

DURÁN, Mario, “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”.
Polít. crim. Vol. 14, N° 27 (Julio 2019), Art. 7, pp. 202-241.
[<http://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol14N27A7.pdf>]

Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido

Proposals for the typical delimitation and systematic interpretation of the new crime of torture and its protected legal interest

Mario Durán Migliardi
Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Atacama
mario.duran@uda.cl

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar y sistematizar la importante reforma realizada por la ley n° 20.968, especialmente en lo relativo a la figura base del delito de tortura. Para ello, además de defender la idea de que incorpora un nuevo bien jurídico protegido denominado integridad moral, se ofrece una interpretación de los elementos típicos, objetivos y subjetivos, que incorpora la nueva figura. Todo, con el fin de contribuir a una interpretación de ésta que, sin violar las normas de la correcta hermenéutica y principios generales de la dogmática penal, intente arribar a soluciones dogmáticas correctas, idóneas y sobre todo respetuosas de las garantías fundamentales.

Palabras claves: Delito de tortura, bien jurídico protegido, teoría del delito.

Abstract

The objective of this work is to analyze and systematize the important reform made by Law n° 20.968, especially as regards the basic figure of the crime of torture. For this, in addition to defending the idea that it incorporates a new protected legal good called moral integrity, it offers an interpretation of the typical, objective and subjective elements, which incorporates the new figure. Everything, in order to contribute to an interpretation of this that, without violating the norms of correct hermeneutics and general principles of criminal dogmatics, try to arrive at correct dogmatic solutions, suitable and above all respectful of fundamental guarantees.

Keywords: Crime of torture, protected legal interest, theory of crime.

Introducción y delimitación

La reciente ley n° 20.968, surgida de una moción parlamentaria, ha venido a modificar nuevamente nuestro antiguo Código Penal. Esta nueva norma, según afirman sus autores, pretende dar cumplimiento no solo a los requerimientos internacionales en materia de tortura y malos tratos, sino también intentar adecuar nuestra legislación a los estándares

internacionales sobre estas materias.¹ Cuestión que, como bien se ha señalado, sirve además para afrontar correctamente las fuertes críticas que recibe nuestra legislación por su incompatibilidad e incumplimiento sustantivo del mandato de tipificación contenido en una serie de instrumentos internacionales suscritos por nuestro país en estas materias. Regulación internacional que constituye el marco de referencia mínimo para dar un cabal cumplimiento a la tipificación de los hechos constitutivos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.² Esto es, reparar el grave incumplimiento de que nuestro país se hace acreedor ante la inadecuada incriminación que de la tortura se realizó en los art. 150 A y 150 B, habiendo suscrito previamente la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, en adelante, Convención,³ y haber aprobado también la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, por la Organización de los Estados Americanos, en adelante, Convención Interamericana.⁴

En este sentido, argumentan los autores del proyecto, debe reformarse esta materia no sólo por tratarse de un delito de suma gravedad, catalogado en Derecho Internacional como un crimen de lesa humanidad,⁵ sino sobre todo porque habiendo transcurrido casi 26 años desde la entrada en vigencia en nuestro país de la Convención, suscrita por Chile y vigente desde el 26 de noviembre de 1988, al realizarse su ratificación con tantas e importantes reservas, se ha dificultado su incorporación plena a nuestro derecho interno, siendo inaceptable que la tortura se encuentre normada en los términos actuales sin que se acojan adecuadamente los principios contemplados tanto en esta Convención como en la

¹ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968 que Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes*, 2017, p. 3-5, en: https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [Visitado el 12.01.2018].

² En este sentido, Cfr. TORRES, Luis, “El delito de tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: Balance y críticas”, *Cuaderno de difusión*. Centro de Estudios Internacionales Universidad Católica, n° 10, Año 8 (2015) pp.55-62, p.55.

³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 1984, p.1-12, en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx> [Visitado el 12.01.2018]. Un buen estudio de ésta en, SANZ-DIEZ, Marina, “El concepto de tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984” en: GARCÍA, Carlos, et al, (Coords), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. II*, Madrid: Edisofer, 2008, p.2265-2284.

⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura*, 1985, p.1-6, en: <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos6.htm> [Visitado el 12.01.2018]. La Convención Interamericana fue adoptada en Cartagena de Indias, Colombia, en el XV período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Ratificada por Chile el 15 de septiembre de 1988, con una serie de importantes reservas, parte de las cuales fueron retiradas con fecha 21 de agosto de 1990. Un análisis de ésta en, DE LA BARREDA, Luis, “Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en los criterios y jurisprudencia interamericanos de derechos humanos”, en: GARCÍA, Sergio, et al (Coords.), *Criterios y jurisprudencia de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México D.F.: UNAM, 2014, pp.113-127.

⁵ En este sentido, MATUS, Jean Pierre, “El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2 ed., Duncker und Humblot, Berlín 2004, 1058 páginas”, *Ius et Praxis* n° 11 (2005), pp.173-219, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100007 [Visitado el 12.01.2018].

Convención Interamericana. Esto, no obstante el hecho que, si bien algunas de esas antiguas reservas ya fueron eliminadas a través de la recepción en nuestro derecho interno de la Convención, a través de la ley n° 19.567 de 1998, y de las modificaciones introducidas por la ley n° 20.357 de 2009 que implementó los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, el estado actual de nuestra legislación referente a la tortura aún no cumple con los estándares internacionales sobre la materia.⁶

Así, la ley 20.968 publicada con fecha 22 de noviembre de 2016, principalmente vino a reformar totalmente el párrafo y delito de tortura ya existente y a tipificar el delito de tratos crueles, inhumanos y degradantes, creando a su vez una serie de figuras derivadas de las anteriores. Esto es, sustituyó la denominación del párrafo 4° del Título III del libro II del Código penal que tenía por nombre “De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución” pasando a llamarse ahora “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución”, párrafo que comprende ahora desde el artículo 148 hasta el nuevo artículo 150 F, ambos inclusive. Además, agregó un inciso al art. 150 y sustituyó los criticados el arts. 150 A y 150 B. Agregó los nuevos arts. 150 C, 150 D, 150 E y 150 F. Reemplazó el art. 255 y sustituyó el art. 256, todos del Código Penal.

Asimismo, la ley 20.968 modificó otras leyes vinculadas al tema o relevantes para su aplicación o sanción, de forma tal de incorporarlas a esta reforma. Así, fue modificada la ley n° 18.216, que establece las penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad; la ley N° 20.357 que Tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra; el Decreto Ley n° 2.460, de 1979, del Ministerio de Defensa Nacional, que contiene la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile y la ley n° 20.477, que Modificó la competencia de los Tribunales Militares.

Finalmente, la ley contiene un artículo transitorio que establece su vigencia. Según la norma esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. Esto es, de acuerdo al propio texto legal, el día 22 de noviembre de 2016. En consecuencia, los Arts. 150 A, 150 B y 255 del Código Penal continuarán vigentes, sin modificaciones, para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley. Ello, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal.

De esta forma, y en este contexto, el objetivo de este trabajo es intentar analizar y sistematizar la importante reforma realizada por la ley n° 20.968 en lo relativo a la figura base del delito de tortura. Para ello, se presentarán algunos de los problemas que, a mi juicio, muestra la norma. Ello, no sólo en torno a su sistematización general a partir del

⁶ En este sentido, Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.3. Respecto de la ley 20.357, Cfr. CARDENAS, Claudia, “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357”, *Revista de Derecho*. U. Austral de Valdivia. V.23 n° 2 (2010), pp.23-44, en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art02.pdf> [Visitado el 12.01.2018].

nuevo bien jurídico protegido que, según esta propuesta el legislador establece, sino también respecto a la interpretación de los elementos típicos que las nuevas figuras incorporan a la nueva regulación de la tortura. Asimismo, se pretende ofrecer algunas posibles soluciones e interpretaciones para tales nudos o problemas, dirigidas a contribuir a una interpretación que, acorde a las normas y principios generales de la dogmática penal y que sin violar las normas de la correcta hermenéutica, intenten llegar a soluciones dogmáticas correctas e idóneas a partir, principalmente, de un análisis gramatical y sistemático.

Para dar cumplimiento a tales objetivos se seguirá el siguiente orden de análisis: en primer lugar se intentará delimitar la controvertida cuestión del bien jurídico protegido por la norma en comento, postulando la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido: la integridad moral. Luego, se ofrecerá una sistematización basada en la gradualidad de los nuevos tipos penales relativos a la tortura y a los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que son el resultado de las reformas o incorporaciones de la norma. Una vez clasificados, se analizará el tipo objetivo y el tipo subjetivo de la figura base del delito de torturas. Brevemente se señalarán aspectos problemáticos en el ámbito de la antijuridicidad y, finalmente, las cuestiones relativas a la sanción en cada una de sus figuras. Excluyo expresamente, por razones de espacio, un análisis de las críticas a la anterior legislación, el tema del *iter criminis* del nuevo tipo y los posibles concursos. Finalmente, sin perjuicio de la propuesta de clasificación de las nuevas figuras típicas incorporadas, queda expresamente fuera de este trabajo, también por razones de espacio y por exceder sus acotados objetivos, el análisis de la figura de torturas calificadas, del art. 150 B, y las figuras relativas al delito de apremios ilegítimos u tratos crueles, inhumanos o degradantes, de los arts. 150 D, E y F.

1. El bien jurídico protegido: La integridad moral

Parece claro que el nuevo concepto legal de tortura y las modificaciones introducidas a través de la figura de los tratos crueles, inhumanos o degradantes han venido, por lo menos, a ampliar el bien jurídico protegido a su respecto en nuestro Código Penal.

Antes de la entrada en vigencia de esta norma poco se discutía sobre cuál era el bien jurídico protegido, siendo la tesis mayoritaria aquella que establecía que se protegía solo la seguridad de las personas como “presupuesto de la libertad”.⁷ Ello por cuanto los antiguos Arts. 150 A y B del Código Penal solo sancionaban al funcionario público que atentaba contra la libertad y la seguridad de las personas, cuando éstas se encontraban legítimamente privados de libertad. Esto es, cuando el empleo de la violencia que causan o constituyen esos atentados contra la persona era el medio para quebrantar su voluntad de no declarar ante la autoridad ejecutiva o judicial, en el caso más grave, o como medio de disciplinar ilegalmente al detenido, en el menos grave.

Para otros, aunque se reconocía que la aplicación de tormentos era un delito contra la integridad física y psíquica de la persona, se ubicaba su análisis en sede de “atentados

⁷ En este sentido, Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, 2° Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007. p. 217.

contra la libertad”, no porque el sujeto pasivo estuviere generalmente privado de la misma, sino porque desde el punto de vista del sujeto activo (Art. 150 A) se sancionaba solo al empleado público que realizare las conductas descritas prácticas de apremios ilegítimos, físicos o mentales.⁸ O, como Garrido Montt, que aunque entendía el delito como propio del funcionario público, ubicaba su análisis en los “delitos contra la libertad en su aspecto material”, junto al secuestro, la sustracción de menores y las detenciones ilegítimas.⁹

Hoy, a mi juicio, con la reforma en comento el panorama respecto del bien jurídico protegido ha cambiado notablemente. Desde una perspectiva cuantitativa, puede afirmarse que se han ampliado los valores y/o los ámbitos valorativos que se pretenden proteger a través de estas figuras. Ello, porque claramente ahora no sólo se protege la libertad o la seguridad de los ciudadanos sino también la vida, la integridad física, la indemnidad sexual y la no discriminación de las personas, sea por ideología u opinión política, por raza o etnia, culto, identidad de género, entre otras motivaciones. Sino también, desde una perspectiva cualitativa, puede argumentarse que lo que se ha producido es la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido al catálogo de nuestro Código Penal, por una legislación influenciada positivamente por normas del Derecho penal internacional y por la aplicación extensiva de lo establecido tanto en el inciso 3° del art. 19 n° 1, en cuanto a la prohibición de aplicación de cualquier apremio ilegítimo, y el inc. 2° del art. 5, ambos de nuestra Constitución Política.

