestada producto de dicha amenaza –medio coercitivo- *para* que termine el sufrimiento y no *por* el sufrimiento

²⁰³ BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. p.288.

²⁰⁴BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. p. 288.

mismo, configurándose de ese modo y a propósito de esos sufrimientos la conducta típica susceptible de sanción penal.

Ahora bien, por sobre lo dicho hasta ahora, cabe entonces resolver la interrogante en tono a que título será entonces procedente la imputación de responsabilidad penal al funcionario público. Para lo cual, resultará útil hacer mención a la revisión realizada respecto a la estructura típica del delito de tortura así como de apremios ilegítimos al tenor del Código Penal.

Al estudiar la estructura del injusto de tortura fue posible advertir que en lo que respecta al sujeto activo, la figura del funcionario público exigida por el tipo tiene lugar en el caso en estudio, habida consideración de que los agentes llamados a interrogar a NNA, son precisamente funcionarios del Estado quienes, en ejercicio de sus funciones públicas asumen la representación jurídica de NNA en calidad de querellantes.

A propósito de ello, cabe hacer presente la definición que el Código Penal en el título V del CP denominado *De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos* ofrece respecto a la figura de funcionario público, señalando en el artículo 260 que: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean de nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”²⁰⁵.

Definición que se ajusta a los casos objeto de estudio, pues los funcionarios a los que se hace referencia que asumen la representación jurídica de NNA pertenecen a organismos del Estado, ya sea la Corporación de Asistencia Judicial u otra institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección²⁰⁶ de los derechos de la niñez y adolescencia en virtud del nombramiento que realizan los tribunales de familia en el marco del artículo 19 de la ley 19.968 que crea los Tribunales de Familia.

²⁰⁵ Artículo 260 Código Penal.

²⁰⁶ Artículo 19, Ley 19.968

Avanzando en la estructura típica de la tortura, es posible advertir que aun cuando se cumpla la exigencia relativa al sujeto activo, la configuración del tipo penal del Art. 150 A requiere de un elemento adicional, relativo al dolo del agente.

Retomando lo que ya se ha señalado al respecto, es pertinente recordar la distinción realizada en torno al dolo directo que se exige respecto de quien aplica tortura, así como de quienes ordenan o consienten en ellas, respecto de los cuales podría caber la figura de dolo eventual.

Sobre dicha distinción, el caso en estudio requiere ubicar la exigencia del dolo respecto de quien aplica tortura, es decir, bajo la exigencia de dolo directo. Pues el querellante que interroga a la víctima actúa sin participación de terceros a quienes por ejemplo ordene la ejecución de tortura o consienta en su actuar. Por el contrario, el interrogatorio es realizado personalmente por el querellante, lo cual excluye las demás hipótesis de dolo eventual, siendo entonces necesario, como ya se indicó, la concurrencia de dolo directo.

Lo problemático de dicha afirmación es que, de ser así, ello no permite -al menos en principio- sustentar la atribución de responsabilidad penal a título de tortura toda vez que no es posible afirmar de manera categórica y sin lugar a dudas que en el actuar del querellante haya dolo directo de tortura.

Sin embargo, habida consideración de la hipótesis por la cual se afirma que aquello que es objeto de sanción penal no es la solicitud de información en sí misma –legítimo por lo demás en el marco de un proceso penal- sino el modo en cómo esta se ejecuta, y si ello se vincula con la relación de gravedad que existe entre el delito de tortura con los tipos penales de apremios ilegítimos, es posible sostener de todos modos la atribución de responsabilidad penal a título de tales injustos de menor gravedad y menor exigencia típica que la tortura, como lo son los delitos contemplados en los artículos 150 D y 255 CP.

Dicha afirmación se ve reforzada además al tenor práctico de los interrogatorios. Pues frente a una evidente descompensación de un niño o niña a raíz de preguntas reiterativas, explícitas y violentas para quien ha sufrido un hecho traumático –medio comisivo por el cual se compele al niño a confesar- y que directamente el funcionario realiza, resulta al menos difícil sostener que el agente no pueda bajo un criterio de racionalidad mínima comprender la afectación y los sufrimientos que está ocasionando

en el niño. Aún más cuando la duración de tales interrogatorios depende de la voluntad del funcionario y este no cesa en su ejecución, sino hasta conseguir el relato.