Sin perjuicio de ello, como bien se ha señalado, geográficamente es poco común que algún Código penal ubique el delito de tortura bajo el epígrafe de delitos contra la integridad moral. Los Códigos que regulan de forma expresa el delito de tortura, diferenciándolo de los delitos comunes, suelen incluirlo en la rúbrica de delitos cometidos en la función pública o en los delitos cometidos con infracción del deber del cargo.¹⁰ Así, en Europa, el Código penal alemán tipifica este delito en los parágrafos 340, delito de “Lesión corporal en el ejercicio de un cargo”, y 343, “Obtención de una declaración mediante violencia”, ambos dentro del Capítulo XVIII que alude a los “Hechos punibles en el ejercicio de la función pública”. A su vez, el Código penal austríaco los agrupa en el Capítulo XX, denominado “Infracciones punibles del deber del cargo y otras acciones análogas”.

Se escapa de aquella tradicional manera de ubicar el delito de tortura, la regulación del Código penal francés que, en el párrafo 1° de la sección I, “De los atentados voluntarios contra la integridad de las personas, perteneciente al capítulo II, “De los atentados contra la integridad física y psíquica de la persona”, del Título II “De los atentados contra la persona humana”, regula expresamente “la tortura y los actos de barbarie”, arts. 222.1-222.6-2. En el mismo sentido, el Código penal portugués opta por incluir su tratamiento en su Capítulo II, denominado “Delitos contra la humanidad”, que en sus arts. 243 y 244 tratan,

⁸ Cfr. BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal: Parte Especial*, t. III, 3° ed. Aumentada y actualizada, Santiago: AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2011. p.122.

⁹ Cfr. GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte Especial*, t. III, 4° ed. Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p.384 y ss. Esp. pp.407-413.

¹⁰ En este sentido, Cfr. MUÑOZ SANCHEZ, Juan, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en: DIEZ, José; ROMEO, Carlos (coords.), *Comentarios al Código Penal: Parte Especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 35-82. p.39.

respectivamente, el delito de “tortura y otros tratamientos crueles, degradantes e inhumanos” y el delito de “tortura y otros tratamientos crueles, degradantes e inhumanos graves”.

En nuestro entorno más cercano, los Códigos que regulan de forma expresa el delito de tortura comúnmente suelen incluirlo en la rúbrica de “delitos contra la libertad”. Así, el Código penal argentino regula el delito de tortura en los arts. 144 ter a 144 quinto, dentro del Título “Delitos contra la libertad”, del Capítulo I “Delitos contra la libertad individual”. Por su parte, el Código penal colombiano regula expresamente el delito de tortura en los arts. 178 y 179, dentro del Capítulo V “Delitos contra la autonomía personal” perteneciente al Título III que establece los “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”. Asimismo, el código penal boliviano, en su art. 295 trata expresamente el delito de vejaciones y torturas, perteneciente al Título X “Delitos contra la libertad”, en su Capítulo I “delitos contra la libertad individual”. Curiosamente, el código penal de Costa Rica, regula la tortura en su art. 123 bis, perteneciente a la sección III “Lesiones”, del Título I “Delitos contra la vida”. Sólo el moderno Código penal peruano regula la tortura en los arts. 321 y 322, pertenecientes al Capítulo III denominado “tortura”, del Título XIV-A, que regula los “Delitos contra la humanidad”, recientemente incorporado.

De ahí que, respecto de la ubicación geográfica del delito en cuestión, y por la diferencia que presenta con la mayoría de las legislaciones arriba señaladas, resulta interesante el ejemplo Español donde, a propósito de lo establecido por el Art. 15 de la Constitución Española de 1978,¹¹ se dio lugar a la incorporación de una nueva rúbrica, el Título VII “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, Arts. 173-177 del entonces nuevo Código Penal de 1995. En el contexto de este nuevo marco regulatorio, fue Díaz Pita quién delimitó y argumentó que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos era más bien la integridad moral, siendo seguida posteriormente por un importante número de autores.¹²

¹¹ El art. 15 de la Constitución Española de 1978 señala “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”, en: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

¹² Cfr. DÍAZ PITA, María, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XX (1997), pp.25-102. p.72 y ss. En el mismo sentido; Cfr. DE LA CUESTA, José Luis, “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XXI (1998), pp.39-116. p.69-70, p.115; MATELLANES, Nuria, “El delito de tortura”, en: DIEGO, Rosario; SÁNCHEZ, Virginia (Coords), *Nuevas Cuestiones Penales*, Madrid: Colex. 1998, pp.117-134, p.124-125; MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999. p.44; BARQUÍN, Jesús, *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Bosch, 2001, p.58; BARQUÍN, Jesús, “Sobre el delito de grave trato degradante del Art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 04-j04. p.j04:1-j04:10 (2002), p.j04-08, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j04.pdf> [Visitado el 12.01.2018]; DEL ROSAL, Bernardo, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el código penal de 1995” en: DÍEZ, José, et al (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp.1231-1240, p.1232; TERRADILLOS, Juan, “Tortura y atentados contra la integridad moral”, en: LUZÓN, Diego (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada: Comares, 2002. pp.1204-1209, p. 1205; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 15º Ed. revisada y puesta al día, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p.181 y ss.; FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura y otros delitos contra la integridad moral”, en: SILVA SANCHEZ, Jesús (Ed.), RAGUÉS, Ramón (Coord.) *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 2006, pp.97-106; ZUÑIGA, Laura, “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, en:

A su vez, el bien jurídico protegido integridad moral ha sido definido y caracterizado como:

“el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias cuyo equilibrio, al facilitar al individuo la opción de unas posibilidades frente a otras, permite la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo de acuerdo a su condición de persona. El respeto al contenido de este derecho exige pues, la no alteración o intromisión en la esfera interna del individuo, esto es, la inviolabilidad de su conciencia, y un trato acorde a su condición de persona, lo que impide que pueda ser rebajado o degradado a una condición inferior”.¹³

Aspectos estos últimos carentes de protección en otros tipos penales pero de la suficiente importancia como para justificar su tutela por parte del Derecho Penal.

Por ello, además, este nuevo bien jurídico protegido es autónomo pues puede ser lesionado por sí solo sin que el comportamiento afecte necesariamente a otros -antiguos y tradicionales- bienes jurídicos. Como bien señala García Arán:

“El derecho a la integridad moral es algo independiente del derecho a la integridad física y también respecto de la libertad. Ello no implica, a su vez, equiparar dicha integridad moral con integridad psíquica, por ejemplo, con el fin de darle un sustrato material a todo aquellos actos que no afecten a la integridad física. La integridad moral, como objeto de protección penal, adquiere autonomía respecto de otros bienes jurídicos que pueden igualmente verse lesionados por los padecimientos físicos o psíquicos que integran el trato degradante. Y como tal bien jurídico autónomo puede desplegar también su función interpretativa respecto de otros tipos penales incluidos en otros lugares del Código Penal.”¹⁴

Asimismo, para Muñoz Conde, la idea que le da autonomía y sirve de base a los delitos que se tipifican en el Título VII del Código Penal Español es la integridad moral, entendida como:

“el derecho de la persona a ser tratada conforme a su dignidad, sin ser humillada o vejada, cualquiera que sea la circunstancia en las que se encuentre y la relación que tenga con otras personas. Razón por la cual, este bien jurídico autónomo puede ser

PEREZ, Fernando, et al, (Coords.), *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Salamanca: Ed. U. de Salamanca, 2007, pp.875-912. p.887.

¹³ ARROYO, Luis, et al, (Dirs), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 1997. p.419.

¹⁴ GARCÍA, Mercedes, “La protección penal de la integridad moral”, en: DÍEZ, José, et al (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002, pp.1241-1257, p.1242. Por ello, agrega, la afección a la integridad moral no requiere necesariamente un resultado que menoscabe la salud psíquica, porque ello sería tanto como exigir que la protección penal de aquélla quedara subordinada a la producción de un resultado efectivamente lesivo o, al menos, peligroso para la salud psíquica, o, en otras palabras, negar la protección penal de la integridad moral a aquellos sujetos que, por su resistencia psicológica o por tratarse de inimputables, soportaran tratos degradantes sin ver mermada o en peligro su salud mental. Pero también la integridad moral es, por voluntad constitucional, un derecho autónomo respecto de la libertad. Tal autonomía no desaparece por el hecho de que el trato atentatorio contra la integridad moral se lleve a cabo mediante una agresión a la integridad física o mediante el doblegamiento de la libertad o con la finalidad de doblegarla. pp.1245-1246. En el mismo sentido, Cfr. MUÑOZ SANCHEZ, Juan, “De las torturas”, cit. nota n° 10, p.45.

también un factor de agravación de otros delitos, que ya lo tienen en cuenta entre sus tipos cualificados; pero cuando no es así, los actos que lo lesionan pueden entrar en concurso con otros delitos”.¹⁵

A estos puntos, debe adicionarse además que, como bien señalo Bustos en un análisis del entonces nuevo Código Penal Español de 1995, las modalidades de ataque a este bien jurídico protegido pueden ser múltiples y variadas, en atención a las peculiaridades del sujeto pasivo, de ahí que el concepto de trato degradante deba analizarse y determinarse en atención a cada caso en concreto, sin dejar de lado las pautas internacionales y del Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de ello, también debe tenerse en cuenta la evolución histórica del propio delito de tortura y tratos degradantes. Esto, porque hasta antes de la revolución francesa, estas conductas formaban parte de la política estatal aplicada a través del procedimiento inquisitivo lo que termina con el procedimiento acusatorio y el establecimiento del delito de tortura y tratos degradantes. Momento histórico donde no se distinguió claramente entre el delito de tortura y los tratos degradantes, como un abuso de un funcionario individual pero que forma parte de una política estatal. Tal distinción comienza recién a plantearse a fines del siglo XIX y, en especial, en el siglo XX a través del *ius cogens*, tratados internacionales y en el Tribunal Penal Internacional, al situarlos como delitos de lesa humanidad.¹⁶

En síntesis, aunque ciertamente este nuevo bien jurídico protegido integridad moral está ligado a la integridad psíquica, a la libertad, a la seguridad y a la salud física y mental del individuo, entre otros valores, ello no lo priva de sustentar cierta autonomía a su respecto, es decir, de poseer cierta categoría conceptual propia, distinta y separada de aquellos. En efecto, 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 el derecho a no padecer sufrimientos físicos o psíquicos que conlleven humillación, envilecimiento, cosificación o la instrumentalización de la persona.

En este sentido, los efectos cualitativos y cuantitativos, arriba señalados, vinculados al bien jurídico protegido por esta figura también se manifestaron y fueron parte del debate durante la tramitación de la ley.¹⁷ Lamentablemente, el tratamiento del contenido de este importante tema se contaminó al vincularse a la polémica política generada en torno a la tipificación del sujeto activo del delito de tortura, esto es, el funcionario público como exclusivo sujeto activo del delito versus las posturas que argumentaron en favor de incluir un sujeto activo indeterminado. Y, a su vez, se tendió a confundir el contenido de la discusión al tramitarse, en paralelo, la iniciativa que estableció el nuevo delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal*, cit. nota n° 12, p.185.

¹⁶ En este sentido, BUSTOS, Juan, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en: EL MISMO, *Obras Completas: Derecho Penal Parte Especial, t. III, 2° Ed.*, Santiago: Ed. Jurídicas de Santiago, 2009. pp.163-175, p.167.

¹⁷ Al respecto, en detalle, Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.8-9; 106-107, 161, 170, 179, 182, 192-193, 283.

DURÁN, Mario, “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”.

Sin perjuicio de tal contaminación y confusión, de la historia de la tramitación del proyecto de ley pueden extraerse determinadas posturas en torno al contenido del bien jurídico protegido por la norma.

En primer lugar, debe señalarse que de forma expresa el representante del Instituto Nacional de Derecho Humanos señaló que: “El delito de tortura es pluriofensivo y de función” (...) agregando que “una de las razones de su tratamiento como delito con sujeto especial es el bien jurídico protegido: persigue garantizar el correcto ejercicio de la función en aquellos que tienen legitimidad para ejercer la fuerza”.¹⁸

Por su parte, en el segundo informe sobre Derecho Comparado preparado por la Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, en el punto “III. II. El sujeto activo en la propuesta del Ejecutivo”, se expresó que:

“En el caso de las torturas, el bien jurídico protegido es un bien jurídico constitucional, en particular, uno o más “derechos garantidos por la Constitución”, lo que se desprende del título del Código Penal (CP) donde se propone incluir el tipo. El tipo define por torturas los “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos” aplicados con las finalidades señaladas. De ahí que pareciera que el derecho constitucional tutelado es la integridad física y psíquica protegida en el artículo 19 N° 1 del texto constitucional. Adicionalmente, la definición incluye los métodos tendientes a anular o disminuir la personalidad o voluntad de la víctima, lo que parece apuntar a un concepto jurídico más amplio, esto es, la dignidad humana o la integridad moral de la víctima (...).¹⁹

Tal informe observa además, al referirse a la propuesta del Ejecutivo de tipificar la tortura como un delito especial propio, sin una figura residual que pueda ser realizada en forma autónoma por agentes no calificados, no sólo la idea de fondo sustentada sino también los vacíos que ésta puede implicar, al señalar:

“esto parece descansar en la idea en que el bien jurídico protegido por el tipo penal de la tortura ya está protegido por otros delitos comunes, como los contemplados en el título VIII del Libro Segundo del CP (vg. lesiones, secuestro), y por lo tanto sólo se requeriría de una figura nueva para cubrir el plus de injusto que implica la infracción de deberes funcionarios que se sucede cuando el agente es un empleado público. Lo problemático de esta forma de construcción del tipo es que puede dejar conductas de particulares completa o parcialmente impunes (...) por lo que si lo que debe ser protegido mediante la tipificación de la tortura es algo más que la integridad física y psíquica de la persona, por ejemplo, su dignidad humana, como lo sugiere el derecho internacional, pareciera que la solución propuesta deja al menos una parte del injusto sin castigo, o sea, todo aquello que no queda castigado por el delito de lesiones”.²⁰

A su vez, una investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, al analizar el proyecto de ley contenido en el Boletín N° 9.589-17

¹⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.8.

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.106.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.107.

a la luz de los estándares internacionales, señaló expresamente, al referirse al mero trato degradante, que:

“esta figura se asimilaría a lo que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se llama trato degradante. En este sentido, se ajustaría al estándar internacional, aunque vinculado a la dignidad de la persona humana, que sería el bien jurídico protegido. De cualquier manera, debe tenerse presente que la entidad del daño debe quedar por debajo de lo que constituiría un trato cruel e inhumano o tortura”.²¹

Por su parte, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, al pretender aclarar ciertas indicaciones del ejecutivo y los posibles problemas de interpretación del tipo en comento con el delito de injurias, argumento que:

“hay doctrina española que sostiene que la dignidad corresponde al bien jurídico protegido y que, por lo tanto, ello permitiría resolver casos de conductas degradantes que no necesariamente entran en un contexto de injuria pero que efectivamente lesionan la dignidad. Lo ejemplificó con lo que sucede en ciertas casas de acogida, donde se dan situaciones que pueden ser consideradas dentro del delito de injuria mas no del de tortura, que la jurisprudencia española entiende como tratos degradantes. Enfatizó que habrá que profundizar respecto del contexto para hacerlo más claro y específico”.²²

Más aún, al referirse a la tipificación del delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de forma separada del delito de tortura, el Jefe de la División Jurídica en comento, advirtió expresamente que: “el bien jurídico protegido en ambos casos es la libertad y la dignidad de las personas, añadiendo que el artículo 150 D es importante de mantener en el proyecto ya que regula los apremios ilegítimos junto a los tratos crueles, inhumanos y degradantes y otorga la gradualidad necesaria para estos tipos penales”.²³

En la discusión en sala, el Senador Alberto Espina, por su parte, expresamente se decantó por la integridad personal como el bien jurídico protegido en la figura en comento, al señalar que:

“Primero debemos determinar el bien jurídico protegido, qué razón existe para sancionar la tortura. Lo que está detrás de ello es un derecho humano básico: *la integridad personal*. Se trata de una garantía constitucional presente en nuestra Carta y que se halla establecida como tal en todos los tratados internacionales. Y ese derecho puede ser violado o vulnerado por un funcionario público o por un particular. Se ha dicho que las convenciones internacionales limitan la tortura exclusivamente a los funcionarios públicos. Y yo deseo demostrar exactamente lo contrario...”²⁴

²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.161.

²² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.170.

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.193.

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.283-285. Termina alegando que “Por eso, señor Presidente, nosotros sostenemos que la tortura debe ser un delito que puede cometer cualquier persona que viola, que agrede, que humilla, que causa daños a veces irreparables, pues lo que importa es el bien jurídico protegido y no el autor del ilícito (...) Yo me di el trabajo de investigar qué ocurre con legislaciones modernas en el resto del mundo (...). Sin embargo, nosotros seguimos con una

En la misma instancia, el Senador Felipe Harboe, argumentó la pluriofensividad del bien jurídico protegido en cuestión, que implicaría la protección de la dignidad personal y la administración pública, al expresar:

“¿Cuál es el bien jurídico protegido? En este caso, la tortura es un delito pluriofensivo, que lesiona tanto la dignidad como la administración pública. Eso marca una gran diferencia con respecto a otros ilícitos. Porque cuando una persona es víctima del delito de lesiones se afecta la integridad física; en el caso de una violación, la libertad sexual; y si existe secuestro o rapto, la libertad ambulatoria. En este caso, el delito de tortura -repito- es pluriofensivo. Por un lado, se afecta la dignidad de la persona. Y por otro, se menoscaba necesariamente la administración pública, porque siempre se presupone que tal ilícito es cometido por una persona dotada de potestades públicas, por el ciudadano al que el ordenamiento jurídico ha investido de un poder mayor que el del hombre medio empírico: un policía, un funcionario público; incluso, en la hipótesis extensiva, se plantea la posibilidad de que un particular, con aquiescencia del funcionario público o haciendo uso de funciones públicas, cometa el delito en comento. Pero un particular que incurre en las conductas propias del delito que involucra el concepto de "tortura", ¿queda en la impunidad? No. Lo que sucede es que ese particular incurre en un delito común, sea el de lesiones graves gravísimas, sea el de homicidio, según corresponda”.²⁵

El Senador Hernán Larraín, por su parte, pretendiendo aclarar la discusión, señaló:

“En la legislación comparada, que mayoritariamente ha seguido un camino, y en muchos países -ya se han mencionado algunos, como Colombia o Argentina- se reconoce la posibilidad de que la tortura sea cometida también por alguien que se sitúa solo en el mundo particular, sin conexión con un agente del Estado, con un agente público. En consecuencia, señor Presidente, no corresponde reducir la tortura a un acto propio y exclusivo de la autoridad pública o de particulares que actúen con su aquiescencia. Puede haberla en otros ámbitos, comprendido el de estos últimos. Aquí ya se han dado ejemplos de situaciones que pueden tener relación con conductas terroristas o anarquistas, con narcotraficantes organizados, actividades en las que es posible cometer -y probablemente es así hoy día en Chile- actos de tortura, lo que debería ser sancionado, por lo tanto, conforme a la misma norma. La doctrina que pretende restringir la tortura solo a actos de agentes públicos limita en forma absolutamente injustificada, al final del día, los derechos humanos y su resguardo. ¿Por qué hay que circunscribirla a algunos y no a todos? La razón fundamental es la existencia de una confusión. ¿Cuál es el bien jurídico protegido? Pareciera ser la conducta del Estado, según algunos, y no la integridad personal. Y esa es toda la diferencia”.²⁶

tesis anticuada en cuanto a la visión sobre la tortura. Al menos yo quiero quedar con la tranquilidad de haber hecho el esfuerzo de intentar persuadirlos para que avancemos en la línea del Derecho Penal moderno, en el sentido de que la tortura puede ser cometida tanto por un particular como por un agente del Estado, porque el delito es igualmente cruel y degradante en ambos casos”.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.288-289.

²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.293.

Finalmente, intentando cerrar el punto y aclarar la posición política de su sector, el Senador Baldo Prokurica expresó:

“nosotros estamos expresando que comete tortura, no solo un agente del Estado, sino también un terrorista, un delincuente o un particular que realizan los actos comprendidos en el tipo. Entonces, es difícil comprender la situación. Y lo digo, señor Presidente, porque el derecho internacional de los derechos humanos contempla la participación de empleados públicos, pero también de particulares (...) Para terminar, considero, sinceramente, que el bien jurídico protegido es la dignidad del ser humano y que Chile y el mundo presentan una historia que no se puede repetir”.²⁷

2. Propuesta de clasificación o sistemática de las nuevas figuras típicas incorporadas al párrafo 4° del Título III del Libro II del Código penal

Como arriba ya se señaló, la ley 20.968 no solo vino a reformar el párrafo 4° del Título III del libro II del Código penal y el delito de tortura allí ya existente, sino que además tipificó el nuevo delito de tratos crueles, inhumanos y degradantes, creando a su vez una serie de figuras típicas derivadas de las anteriores. Para ello, además de sustituir los criticados arts. 150 A y 150 B, incorporó los nuevos arts. 150 C, 150 D, 150 E y 150 F.

Como efecto de lo anterior, se puede sostener que en el título en cuestión, denominado “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”, se contienen las siguientes figuras: El delito de tortura del art. 150 A; El delito de tortura calificada del art. 150 B; El delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del Art. 150 D; El delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes calificados del Art. 150 E.

Asimismo, el párrafo incorpora un tipo agravado de tortura, a través de una regla de exclusión del grado mínimo de la pena, aplicable a los arts. 150 A y 150 B, cuando el torturado se encuentre privado de libertad, bajo cuidado, custodia o control por parte de su torturador. Por último, el párrafo establece expresa y separadamente el delito de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, simples o calificados, por parte del particular que, en determinadas circunstancias, realiza los actos establecidos en los arts. 150 D o 150 E.