Aspecto no menor de destacar considerando que el tiempo durante el cual el NNA debe estar expuesto a revivir el trauma –en términos de la ciencia- aumenta y agrava la intensidad de los sufrimientos psíquicos.

Ahora bien, de la revisión al tipo penal de apremios ilegítimos, al tenor del artículo 150 D se advierte que la norma no exige dolo en el agente. La única exigencia que pareciera imponer es que los actos que ejecuta el funcionario no alcancen a constituir tortura, lo que, como se ha señalado, dependerá de que dichos actos sean de menor gravedad o menos lesivos que aquellos sufrimientos o dolores que configuran la tortura. Todo ello, en relación a los criterios que tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen como atingentes para la construcción del concepto de gravedad en su relación con los tipos penales señalados.

En el mismo sentido, es posible advertir que el tipo penal del Art. 150 D omite también las finalidades requeridas por el delito de tortura, cuya consecución es el propósito que se plantea al sujeto activo y por lo cual ejerce actos de tortura sobre la víctima. Dicha omisión permite también ampliar las posibilidades para la configuración del delito de apremios ilegítimos en el contexto del interrogatorio practicado a NNA en el marco de un proceso penal.

De ese modo es que el delito de apremios ilegítimos, en los términos en cómo se encuentra regulado por el Código Penal ofrece un margen de mayor aplicabilidad y que se ajusta de mejor manera al caso en estudio. Situación que se ve favorecida por los términos más generales en que el legislador describe el tipo penal, cuya configuración, además, como se ha señalado, se ha construido de manera residual al delito de tortura. Argumento similar es posible de sostener en relación a la procedencia del tipo penal del artículo 255 CP, cuya estructura de injusto es también elaborada en términos residuales, aludiendo solo a las vejaciones injustas que cometa un empleado público en virtud de un acto del servicio. Todo lo cual se configura como una opción adicional a la posibilidad de atribuir y hacer efectiva la responsabilidad penal de aquellos agentes del Estado que a pretexto del interrogatorio realizado a NNA, ocasionan daños y sufrimientos graves como resultado de una conducta típica sancionada por la ley.

Finalmente, cabe destacar que lo sostenido hasta ahora no es sino reflejo de uno de los distintos mecanismos con que el Estado de Chile puede y debe hacer efectiva la protección de niños, niñas y jóvenes. Aún más frente a los casos en estudio en donde es precisamente el aparato estatal quien se constituye como agente vulnerador de los derechos fundamentales de NNA, respecto de quienes existe paradójicamente deberes de especial protección, cuyo trasfondo se basa en el sistema de derechos fundamentales de los cuales son titulares como sujetos de derechos, originado y reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Conclusión

Como ha podido ser demostrado, los niños, niñas y jóvenes, son personas titulares de derechos y deberes, con un reconocimiento especial por parte de la normativa internacional y nacional, en lo que respecta a la protección y buen trato al cual tienen derecho la niñez y juventud. El reconocimiento de ello, ha permitido fundar, más allá de lo argumentos que pueden emitirse en resguardo de la dignidad, libertad y demás derechos del ser humano, que tales garantías fundamentales requieren de mayor protección aún, lo cual amerita el trabajo constante por parte de los estados, para adecuar su propia legislación y sistema político a los tratados internacionales de derechos humanos que imperan actualmente, tal como lo es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

Sobre ello, fue posible demostrar que no solo el sistema de protección de la Niñez y Juventud tiene su punto de origen en el Derecho Internacional, sino que también lo es el sistema que regula el delito de tortura, en especial relación con lo dispuesto en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, siendo así, ambos sistemas normativos origen del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

De ese modo, y teniendo como base los derechos fundamentales del ser humano como estandarte sobre el cual se sustenta toda la regulación de ambas materias, fue posible analizar la forma en cómo el ordenamiento jurídico chileno regula el tipo penal de tortura, en relación además con el tipo penal de apremios ilegítimos contemplados en el Código Penal.

Del análisis realizado, fue posible advertir la relación residual que existe entre el delito de tortura y el de apremios ilegítimos, así como la relación de gravedad que los vincula y los criterios que facilitan la construcción de dicho concepto como un elemento externo al tipo penal y diferenciador sobre la base de la intensidad de la conducta típica.