Respecto a la sistemática de esta clasificación, resulta interesante rescatar aquí la idea, ya señalada tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional Español, en virtud de la cual se ha considerado la existencia de una gradualidad entre las diversas formas de atentado contra la integridad moral. Así, el Tribunal Constitucional Español, siguiendo la jurisprudencia del señalado Tribunal Europeo, considera que “la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio”.²⁸

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.294-295.

²⁸ En este sentido, Cfr. ZUÑIGA, Laura, “El tipo penal de tortura”, cit. nota n° 12, p.888.

Así, siguiendo esta doctrina, lo arriba señalado pretendería establecer una escala o sistematización -de mayor a menor gravedad- de los atentados contra el bien jurídico protegido integridad moral. Esta gradualidad implicaría tomar en consideración tanto los elementos objetivos o facticos de las figuras como así también los elementos subjetivos y finalidades que ellas exigen.

Por esta gradualidad, conceptualmente y más allá de la respectiva tipicidad, el delito de tortura como la figura más grave y más lesiva de atentar contra el bien jurídico protegido integridad moral, exigiría siempre el hecho o acto material de infligir dolores o sufrimientos graves, de forma intencional, sumado a la existencia de un propósito especial y concreto por parte del agente. Los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, a su vez, implicarían infligir un nivel considerable de tratamientos a la víctima, relevantes pero menos que graves, sin que lleguen a constituir torturas pero afectando el bien jurídico, y sin que sea necesaria la existencia o la búsqueda de un propósito concreto. Finalmente, en los meros ultrajes a la dignidad de la persona, donde se inflige un nivel considerable y relevante de humillación o de degradación, sin que lleguen a ser actos graves de tortura ni de apremios, no se exigiría ningún propósito concreto aparente por parte del agente.

En el mismo sentido, durante la tramitación de la propuesta de la Cámara de Diputados que incluía un tipo de trato degradante, el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos señaló que:

“los referidos tratos crueles e inhumanos o degradantes consisten en una versión degradada de la tortura (...) pues hay requisitos que son diferentes, como son una menor gravedad e intensidad y la ausencia de la necesidad de que concurra la finalidad que está detrás de la tortura (...) Razón por las que el Profesor Hernández propuso que se incorporara la siguiente frase: “que no alcancen a constituir tortura”, para efectos de dejar claro que se trata de conductas similares a las del artículo 150 A, esto es, infligir dolores o sufrimientos y, además, aplicar métodos que tiendan a anular o disminuir la capacidad de conciencia y voluntad del sujeto, pero en un estado inferior al de la tortura”.²⁹

No obstante excede el objetivo de este trabajo, creo interesante señalar que la última figura arriba señalada -los meros ultrajes a la dignidad de la persona-, siendo distinta es interesantemente colindante a la situación del “Maltrato a menores de 18 años de edad, adultos mayores o personas en situación de discapacidad”, delito introducido recientemente entre nosotros por la ley n° 21.013, de 06 de junio de 2017. Y próxima, a su vez, a la del “maltrato habitual”, tipificado en el art. 14 de la ley n° 20.066, sobre violencia intrafamiliar.³⁰ Figuras estas dos últimas donde el legislador, al parecer, especifica, a propósitos de los delitos en comento, los sujetos pasivos y ciertos verbos rectores, que en general también afectan a la integridad moral como nuevo bien jurídico protegido.

²⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.192-193.

³⁰ Respecto de este último delito, Cfr. VILLEGAS, Myrna, “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”, *Política Criminal* Vol. 7, n° 14 (2012), A2, pp. 276-317, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A2.pdf [Visitado el 12.01.2018]

3. Aspectos generales sobre el nuevo delito de tortura del art. 150 A

El nuevo Art. 150 A, en sus incisos 1° y 2°, sólo trata sobre los sujetos activos, las modalidades de comisión y la sanción, dejando para otros incisos la definición conceptual de lo que debe y no debe entenderse por torturas. Así, respecto de aquellas materias, establece:

“Artículo 150 A.- 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”.

Sin perjuicio de lo que se desarrollará más adelante, debe dejarse en claro que, a diferencia de lo preceptuado al respecto en el articulado anterior,³¹ la ley ha definido y claramente ampliado el 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 sancionados.

Un planteamiento similar se ha seguido respecto del sujeto pasivo. El antiguo art. 150 A sólo castigaba al empleado público que aplicare tormentos a una persona privada de libertad, u ordenare o consintiere en su aplicación. También señalaba como víctima del delito al ofendido o al tercero compelido a entregar cualquier información en dicho contexto ominoso. Hoy, como se desarrollará más adelante, el sujeto pasivo se ha ampliado y delimitado de mejor forma.

Asimismo, la ley mantenido los verbos rectores que exigen la realización activa de la conducta desplegada. Esto es, la faz de comisión del delito, sigue siendo tipificada a través de los verbos aplicare, ordenare o consintiere en que se aplicare tortura. Sin embargo, donde se denota cierta modificación legislativa, es en la faz omisiva de la conducta exigida. Esto es, se sanciona el sujeto activo funcionario público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la

³¹ El antiguo Art. 150 A, a este respecto, establecía en su inciso primero: “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 accesoría correspondiente”. El inciso segundo agregaba: “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”. Un análisis crítico general a la antigua legislación en, TORRES, Luis. “El delito de tortura en Chile”, cit. nota n° 2, p.57 y ss.

facultad o autoridad necesaria para ello o, cuestión que se agrega, estando en posición para hacerlo.

Por último, en un primer análisis, resulta evidente el aumento de penas en esta figura respecto de su antecedente legislativo. Ello, en dos sentidos: primero, porque cuantitativamente sube la pena del delito de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo, y la accesoria correspondiente, a presidio mayor en su grado mínimo. Segundo, porque hace aplicable la misma pena a ambos sujetos activos, tanto al empleado público como al particular condicionado, aplicando además al primero -al empleado público- la misma sanción, tanto cuando realiza el tipo en su faz activa como cuando realiza las conductas punibles en la faz omisiva del delito.

3.2 El concepto de tortura.

La ley ha sido innovadora en este punto. El nuevo Art. 150 A, en sus incisos 3º, 4º y final, siguiendo pero ampliando en algunos aspectos el concepto de tortura establecido en el art. 1º de la Convención,³² define legalmente lo que debe y lo que no debe entenderse por tortura, al establecer:

“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”.

“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”.

El concepto de tortura contenido en la ley se construye sobre la base de dos reglas o limitaciones interpretativas. Primero, a partir de aquellos actos que la ley entiende o

³² Al efecto, señala, “Art.1º 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención*, cit. nota n° 3, p.1.

concibe normativamente como torturas y segundo, en base a la exclusión de aquellos actos que la ley no considera o supone como no constitutivos de torturas. Ambas limitaciones conceptuales, además, poseen o contienen tanto un aspecto o componente material o fáctico como también un importante aspecto subjetivo y también teleológico. Esto es, un elemento material constituido por el acto que infringe dolores o sufrimientos graves y una intencionalidad en el comportamiento desplegado, tanto en su faz activa como omisiva. El elemento teleológico o de finalidad, por su parte, está representado conceptualmente en la necesidad de que el sujeto activo busque determinados fines -definidos en la ley- a través de la realización de los actos constitutivos de tortura.

En este punto, y como una forma de aclarar la explicación, sólo analizare los límites conceptuales de lo que la ley entiende y no entiende como torturas, desde una perspectiva material o fáctica (el acto y sus características), dejando el desarrollo de los elementos subjetivos, tanto de intencionalidad como de finalidad, para el respectivo análisis de los elementos subjetivos del tipo de torturas establecido en el Art.150 A.

Así, respecto de la primera regla o limitación interpretativa, esto es, aquellos actos que la ley entiende o concibe como torturas, se debe entender que no sólo lesionan el bien jurídico protegido integridad moral aquellos que infringen dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, al sujeto pasivo sino también la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión.

En cuanto al verbo inflija dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos a una persona -que proviene del latín *infligêre*, esto es, herir o golpear- debe entenderse en la acepción de ocasionar, provocar, causar o incluso causar daño o imponer un castigo.³³ Así, quién inflija u ocasione torturas debe, necesariamente, realizar cualquier acto que, material y fácticamente, sea capaz de producir graves dolores o sufrimientos en un contexto de violencia física, sexual o psíquica al sujeto pasivo. Violencia que es distinta y que va más allá, por su intencionalidad, gravedad y fines, a un simple maltrato o a la mera lesión de la salud, integridad física o psíquica o libertad e indemnidad sexual de la víctima. Por ello, para constituir el acto lesivo al bien jurídico autónomo e independiente integridad moral, no es necesaria aquí la realización por parte del torturador del delito de lesiones, de coacciones, de amenazas u otro delito de carácter sexual.

Los dolores o sufrimientos, a su vez, guardan relación con dolencias, padecimientos, malestares y, con angustias, amarguras y congojas, respectivamente. Los primeros relacionados claramente con el cuerpo, los segundos con el alma. Ambos, sin embargo, etimológicamente relacionados con la tortura, el flagelo, el martirio, la agonía, las heridas y las llagas. En definitiva, con una sensación molesta y aflictiva, física o moral, de causa externa o interna.³⁴

³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. XXII Ed. Madrid: Espasa, 2001. p.1274.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.845 y 2106.

Consecuentemente, la ley ha exigido que la valoración objetiva de tales actos deben ser considerados -jurídico-socialmente- como graves. Esto es, los dolores o sufrimientos deben ser importantes, trascendentes, destacados o profundos.³⁵ En consecuencia, para ser considerada como tortura, el acto desplegado por el sujeto activo debe ser valorado como de una importancia, envergadura o alcance tal que sea capaz de generar objetivamente un sentimiento de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización en el sujeto pasivo. Ello, como el resultado directo y causal de actos intencionales que le produjeron dolores o sufrimientos físicos, sexuales o psíquicos.

Respecto de esto último, que los dolores o sufrimientos graves sean físicos, sexuales o psíquicos es claro que la ley ha querido especificar los ámbitos de aflicción sobre los que debe recaer el acto de tortura, yendo incluso más allá de la propia convención, que no hace mención expresa al ámbito sexual. Debe entenderse al respecto, y sin ánimo de ser reiterativo, que la ley se refiere en primer lugar al aspecto corporal o físico-material de la persona, a su ámbito genital, íntimo o reproductivo y, finalmente, a su aspecto mental, anímico o espiritual.

Finalmente, en relación a esta primera regla o limitación interpretativa, la ley entiende o considera como actos de torturas que lesionan el bien jurídico protegido integridad moral, 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. Aunque la Convención no considera estos métodos y sus fines como constitutivos de torturas, el aporte e innovación de la ley es positivo. Ello, no solo porque incorpora a la prohibición y tipificación penal -disculpando la expresión- los modernos e innovadores procedimientos y las tecnologías refinadas para torturar sino porque también excluye la causación de dolor o sufrimiento a través de tales métodos. Cuestión esta última que, en el marco de una moderna y refinada tortura, es justamente lo que busca el agente; anular la personalidad de la víctima, disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión a través de métodos indolores o más bien de carácter psicológicos. Violencia contra la persona que, a través de tales métodos, busca la desorientación sensorial, el quiebre de su voluntad, la pérdida de su capacidad de autodeterminación racional. Efectos todos que no son más que manifestaciones de la pérdida de dignidad por parte de la persona torturada que conlleva humillación, envilecimiento y sobre todo cosificación e instrumentalización.