Por otro lado, en relación a la estructura de tales injustos, se destaca la exigencia del dolo directo como requisito del tipo penal de tortura, lo que dio lugar a la interrogante en torno a si dicho requisito permite de todos modos afirmar la imputación de responsabilidad penal a título de tortura o bien, de otro injusto.

Así, y teniendo presente la estructura típica de los artículos 150 A y 150 D del Código Penal respectivamente, fue posible afirmar la ausencia -al menos en principio- de dolo directo y con ello, entonces abrir la posibilidad de sostener la imputación de responsabilidad penal, esta vez, a título de apremios ilegítimos. Específicamente, sobre la base de la menor exigencia típica de este último y la relación residual y la menor gravedad con la que los apremios ilegítimos son elaborados por el legislador, respecto de la tortura.

Por otro lado, del todo relevante es destacar las reflexiones elaboradas en el marco de la discusión sobre el bien jurídico protegido –relevándose el plus de injusto de la tortura como delito pluriofensivo- y las posteriores discusiones en torno a la libertad como libertad de acción sostenida por Bascuñán y libertad de la voluntad sostenida por Binding. A propósito de las cuales fue posible desprender y afirmar la hipótesis por la cual los casos de fuerza como acometimiento físico pueden ser calificados como casos de *vis compulsiva*, dada por el carácter funcionalmente coercitivo que adquiere la conducta del agente para la consecución de sus fines.

Reflexiones que por lo demás, fueron del todo relevantes y atingentes a los casos objeto de estudio, en razón del rol que juega la amenaza y sus implicancias en la faz interna de la víctima. En ese sentido, la forma en como es sometida por el agente a la disyuntiva entre confesar y el tener que soportar el sufrimiento y el daño que ello le ocasiona y que en definitiva fuerza la confesión, es lo que gatilla el daño y un nuevo hecho traumático.

Daño que como fue posible de revisar y profundizar mediante literatura especializada en psicología y trauma, es potencialmente nocivo y transgresor de la integridad psíquica de la víctima, configurándose como un nuevo sufrimiento o un nuevo daño en su historia vital, ocasionado esta vez, no en virtud de los procesos de revictimización, sino que

específicamente por el agente estatal a raíz de la forma y los medios violentos en como aborda a niños y niñas víctimas de abuso sexual.

Finalmente, cabe advertir que aun cuando sea posible sostener la atribución de responsabilidad penal respecto del funcionario público que ocasiona sufrimientos y daños psíquicos en NNA en el marco de un interrogatorio, el solo hecho de que exista la posibilidad de que ello ocurra, no se sino reflejo de la irregularidad del sistema judicial chileno, quien pese a suscribir tratados internacionales en la materia, no contempla aún en su totalidad y de manera efectiva mecanismos que respondan a la especial protección de niños, niñas y adolescentes en el sistema penal y que además sean interiorizados por sus agentes como estándares mínimos de buenas prácticas, buen trato y respeto a los derechos fundamentales de sus representados.

En ese contexto, el Estado de Chile mantiene aún deberes en torno a la adecuación de su legislación interna, así como del sistema judicial y administrativo que permitan fijar criterios comunes para la debida protección y resguardo de niños, niñas y adolescentes, sobre todo cuando éstos tienen la calidad de víctimas de delitos. Todo lo cual permita además favorecer su participación en el proceso como sujetos de derechos y titulares de derechos humanos, cuya dignidad debe ser principal eje rector del sistema de protección especializado de la niñez y juventud.