La fuente formal de esta tipificación, al parecer, estaría dada en la Convención Interamericana, que en el inciso 1º de su art. 2 al definir lo que entiende por tortura, señala:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.³⁶

³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.1156.

³⁶ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana*, cit. nota n° 4, p.1.

Así, en este marco, debemos entender por métodos todos aquellos procedimientos, técnicas, sistemas, inventivas, conocimientos y, si cabe, artes destinadas a la producción de indignidad y de lesión a la integridad moral de la persona, tendientes a anular la personalidad de la víctima, a disminuir su voluntad, su capacidad de discernimiento o de decisión, sin necesidad que causen un dolor o sufrimiento grave en el torturado, pero siempre orientado a los fines que señala la ley.

Respecto de los efectos buscados por el agente con dichos métodos, se puede señalar que la ley los agrupa de mayor a menor grado de afectación a la integridad moral de la persona. Esto es, desde la más grave, que consiste derechamente en anular la personalidad de la víctima, deshumanizándola, buscando eliminar todo aquello que la hace un ser individual, racional y libre, cosificándola para dejarla en una situación que implica la disposición a la voluntad del torturador, como si fuese un objeto. A aquellas que, aunque relevantes, apuntan a grados menores de aquello, es decir, a disminuir, reducir, rebajar, empequeñecer o restringir la voluntad, el carácter, el querer o el espíritu que le permite a la víctima ordenar su propia conducta, así como su capacidad, sus recursos intelectuales o sus actitudes cognitivas, que le permiten tomar decisiones o razonar libre y conscientemente.

Por otra parte, respecto de la segunda regla o limitación interpretativa, esto es, la exclusión de aquellos actos que la ley no considera o supone como constitutivos de torturas, el inciso final del art. 150 A se refiere expresamente a 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 autoridad”. A diferencia de la Convención, que en su art. 1 n° 1 señala que “No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”³⁷ y de la Convención Interamericana, que en el inc. 2° del art. 2 señala que “No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”,³⁸ el nuevo delito de tortura si bien tiende a especificarlos, a mi juicio, extiende la excepción a ciertos tipo de actuaciones que podemos denominar formales -la sanción legal, el acto legítimo de autoridad- que no serían normativamente constitutivos de tortura.

En este sentido, el aporte de la nueva norma en comento guarda relación con la especificación, tanto en la clase como en la entidad, de la especie concreta de aflicción o de actos que, en caso de afectar a la víctima, no serían constitutivos de tormentos. Así, el nuevo art. 150 A señala que éstos son “molestias o penalidades”, la Convención tipifica “los dolores o sufrimientos” y la Convención Interamericana habla de determinadas “penas o sufrimientos físicos o mentales”.

La importancia de esta delimitación y diferenciación radica en que el art. 150 A se aparta, precisa y consecuentemente, del concepto típico de torturas que la misma norma entrega al

³⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención*, cit. nota n° 3, p.1.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana*, cit. nota n° 4, p.1.

distinguir, entre el acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, y dichas molestias y penalidades. Debe entenderse que el legislador intenta separar normativamente el contenido material y subjetivo de los actos constitutivos de tortura -arriba descritos- de los efectos negativos de aquellos actos que no comprende dentro de las acciones que integran el concepto normativo de tormento. De esta forma, una simple interpretación gramatical nos lleva a concluir que el uso en conjunto de las palabras molestias y penalidades, están tomadas en su acepción de meras contrariedades, desagrado, desazón, disgusto, la primera, y de incomodidad, contrariedades, desgracias, reveses, adversidades, la segunda. En definitiva, a un mera falta de comodidad o impedimento para realizar libremente ciertos actos.³⁹ Lo que implica delimitar, diferenciar y especificar estas molestias y penalidades de aquellos que efectivamente son tormentos.

Más aún, ambos conceptos, si se interpretan en conjunto, no solo pretenden separar al intérprete de la idea de tortura, en los términos arriba desarrollados, sino que también buscan claramente distinguir la entidad de los efectos producidos. En la tortura, como vimos arriba, los efectos deben ser graves y, como veremos más adelante, además intencionales y vinculados a ciertas finalidades. Acá, la ley no emplea ese adjetivo por lo que se debe entender conceptualmente que no deben pasar más allá de ser aquellas propias, naturales e inseparables molestias o penalidades que debe padecer el ciudadano objeto de alguna sanción legal o, más genéricamente, aquellos padecimientos más accidentales que a que están expuestos los ciudadanos, derivados de algún acto legítimo de autoridad.

3.3. Modalidad de la conducta típica y formas de comisión del delito de tortura

El delito de tortura del art. 150 A es un delito de acción y de omisión pues contiene tanto modalidades activa como omisivas en la conducta típica. Esto es, guarda formas de comisión claramente activas, que implican necesariamente el despliegue de ciertas conductas prohibidas por parte del sujeto activo del delito de tortura. Pero también contiene el mandato expreso de realización de determinadas conductas por parte del sujeto activo que, de no ser realizadas por éste, son sancionadas como actos de tortura.

Así, como arriba adelantaba, la ley en el actual inciso 1° del art. 150 A, ha mantenido los verbos rectores que el antiguo del art. 150 A exigía para la realización activa de la conducta desplegada.⁴⁰ Esto es, la faz de comisión del delito, sigue siendo tipificada a través de los verbos rectores aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura. La misma concepción activa del delito contenida en esta norma se aplica en el inciso 2° del artículo cuando se sanciona al particular que, en una serie de circunstancias que más adelante se verán, ejecutare los actos de tortura. E igual formula es utilizada en inciso 4° del art. 150 A,

³⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p. 1524 y 1720.

⁴⁰ El antiguo Art. 150 A prescribía: “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 accesoría correspondiente”. En este sentido, Cfr. BULLEMORE / MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 8, p.122; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 7, p. 218; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p.409.

cuando extiende el concepto de tortura a 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 la norma.

Gramaticalmente,⁴¹ el verbo rector *applicare* debe ser entendido en su acepción de emplear, usar, destinar, utilizar o poner algo (en este caso torturas) sobre otra cosa o en contacto de otra cosa. O bien, en el sentido de emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento de alguien o algo. Esto es, en la especie que nos ocupa, en emplear o usar torturas, por parte del sujeto activo o agente, en contra del sujeto pasivo con el fin de obtener un determinado fin o efecto. Lo mismo respecto del inciso 4°, donde lo que ocurre es el empleo, utilización o uso 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 la norma.

En el mismo sentido, el verbo *ordenare*, significa y se entiende como mandar que se haga algo; encaminar o dirigir a un fin; colocar algo de acuerdo con un plan. En nuestro caso es, entonces, decidir, dictaminar, establecer o decretar la aplicación de tormentos contra el sujeto pasivo. Finalmente, y de igual forma gramatical, *consintiere* debe entenderse como 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.

La misma concepción activa se aplica en el inciso 2° del art.150 A cuando se sanciona al particular que, en una serie de circunstancias, ejecutare los actos de tortura. Aquí, gramaticalmente el verbo rector debe interpretarse como consumir, cumplir, poner por obra algo, hacer, llevar a la práctica, realizar algo. Lo que nos lleva a interpretar que lo que exige la norma es que el particular debe ser aquí quien consume, realice, practique o lleve a cabo las torturas sobre el sujeto pasivo.

En la faz omisiva del tipo, por otra parte, se denota cierta modificación legislativa. Como adelantaba, el antiguo inciso 2° del art. 150 A exigía que el empleado público, conociendo la ocurrencia de las torturas, no las impidiera o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello. Ahora, si bien la nueva legislación sigue sancionando al sujeto activo funcionario público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no las impidiera o hiciera cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello, agrega, la situación fáctica de o estar en posición para hacerlo.

Sin perjuicio de este agregado fáctico que hace cierta diferencia, lo importante es entender el contenido de los verbos rectores impedir o hacer cesar que, de ser incumplidos u omitidos, consuman el delito y hacen exigible la sanción para con el sujeto activo empleado público.

Gramaticalmente, impedir es estorbar, frenar, paralizar, imposibilitar la ejecución de algo, suspender, embargar su ejecución, disuadir. Por ello, en este contexto, debe entenderse que

⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.182.

el deber para con el bien jurídico protegido por parte del empleado público es no omitir su obligación de imposibilitar, frenar, suspender, evitar o imposibilitar la ejecución, más o menos cercana o pronta en el tiempo, de tormentos sobre la víctima. En el mismo sentido, hacer cesar significaría producir, ejecutar, obrar, realizar, causar u ocasionar actos o acciones con el fin de acabar, finalizar, concluir, terminar o hacer caer algo. Esto es, el empleado público debe realizar actos, ejecutar acciones concretas y directamente destinadas a terminar, finalizar o acabar con la tortura de las que conoce su ocurrencia, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para ello.

Este último requisito posicional del empleado público requiere cierta explicación. En principio, por tratarse de un delito de omisión, podría pensarse que el legislador ha creado aquí una posición de garante respecto del sujeto activo empleado público con el objetivo que éste, a todo evento, evitase cualquier acto lesivo o peligroso para con el bien jurídico protegido. Es decir, con el fin de que éste se encuentre obligado a actuar, siempre que tenga conocimiento de su realización, para impedir la realización o aplicación de torturas. Lamentablemente, a mi juicio, ello no es así. Aquí estamos en presencia más bien de 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. Dicho esto, empero, hay que distinguir entre ambas situaciones.

En el primero caso, nuevamente, el sentido gramatical nos señala que la expresión “tener la facultad o autoridad necesaria”,⁴² guarda relación con poseer el poder, el derecho, el mando, el imperio o la potestad para hacer algo, de una forma o manera forzosa o inevitable, obligatoria, no voluntaria ni espontánea. Genéricamente, ejercer un gobierno o mando, de hecho o de derecho. Así, en otros términos, sólo cometería el delito del art. 150 A en su faz omisiva, el empleado público que, estando en conocimiento de los hechos constitutivos de tortura y teniendo el poder, el derecho, el mando, el imperio o la potestad necesaria para impedirlos o hacerlos cesar, no lo hace. Requisito posicional -facultad o autoridad necesaria- que, obviamente, deberá constar y probarse en la especie pero que dejaría fuera del ámbito típico, desde ya, a los empleados públicos de menor relevancia, sin poder, potestad o mando dentro de la organización o sin la autoridad requerida respecto del agente que en los hechos ejerce el tormento.

En el segundo caso, el agregado “o estando en posición para hacerlo”, guarda cierta diferencia. Esto es, la situación en la que el empleado público, estando en conocimiento de los hechos constitutivos de tortura y estando en posición de impedirlos o hacerlos cesar, no lo hace, difiere de la anterior al no exigir y separarse de la noción facultad o autoridad necesaria. Estar en posición, en sentido gramatical, sería la postura o actitud en que alguien está puesto, su disposición o situación al respecto, su actitud o manera de pensar, obrar o conducirse con respecto a algo.⁴³ En nuestro análisis, se trataría entonces del caso del empleado público que, sin tener la facultad o autoridad necesaria, si está (o debe estar) en

⁴² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.253, 1031 y 1571.

⁴³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.1810.

una postura o actitud, en una disposición o situación contraria a la tortura. O aquél en el que su actitud o manera de pensar, obrar o conducirse, está (o debe estar) en contra de la tortura pero, en todo caso, no la impide o no la hace cesar. Situación netamente fáctica que, ciertamente también, deberá constar y probarse en la especie pero que, a diferencia de la anterior, no dejaría fuera del ámbito típico a los empleados públicos de menor relevancia, sin poder, potestad o mando dentro de la organización o sin la autoridad requerida, respecto del agente que, incluso de mayor rango o jerarquía, en los hechos es el que ejerce el tormento.

Por último, es necesario señalar además que la situación de la faz omisiva claramente implica una cuestión temporal respecto del conocimiento de su realización. Es decir, impedir o hacer cesar tienen un sentido normativo vinculado al *tempo* de los actos, que apunta primero a evitar, en los términos arriba señalados, que se produzcan las torturas y, segundo, a terminar o acabar con ellas, según se explicó, cuando ya se han iniciado.

3.4. Los sujetos del delito de tortura

Como adelantaba arriba, a diferencia de lo preceptuado en el antiguo articulado, el nuevo art. 150 A ha definido y claramente ampliado el sujeto activo del delito, extendiéndolo desde el históricamente delimitado y especial sujeto activo empleado público al sujeto activo 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 sancionados.

Por esta razón, y a partir de esta reforma, los sujetos activos en la comisión del delito de tortura del art. 150 A, son: El empleado público que, abusando de su cargo o de sus funciones, realiza los actos castigados, y el particular que ejecuta los actos tipificados, en las siguientes y determinadas situaciones fácticas: en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público.

Respecto del sujeto pasivo, también hay novedades. El antiguo art. 150 A sólo castigaba al empleado público que aplicare tormentos a una persona privada de libertad, u ordenare o consintiere en su aplicación. También señalaba como víctima del delito al ofendido o al tercero compelido a entregar cualquier información en dicho contexto ominoso. Hoy, como se desarrolla más adelante, en atención a lo establecido en el art. 150 A y 150 C, el sujeto pasivo conceptualmente no sólo se ha ampliado y generalizado sino que, a la vez, correctamente se ha vinculado a una situación directamente relacionada con esta materia: la privación de libertad.

Así, a mi juicio, podemos encontrar tres categorías de sujetos pasivos del delito de tortura: el sujeto indeterminado; el privado de libertad y; el sujeto que se encuentra bajo el cuidado, la custodia o el control del que aplica la tortura.

3.4.1 El sujeto activo en el delito de tortura

Respecto del sujeto activo empleado público, en primer lugar debe señalarse que el Código Penal ha definido expresamente, desde antiguo, su concepto para los efectos de éste y otros delitos de carácter patrimonial. Específicamente, su art. 260 prescribe 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 del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.⁴⁴

Además, como señala expresamente, la ley hace aplicable expresamente esta definición tanto para del Título V “De los crímenes y simples delitos cometidos por funcionarios públicos en el desempeño de sus cargos” (arts. 216-260) como para el Párrafo IV “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución” (arts. 148-161), del Título III “De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución”.⁴⁵

A su vez, el art. 2 de la ley 18.834, de fecha 23 de septiembre de 1989, actual texto refundido del “Estatuto Administrativo” define, entre otras cuestiones, lo que debe entenderse tanto por empleo público como por empleado o funcionario público, de la siguiente forma:

“a) Empleo público es la función pública, remunerada o no que se realiza en cualquier servicio de la Administración del Estado, y que se especifica por su cometido. b) Empleado público o funcionario es la persona que desempeña un empleo público en algún servicio fiscal o semifiscal y que por lo tanto, se remunera con cargo al Presupuesto General de la Nación o del respectivo servicio. Los Ministros de Estado no quedan comprendidos en esta denominación, y no les serán aplicables las disposiciones del presente Estatuto, salvo aquellos preceptos en los cuales se les ha incluido expresamente”.⁴⁶

Así, la definición de empleado público dejaría inmersos en la abrazadera típica no solo a aquellos que tienen un cargo o función pública, sea en la Administración Central (Ministerios, subsecretarías o gobiernos regionales) o en instituciones o empresas semifiscales, sino a todos los funcionarios municipales, de organismos autónomos, centralizados o descentralizados, u organismos -servicios, oficinas, programas, centros, divisiones, dependencias- creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. Independientemente de si dichos cargos o funciones sean o no de elección popular. Tipificación del sujeto activo que abarca a individuos en situaciones que van mucho más allá del tradicional e histórico caso del agente de policía o del miembro de las fuerzas armadas, de orden o seguridad del

⁴⁴ Cfr. <http://bcn.cl/luvd5>

⁴⁵ En el mismo sentido, respecto del antiguo art. 150 A, Cfr. BULLEMORE / MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 8, p.123; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p.409.

⁴⁶ Cfr. <http://bcn.cl/lv131>

Estado. Y que, por otra parte, expande la tradicional división administrativa entre funcionarios de planta, contrata y honorarios. En virtud de la cual, y según la ley, sólo a los dos primeros les corresponde realizar las funciones propias del órgano administrativo que los cobija, institución que, a su vez, tiene por exclusiva misión realizar la función administrativa regulada por el Estatuto administrativo.⁴⁷

En este sentido, además de los casos de empleados expresamente arriba señalados, un funcionario del SENAME, del SENAMA, un profesor de una Escuela o Liceo dependiente de una Corporación Municipal o de una Universidad pública, un guardabosques de la CONAF, un funcionario de aduanas o los incontables casos de funcionarios a honorarios de las distintas reparticiones públicas del Estado de Chile, por ejemplo, podrían verse incorporados -normativamente- en el amplio concepto de sujeto activo del delito de tortura.

No obstante ello, debe señalarse que a pesar de descansar la tipificación del sujeto activo del delito de tortura -en una parte al menos- en la amplia definición penal de empleado público contenida en el art. 260, la reforma ha omitido la mención expresa a un sujeto activo que en Derecho comparado tiende a ser señalado expresamente; esto es, el gendarme o encargado de prisiones. Lo que, por razones de *lege ferenda* y simbólicas en el tema en cuestión es sumamente relevante, tal como veremos más adelante.

El mantenimiento aquí de la tipificación del *empleado público* como sujeto activo del delito de tortura aparentemente obedece no solo a razones históricas y prácticas sino también a una visión político-criminal del tema. Esto es, no solo para no modificar aún más la geografía del Código penal sino, sobre todo, para mantener la tradicional asociación que se realiza entre nosotros -tal como vimos arriba a propósito de la discusión parlamentaria- de vincular el delito de tortura con el bien jurídico seguridad como presupuesto de la libertad de las personas y/o, derechamente, con los delitos cometidos por funcionarios públicos que atentan contra los derechos garantizados en la constitución.

Lo que asoma como criticable de esta decisión legislativa, como adelantaba ya al tratar sobre el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, es que se mantenga el resabio histórico-jurídico del título y párrafo del delito y no se integre en un párrafo relativo a la integridad moral. Cuestión que, en el contexto de las otras nuevas figuras que integran la reforma, mejoraría tanto la interpretación como la sistemática de los tipos y no seguiría desviando la atención hacia el sujeto que realiza los actos constitutivos de tormentos. Ello, porque debe entenderse que lo importante son los actos que lesionan o ponen el peligro el bien jurídico y no el sujeto activo que los realiza.

Por ello, en este contexto crítico, resulta más relevante aún la importante adición en la tipificación que el legislador ha realizado respecto del sujeto activo empleado público del art. 150 A, ya que, al exigir que los actos de tortura que realice dicho sujeto sean “abusando de su cargo o de sus funciones” se denota una clara intención de apartarse de las convenciones internacionales, delimitando y especializando el contexto objetivo-subjetivo que tal acciones exigen para ser constitutivos de este delito. Como si, normativamente,

⁴⁷ En este sentido, Arts. 1-3, 17-24, 61-64, 119-144, todos del *Estatuto administrativo*. Cfr. <http://bcn.cl/1v131>

existiese casos donde los actos de tortura se puedan realizar sin abusar del cargo o de las funciones del empleado público. Esto porque la Convención, por su parte, exige en su art. 1° n° 1, que los actos constitutivos de torturas sean infligidos por un funcionario público u otra persona “en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”⁴⁸ y la Convención Interamericana, por su parte, en su art. 2 castiga expresamente a “los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan”.⁴⁹ Sin señalar nada respecto del abuso del cargo o de sus funciones por parte de empleado público.

Como bien se señala en el segundo informe sobre Derecho Comparado preparado por la Asesoría Técnica Parlamentaria, arriba citado, en su punto III. II, la visión del sujeto activo en la propuesta del Ejecutivo se sustenta en el hecho que:

“el deber funcionario que completa el injusto, justificando la gravedad de las penas asociadas, parece ser el de actuar con apego al derecho, lo que se infiere de la lógica de abuso de poder contemplado en el tipo (...) El Ejecutivo propone tipificar la tortura como un delito especial propio, sin una figura residual que pueda ser realizada en forma autónoma por agentes no calificados, o sea, no se propone un castigo específico para los particulares que incurran en la conducta típica sin la mediación de un funcionario público (...) Lo problemático de esta forma de construcción del tipo es que puede dejar conductas de particulares completa o parcialmente impunes (...) Si lo que debe ser protegido mediante la tipificación de la tortura es algo más que la integridad física y psíquica de la persona, por ejemplo, su dignidad humana, como lo sugiere el derecho internacional, pareciera que la solución propuesta deja al menos una parte del injusto sin castigo, o sea, todo aquello que no queda castigado por el delito de lesiones. Este problema podría ser resuelto construyendo el delito de torturas ya sea como un delito común o como un delito especial impropio. La primera opción genera el problema de dejar la infracción del deber del funcionario público sin sanción adicional. Es, aparentemente, la solución propuesta por la legislación argentina. La segunda alternativa supone crear un delito residual común, o sea, que pueda ser realizado por cualquier persona sin atención a su cualidad, y un delito especial, donde la calidad del sujeto fundamente un agravamiento de la pena. Este es el modelo español”.⁵⁰

En efecto, parece ser que lo fundamental en materia de regulación internacional de estos delitos es entender que aquí -en la especie- de lo que se trata es castigar la conducta de un sujeto activo de los denominados especiales y que el delito, en este punto a lo menos,

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención*, cit. nota n° 3, p.1.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana*, cit. nota n° 4, p.1.

⁵⁰ Cfr. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, *Historia de la ley n° 20.968*, cit. nota n° 1, p.107. Se pone como ejemplo el caso de un grupo que agrede durante la noche en la vía pública a un homosexual, golpeándolo y reduciéndolo. Luego, le aplican corriente eléctrica en el cuerpo para castigarle por su orientación sexual. Como resultado, la víctima tiene hematomas, shock nervioso y se le prescribe reposo por 20 días y terapia psicológica. El tipo de torturas no sería aplicable, ni tampoco el de tratos crueles, pues no habría intervención de un funcionario público. Tampoco habría secuestro, por haberse realizado la conducta en la vía pública, sin encierro ni detención, concurriendo únicamente lesiones leves, por no haber quedado inhabilitado para el trabajo por más de 30 días, quedando los autores sujetos a la pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 11 a 20 UTM, artículo 399 CP.

constituye solo un *delito especial impropio*. Tipo especial que tendría su correlato general o tipo base en la conducta del particular que realiza actos de tortura (en la reforma en cuestión, el inc. 2° del art. 150 A) que incluso -para un mayor abundamiento del argumento- tiene la misma pena. Es en este sentido que las convenciones castigan la tortura del funcionario u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o actuando en ese carácter.