Bibliografía

Doctrina

1. ANDREU – GUZMÁN, Federico. La Prohibición de la Tortura y El Derecho Internacional. *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*. 33-87.
2. BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Delitos contra la Libertad. Material de Estudio para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Curso Derecho Penal III (Parte Especial), Santiago, Agosto, 2004.
3. BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio. Derechos Fundamentales y Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia* (9): 2007.
4. BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio. La Potestad Punitiva del Estado y el Sistema Punitivo Estatal.
5. BASCUÑÁN, Rodríguez, Antonio. La regulación española de la coerción en el marco de la codificación penal europea. Universidad de Chile. p. 191-306.
6. CAMPOS, Shyrley. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia. *Revista IIDH*: 351-377, 2009 p. 355.
7. CÁRDENAS, Claudia. Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación. *Polít. Crim.* n° 12, Al, 1-17, Septiembre, 2006.
8. CÁRDENAS, Claudia. Los Crímenes de lesa humanidad en el Derecho Chileno y en el Derecho Internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular. *Revista de Derecho* (Valdivia), 27 (2): 169-189, Diciembre, 2014.
9. CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1992.
10. de la CUESTA, ARZAMENDI, Jose Luis. Tortura como Abuso de Poder; Aspectos Penales.
11. DURÁN, Mario. Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido. (27):202-241, 2019.
12. ECHEBURÚA, Enrique, DE CORRAL, Paz y AMOR, Pedro. Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense* (4): 228-229, 2004.
13. GALDÁMEZ, Liliana. La Noción de Tortura en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista Cejil*, (2): 89-100, Septiembre 2006.
14. GARRIDO Montt, Mario. Derecho Penal, Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la Teoría del delito. Tercera edición actualizada. 2003.
15. GONZÁLEZ, Felipe. Tipificación del delito de tortura en el ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: estado y desafíos. *Revista Tribunal Constitucional* (3): 71-89, 2014)

16. LLANOS, Teresa y SINCLAIR, Caroline. Terapia de Reparación en Víctimas de Abuso Sexual. Aspectos Fundamentales. *PSYKHE*, 2 (10):53-60, 2001.
17. MADARIAGA, Carlos. Trauma psicosocial, trastorno de estrés postraumático y tortura. *Editorial Cintras*, 2002.
18. MARTÍNEZ, Mercado, Fernando. Uso de la fuerza. Investigación Aplicada. Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos, Centro de Estudios en Seguridad ciudadana. CESC. Proyecto: generación de red de investigadores y profesionales vinculados con materias policiales y de derechos humanos en México. Documento de trabajo n° 4. Notas y experiencias para la reforma policial en México. 1-33.
19. MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*. Santiago, Editorial Tirant lo Blanch, 2018. Tomo I. p. 147.
20. MEZA-LOPEHANDÍA, Matías. Sujeto Activo en el delito de torturas: estándar internacional y legislación extranjera. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*: 1-11, 2016.
21. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Editorial B de F, 2016.
22. MALDONADO, Francisco. Amenazas y coacciones en el derecho penal chileno. (13): 8, 1-41, 2018.
23. MAÑALICH, Juan Pablo. Autotutela del Acreedor y Protección Penal del Deudor
24. MUÑOZ Sánchez, Juan. *El delito de Detención*. Editorial Trotta. 31-153.
25. OXMAN, Nicolás. Una aproximación al sistema de imputación subjetiva en el derecho penal anglosajón. *Revista Ius et Praxis* (Talca), 19 (1): 139-194, 2013.
26. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
27. ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, 1997.
28. SILVA Medina, Rodrigo. El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del tipo del artículo 174 del Código Penal. Tesis doctoral. Barcelona, España. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2013.
29. SUÁREZ LÓPEZ, Carlos Alberto. El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *RAI Revista Análisis Internacional*. N°7, Año 2013 P. 215-249.
30. VAN WEEZEL, Alex. La sistemática del delito de lesiones en el Código Penal y el régimen introducido por la Ley 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar. 1-33.

Normas

1. Código Penal Chileno.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. 22 de noviembre 1969.
3. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, inhumanos o degradantes. Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.
4. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Cartagena de Indias, Colombia, 9 de diciembre de 1985.

5. Declaración de los derechos del Niño. Asamblea General de las Naciones Unidas. 20 de noviembre 1959.
6. Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la tortura y otros tratos o penas, crueles inhumanos o degradantes. Naciones Unidas. 9 de diciembre de 1975.
7. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.
8. Ley N°19.567. Modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano. Santiago, Chile, 1 de julio de 1998.
9. Ley N°20.357. Tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Santiago, Chile, 18 de julio de 2009.
10. Ley N°20.968. Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Santiago, Chile, 11 de noviembre de 2016.
11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. 16 de diciembre de 1966.
12. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 3 de enero de 1976