Lo esencial de la conducta, insisto, no es necesariamente la calidad del sujeto activo sino la realización, instigación, consentimiento o aquiescencia para con la realización los actos de tortura. De ahí que exigir además que tal sujeto activo torture “abusando de su cargo o de sus funciones” implique crear nuevas exigencia típicas que delimitan y rigidizan más allá de lo razonable y necesario el contexto objetivo-subjetivo del tipo en cuestión, sólo por atender al sujeto activo del mismo. Baste para explicar los peligrosos efectos interpretativos que ello puede implicar los tenebrosos ejemplos históricos de los múltiples funcionarios que trabajaron o prestaron sus servicios en las agencias públicas de seguridad, información o inteligencia de las dictaduras del cono sur de américa latina, como nuestra DINA o CNI, el SIDE Argentino, el SIN Brasileño, que incluso tuvo una Escuela Nacional de Informaciones, o el posterior SIN y luego CNI Peruano, que aún restan impunes por no haber “abusado de su cargo o de sus funciones” y que incluso fueron capaces de organizar actividades a nivel transnacional como la denominada “operación cóndor”.⁵¹

Por todo esto, es de entender que esta exigencia agregada, además, no ayuda a dar cabal cumplimiento al objetivo de mejorar el seguimiento y cumplimiento de lo preceptuado tanto por la Convención como por la Convención Interamericana sino que viene a agregar una exigencia adicional que, si bien facilita a la defensa exigir que se prueben tales circunstancias, alejándose de los peligros de una posible aplicación objetiva-causal del tipo, basada en un Derecho penal de autor que atente contra el principio de culpabilidad, también endurece y rigidiza la aplicación del tipo y, sobre todo, la correcta y cabal protección del bien jurídico protegido integridad moral.

Ello, en definitiva, porque gracias a este punto incorporado de la reforma, la respuesta dogmática que aparece como inverosímil pero correcta a las siguientes situaciones es la impunidad del agente. Esto es: si no se acredita el abuso del cargo o de la función, los actos constitutivos de torturas infligidos por un funcionario público u otra persona “en el ejercicio de funciones públicas”, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, restarán impunes. Igual, si no se acredita el abuso del cargo o de la función, el empleado o funcionario público que “actuando en ese carácter” ordene, instigue, induzcan a su comisión, o cometa directamente torturas, resta impune. Por último, si no se acredita el “abuso del cargo o de la función”, el empleado o funcionario público que, “pudiendo impedir o hacer cesar las tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello, no lo haga”, no puede ser sancionado a título de torturas del 150 A.

⁵¹ Al respecto, Cfr. GARZON, Baltazar (Coord.) *Operación Cóndor 40 años después*, Buenos Aires: CIPDH, 2016, p.101 y ss, en: <http://www.cipdh.gob.ar/2017/08/28/libro-operacion-condor-40-anos-despues/> [Visitado el 12.01.2018]; PAREDES, Alejandro. “La operación cóndor y la guerra fría”, *Universum*, n° 19, n° 1 (2004), p. 122-137, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762004000100007 [Visitado el 12.01.2018]

Por otra parte, como se ha señalado arriba, es sujeto activo del delito de tortura del art. 150 A, además del empleado público que abusa de su cargo o de sus funciones, *el particular* que ejecuta los actos tipificados, en las siguientes y determinadas situaciones fácticas: en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público.⁵²

Por sujeto activo particular debemos entender literalmente aquel sujeto indeterminado, que no tiene título, cargo o empleo público que lo distinga de los demás, o vínculo de parentesco o sanguíneo con la víctima, o alguna característica típica que lo aparte o delimite especialmente. Es un sujeto activo común e imputable, que solo tiene como requisito su capacidad para actuar con responsabilidad penal. Asimismo, ejercer funciones públicas, puede entenderse como la realización de aquellas actividades o asuntos que implican un interés público (administración, justicia, defensa, orden y seguridad) que son propias del Estado o de la acción de sus funcionarios, por parte de un sujeto privado que carece de tal rango o calidad.

Entre nosotros, dada la amplitud de elementos normativos que la definición arriba desarrollada contiene, podría caber en dicho concepto el caso del guardia de seguridad privado, del bombero, del miembro de un partido político, grupo paramilitar o de choque, del miembro de la defensa civil o de la cruz roja, del profesional (médico, químico, psicólogo o psiquiatra) que desarrolle actividades de tormento sin ser -necesariamente- titular de un cargo o estar subsumido en el amplio concepto de empleado público pero sí estar vinculado *de facto* al desarrollo, apoyo o gestión de tales funciones públicas.

Más compleja es la situación del empleado a honorarios que, en principio, debiera considerarse como un simple privado que presta un servicio concreto, definido y determinado a la institución gubernamental sin acceso al ejercicio de funciones públicas, acorde con la definición legal y administrativa de empleado público. Pero, de acuerdo a lo establecido en el art. 260 del Código penal, y lo arriba desarrollado, en el mejor de los casos y bajo la interpretación más restringida, debiera considerarse aquí su situación. Esto es, por ejemplo, el psiquiatra que presta servicios temporales y ocasionales a honorarios a un servicio de seguridad, de inteligencia o a la propia policía y que participa en una sesión de torturas en contra de una persona considerada peligrosa o derechamente contra un delincuente, cabe -a lo menos- en la situación aquí descrita. Esto es, en el caso del particular en el ejercicio de funciones públicas como sujeto activo de torturas.

Por otro lado, la situación del particular que ejecuta los actos típicos de tortura a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público, aparece como más fácil de describir pero mucho más difíciles de probar. Esto, porque al entender que instigar esta tomado aquí en el sentido de incitar, provocar o inducir a alguien

⁵² En este punto la norma sigue a la Convención Interamericana que, en su Art. 3, señala: “Serán responsables del delito de tortura: a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan. b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a. ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”. Cfr. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Convención Interamericana*, cit. nota n° 4, p.2.

a que realice algo,⁵³ además de involucrar claramente situaciones de coautoría entre el empleado público inductor y el particular inducido -por mandato del art. 15 n° 2- también envuelve la obligación de acreditar la existencia de acciones directas de aquel encaminadas a incitar, inducir o provocar en el privado la voluntad, la decisión o el convencimiento de realizar los actos de tortura. Cuestión que, por lo demás, es muy probable que genere casos de error, por parte del particular, en cuanto al concepto o ejercicio de tales funciones públicas, sobre el consentimiento del empleado público o sobre el tipo, nivel o clase de instigación.

En efecto, no estamos aquí en presencia de la situación en la que el privado, por sí y ante sí, concibe y decide realizar los actos constitutivos de tortura. Como puede ser la situación, por ejemplo, de la banda o asociación delictual -más o menos organizada- que aplica torturas en contra de un miembro de una banda rival con el fin de obtener alguna información, castigarlo o coaccionarlo o el caso de la víctima torturada durante su secuestro o robo para que brinde información o castigarlo por no darla. Por el contrario, aquí se pretende regular justamente el caso del privado utilizado, compelido, inducido, quizá moralmente coaccionado, para la realización de tales tormentos. Caso que abre la puerta, y con cierta razón por lo demás, a la discusión en sede de culpabilidad sobre situaciones de miedo insuperable, de estado de necesidad exculpante o, con mayor probabilidad de polémica aún, a improbables casos de obediencia debida por parte del particular.⁵⁴

Similar es el caso, a mi juicio, del particular que cuenta con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público para torturar, esto es, que cuenta con la anuencia, aprobación, beneplácito, permiso o acuerdo para realizar los tormentos o con la venia, aceptación, adhesión, o tolerancia del empleado público para que realice tales actos.⁵⁵ La diferencia con el caso anterior podría estar en la posible desconexión ideológica, fáctica o temporal entre ambos actos y los errores o excesos que esta falta de correspondencia pueda provocar. Esto es, la forma, el medio, el momento y el contenido del consentimiento o de la aquiescencia del empleado público podrían variar, desconocerse o discutirse -*ex post facto*- dependiendo del resultado, publicidad o gravedad de lo acontecido. Cuestión que claramente perjudicaría al agente privado que ha realizado los actos de tortura creyendo, basándose o esperando tal aprobación.

Finalmente, en este punto debe recalcarse la idea de que en ambos casos, en la situación del particular que ejecuta los actos típicos de tortura a instigación de un empleado público o en la figura en que los realiza con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público, no le exime a este de la faz omisiva del tipo del inciso 1° del art. 150 A. Esto es, de su obligación como empleado público de, estando en conociendo de la ocurrencia de estas

⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.1285.

⁵⁴ Al respecto, Cfr. SANCINETTI, Marcelo, “Obediencia debida y constitución nacional”, *Doctrina penal*, año 10, n° 39 (1987), pp.261-311, en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf> ; ZUNIGA, Laura, “La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, *Nuevo Foro Penal*, n° 53 (1991), pp.331-345, en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_51.pdf ; MAC LEAN, Ana, “Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el derecho nacional e internacional”, *Themis*, n° 37 (1998), pp.209-219, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11706/12264>

⁵⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.191 y 629.

conductas, impedir las o hacerlas cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo. Esto porque, dada la situación normativa en que se encuentra dicho particular, es dable pensar que el empleado o funcionario público que instiga o consiente en la realización de las torturas estará, por lo mismo, en conocimiento de tales actos, y tendrá siempre la facultad, la autoridad o la posición para hacerlas cesar.

3.4.2. El sujeto pasivo en el delito de tortura

Respecto del sujeto pasivo del delito de tortura, como arriba adelantaba, también hay novedades con esta reforma.

La regulación del sujeto pasivo que contenía el antiguo art. 150 A era limitada y ambigua pues sólo castigaba al empleado público que aplicare tormentos a una persona privada de libertad,⁵⁶ señalando también como víctima del delito al ofendido o al tercero compelido a entregar cualquier información en dicho contexto ominoso. Hoy, el sujeto pasivo conceptualmente se ha ampliado y generalizado pero, a la vez, se ha delimitado de mejor forma a determinadas situaciones vinculadas directamente con esta materia: la privación de libertad. Pretendiendo con ello adecuarse pero de una mejor forma a lo establecido por la Convención y por la Convención Interamericana, que solo hablan de persona.

Así, a mi juicio, podemos encontrar tres categorías de sujetos pasivos del delito de tortura: el sujeto indeterminado, el privado de libertad y aquél que esté bajo el cuidado, la autoridad o el control del que aplica la tortura.

En efecto, el art. 150 A, al definir lo que se entiende por tortura señala como el objeto de tales actos a una persona. Señala que el fin de tales actos es obtener de ella o de un tercero, una información, confesión o declaración o castigarla. Tipifica también el intimidar o coaccionar a esa persona. Y, en fin, considera como tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima. Claramente, esta forma de conceptualizar al sujeto pasivo del delito de tortura nos hace entender que se trata, en este punto, de cualquier persona, sin ninguna calidad especial. Un sujeto pasivo indeterminado. No se requiere en consecuencia, en esta regla general, que el sujeto pasivo del delito se encuentre privado de su libertad, legítima o ilegítimamente, este secuestrado o sustraído de su respectivo ámbito de custodia.