Otros

1. CARVAJAL, César. Trastorno por estrés postraumático: aspectos clínicos [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272002000600003
2. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS UDP. La Tortura En Chile: Estado actual desde la reforma procesal penal. Informe Anual Sobre Derechos Humanos en Chile [en línea] Santiago, Chile <http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/InformeAnual/2015/INFORME%20COMPLETO%202015.pdf>
3. Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. 28 de agosto 2018.
4. Comité contra la Tortura. Observación General N°2. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
5. COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. ¿Qué se entiende por tortura y malos tratos? [en línea] <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/69tjvk.htm>
6. DE LA CUESTA, ARZAMENDI, Jose Luis. Tortura como Abuso de Poder; Aspectos Penales. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2029681/14+-+Tortura+como+abuso.pdf>
7. ECHEBURÚA, Enrique, DE CORRAL, Paz. Secuelas emocionales en víctimas de abuso sexual en la infancia [en línea] http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062006000100006
8. GALLEGO, Gloria. Sobre el Monopolio legítimo de la violencia. p. 6. [en línea] [file:///C:/Users/Meli/Downloads/Dialnet-SobreElMonopolioLegitimoDeLaViolencia-3823123%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Meli/Downloads/Dialnet-SobreElMonopolioLegitimoDeLaViolencia-3823123%20(1).pdf)

9. Guía para la evaluación pericial de Testimonio en Víctimas de Delitos Sexuales. Documento de Trabajo Interinstitucional.
10. Guía para la evaluación Pericial de Testimonio en víctimas de delitos sexuales. Ministerio Público, 2010.
11. HERRERA, Juan. *Informe de la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios recaído en el proyecto de ley que modifica el código Penal, en lo tocante a la tipificación del delito de tortura*. En: Congreso Nacional (2015, Valparaíso, Chile).
12. IBACETA, Francisco. Agresión Sexual en la Infancia y viaje al futuro: clínica y psicoterapia en la edad adulta [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-48082007000200010
13. INDH. Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes [en línea] <https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2018/01/Cap4_Tortura.pdf>
14. Informe N°35/96. Caso10.832 Luis Lizardo Cabrera. República Dominicana, 19 de febrero de 1998.
15. IRARRÁZABAL, Cristian. *Minuta sobre el delito de tortura*. En: Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia. Manual de Derecho Penal Chileno; Parte Especial, Editorial Tirant Lo Blanche, Valencia; 2017.
16. LÓPEZ, Peralta, Jorge. *Delito de tortura en Chile: Análisis crítico desde la perspectiva de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. Memoria (Licencia en Ciencias Jurídicas). Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile, 2018. p. 13.
17. LÓPEZ-SOLER, Concepción. Las Reacciones Posttraumáticas en la Infancia y Adolescencia Maltratada: El Trauma Complejo. *Revista de Psicopatología y Psicología Clínica* (13): 159-174.
18. Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Uso de la Fuerza: actualiza instrucciones al respecto. Circular N°1.832. Santiago, 1 de marzo de 2019.
19. MONTT, María y HERMOSILLA, Wladimir. Trastorno de estrés post-traumático en niños [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272001000200003
20. NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS El Derecho Internacional de los Derechos Humanos [en línea] <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/internationallaw.aspx>
21. PEREDA, Noemí. Consecuencias Psicológicas iniciales del Abuso Sexual Infantil. *Papeles del Psicólogo* (30):135-144, 2009.
22. PEREDA, Noemí, GALLARDO-PUJOL, David y JIMÉNEZ, Rosa. Trastornos de Personalidad en Víctimas de Abuso Sexual Infantil. [en línea] <https://actaspsiquiatria.es/repositorio/13/70/ESP/13-70-ESP-131-139-359461.pdf> [consulta 20 junio 2019]
23. RAMÍREZ, Clemencia. *Consecuencias Abuso Sexual en el desarrollo psicológico en la infancia y adolescencia*. Tesis (Doctorado). Bogotá, Universidad de Granada, 2008.
24. Tipificación del Delito de torturas: derecho internacional y legislación extranjera. BCN. p. 5 Elaborado por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados, en el marco de la discusión del Proyecto

- de Ley que modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad. Boletín N° 9589, en Primer Trámite.
25. Trastornos por estrés postraumáticos: aspectos clínicos, revista digital [en línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-92272002000600003 [consulta: 20 junio 2019]
 26. UNGER, Juan. Víctimas y re victimización. Reflexiones en torno a la finalidad del Proceso Penal. XI Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires. 2015.
 27. UNICEF [en línea] <http://unicef.cl/web/convencion-sobre-los-derechos-del-nino/>