Distinta y acertada es la situación de calificación o agravación establecida en el nuevo art. 150 C, que extiende la calidad de sujeto pasivo del delito de tortura, agravando la pena del agente suprimiendo su *mínimum*, a aquél que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad. Señala expresamente el artículo:

“Artículo 150 C.- En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a

⁵⁶ Así, Cfr. POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 7, p.219; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p.409; BULLEMORE / MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 8, p.123.

otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control”.⁵⁷

Aquí se da cuenta, entre otras situaciones, del caso del condenado privado de libertad o del formalizado que cumple una medida cautelar personal privativa de libertad y es torturado durante su cautiverio. También aquí se hace cargo la ley de la situación del secuestrado, del sustraído e, incluso, del meramente retenido que es sometido a torturas. Pero, sobre todo a mi juicio, esta norma hace referencia a las situaciones de detenciones ilegales o arbitrarias y a casos de aplicación errónea de supuestos inexistentes de arresto civil, legítima defensa o arresto por delito flagrante donde, además se aplican tormentos al sujeto detenido, arrestado o retenido con el fin de castigarlo, intimidarlo o simplemente coaccionarlo. Es una norma similar a la que contiene el derecho penal comparado, vinculada eso sí al Derecho Penitenciario, que regula el *maltrato penitenciario* inhumano o degradante, asimilándolo a la tortura.⁵⁸

Lo relevante en este punto, a la hora de redefinir el sujeto pasivo del delito de torturas del art. 150 C como se propone, es entender que la pérdida de la libertad que éste sufre y que lo deja expuesto al cruel tratamiento, es lo fundamental para constituirlo como tal más aún que la formalidad o legalidad que justifique tal aprehensión. Dicho en otros términos, que dicha privación resulte o sea legítima o ilegítima resta, en definitiva, como irrelevante ante los actos de tortura sufridos por este “nuevo” sujeto pasivo.

Finalmente, la tercera situación relativa al sujeto pasivo, la encontramos en el mismo art. 150 C, última parte. Éste castiga, en los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B al que torture a otro que se encuentre... “en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control”.

4. El tipo subjetivo en el delito de torturas

De acuerdo con lo desarrollado en los apartados anteriores, tanto por los elementos materiales del concepto de tortura como por los verbos rectores y las características que poseen los sujetos activos comprometidos en este delito, aparece como evidente que se trata de conductas dolosas. Esto es, de 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. Sin perjuicio de ello, creo necesario realizar algunas distinciones y precisiones.

⁵⁷ Cfr. <http://bcn.cl/1uvd5>

⁵⁸ Al respecto, DE LA CUESTA, José Luis, “Torturas”, cit. nota n° 12, p.98; BUSTOS, Juan, “De las torturas”, cit. nota n° 16, p.173; FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura”, cit. nota n° 12, p.104. En detalle, MESTRE, Esteban, “Los delitos de malos tratos a internos en centros penitenciarios, como clave explicativa del sistema español de represión de la tortura”, en: GARCÍA, Carlos, et al, (Coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. II*, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 2151-2173.

El inciso 1° del art. 150 A, faz activa del delito de tortura, es un tipo subjetivo doloso pues el empleado público debe aplicar, ordenar o consentir en la aplicación de la tortura.⁵⁹

Sin perjuicio de ello, no es del todo imposible pensar en encajar en él situaciones de dolo eventual.⁶⁰ Esto, ya sea por situaciones basadas en un exceso de violencia, de celo en la aplicación de medidas cautelares, de castigos o coacciones aceptadas culturalmente, de situaciones de contención o “ablandamiento” más o menos violentas de personas peligrosas o, en general, de malos tratos que, más allá obviamente de situaciones de negligencia, inexperiencia o mala *práxis* o falta de cuidado, estadísticamente o por la voluntad del agente, llegan a constituirse como actos de tortura, de acuerdo a la ley.

No limita este último planteamiento, la exigencia del inciso 1° del art. 150 A en cuanto a que la conducta activa del empleado público debe ser realizada con un elemento subjetivo especial: abusando de su cargo o de sus funciones, sino más bien lo refuerza. A mi juicio, el agente empleado público que realiza estos actos debe querer, además del dolo, aprovecharse de su posición y de las ventajas que su cargo le da, precisamente para cometer el delito.⁶¹ Debe entender, además de los actos de tortura, que está contradiciendo o vulnerando la ley, la *lex artis* de su profesión, los reglamentos y/o las órdenes directas recibidas o aprendidas al respecto.

Más aún, en este análisis, los actos de tortura que, realizados “abusando de su cargo o de sus funciones”, no impiden la aplicación de la agravante genérica del Art. 12 n° 8, si el agente previa o posteriormente, para realizar la aprehensión o para facilitar su impunidad, se ha prevalecto de su carácter público. En ello, a mi juicio, si se separan ambas conductas -arresto, aprehensión o impunidad con prevalecto y tortura abusando de su cargo- no hay vulneración al principio *non bis in ídem*.

Distinto es el caso del empleado público que realiza la actividad del tormento motivado con un fin subjetivo distinto: ánimo de lucro, odio, venganza o ánimo lúbrico. Aquí, en principio, la conducta debería derivar en otro tipo penal: robo del art. 433 n° 1 o n° 2, homicidio calificado, mutilaciones, secuestro, detención arbitraria, lesiones o algún delito sexual, según corresponda.⁶²

Respecto de la conducta activa del particular, establecida en el inciso 2° del art. 150 A, siendo consecuente con lo arriba señalado, también es un tipo subjetivo doloso. Ello porque el particular, en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, debe ejecutar actos de tortura. Lo que implica entender, conocer y aceptar la realización de tales actos. Aquí, con mayor razón, es dable pensar, en situaciones de dolo eventual puesto que, además de las arriba señaladas, es clara

⁵⁹ En este sentido, respecto del antiguo art. 150 A, GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, cit. nota n° 9, p. 409; POLITOFF / MATUS / RAMÍREZ, *Lecciones*, cit. nota n° 7, p. 219.

⁶⁰ En el mismo sentido, respecto del antiguo art. 150 A, BULLEMORE / MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 8, p.123. Respecto del tipo en España; Cfr. LAMARCA, Carmen, et al, *Derecho penal: Parte Especial*, 3° Ed, Madrid: UNED-Colex, 2005, pp.139-146, p.144.

⁶¹ Así, FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura”, cit. nota n° 12, p.104.

⁶² En el mismo sentido, Cfr. BULLEMORE / MACKINNON, *Curso*, cit. nota n° 8, p.123; MATELLANES, Nuria, “El delito de tortura”, cit. nota n° 12, p.129.

la posibilidades de excesos por parte de un particular no habituado ni conocedor de tales prácticas. Ello sin perjuicio además de los muy probables casos de error, por parte del particular, en cuanto al ejercicio de funciones públicas, consentimiento o instigaciones, de acuerdo a lo arriba señalado.

Por otra parte, la faz omisiva contenida en el inciso 1° del art. 150 A claramente es más estricta y exige Dolo Directo. En ella, el funcionario que no impide ni hacer cesar la aplicación de torturas, debe hacerlo con conocimiento de la ocurrencia de estas conductas. Razón por la cual son discutibles, por tal exigencia típica, situaciones de Dolo eventual.

Finalmente, el inciso 3° del art. 150 A, exige que el acto de tortura se inflija intencionalmente y con una finalidad o elemento subjetivo especial y trascendente,⁶³ es decir, con dolo directo respecto de cada uno de sus elementos y realizado con determinados pero amplísimos fines u objetivos. Esto es, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero información, una confesión o declaración, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar al torturado, 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. Fin u objetivo que, además, y como bien se ha señalado a propósito de normas similares, no es necesario que el agente efectivamente consiga.⁶⁴

Lo mismo, en el caso del inc. 4° del art. 150 A, donde la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, es intencional y con alguno de los fines o elementos subjetivos especiales referidos para la tortura.

Aunque en ambos casos se ha criticado el carácter cerrado, taxativo o restringido de los fines, especialmente en los métodos tendientes a anular la personalidad,⁶⁵ es claro que en ambos el acto de tortura es conocido, querido y buscado voluntariamente por el agente. El sujeto activo precisamente quiere realizar los dolores o sufrimientos graves a la víctima o aplicar los métodos tendientes a anular su voluntad, en los términos arriba descritos latamente. Pero, además de doloso, en ambos casos el acto de tortura o el método tendiente a la anulación de personalidad, debe realizarse con un “fin subjetivo especial” que, aunque amplio entre nosotros, es específico y característico del delito de tortura.

Por ello, de ser distinto este fin subjetivo a los señalados en la ley -como el ánimo de lucro, el odio, la venganza, el mero maltrato de menor, adulto mayor o de incapaz, o el *animus necandi*, el *injuriandi* o, en fin, el ánimo lúbrico-, independientemente de si se obtienen o no, haría derivar la conducta a otro tipo penal por tratarse de un delito de resultado cortado.⁶⁶

⁶³ Así, BUSTOS, Juan, “De las torturas”, cit. nota n° 16, p.172; FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura”, cit. nota n° 12, p.105.

⁶⁴ En este sentido, DEL ROSAL, Bernardo, “Torturas”, cit. nota n° 12, p.1237.

⁶⁵ En este sentido, TORRES, Luis. “El delito de tortura en Chile”, cit. nota n° 2, p.62.

⁶⁶ En este sentido, Cfr. MATELLANES, Nuria, “El delito de tortura”, cit. nota n° 12, p.130.

Tales fines, expresamente tipificados en la nueva redacción del tipo, pueden agruparse en cuatro grupos o categorías: la primera, tradicional en la regulación de esta clase de delitos, es el fin de obtener de la víctima o de un tercero, información, una confesión o declaración. La segunda, guarda relación con el fin de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido. La tercera, a su vez, se vincula a la intimidación o coacción del torturado. La última, se refiere a un fin de discriminatorio fundado en los motivos que la ley señala.

En la primera categoría, el fin de obtener de la víctima o de un tercero, información, confesión o declaración, implica necesariamente que los actos de tortura, esto es, cualquier acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, tiene por finalidad averiguar o extraer de la persona torturada una prueba, un dato, conocer de un hecho o circunstancia que se desconoce o de la que se tiene una conocimiento impreciso. Incluso, realizar una averiguación jurídica y legal de un hecho o de un delito.⁶⁷ Obtener una confesión o declaración guarda relación con extraer o conseguir la manifestación, el relato o el reconocimiento del torturado sobre algo de lo que él sabe o conoce.⁶⁸

En la segunda categoría, el fin de la tortura es claramente sancionatorio o coactivo. No debe buscar necesariamente información sino más bien debe estar encaminada a castigar a la víctima de tortura por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido. Es el caso que puede producirse cuando, ante una denuncia o sospecha de delito, se aplican tormentos como forma de escarmiento al supuesto autor del hecho, sin ninguna intención de denunciarlo a las autoridades.

La tercera categoría, a diferencia de las anteriores, se vincula a la mera y simple intimidación o coacción de la persona torturada, sin ánimo de extraer información alguna o de castigarlo por un hecho cometido. En este caso estamos más bien frente a una situación de aplicación de la tortura como un mecanismo de amedrentamiento, de introducción del temor o de infundir miedo en la persona del torturado.⁶⁹ Es importante esta distinción pues refleja la importancia del bien jurídico tutelado, la tortura que se ejerce para coaccionar afecta claramente y directamente la integridad y la dignidad de la víctima.

Por último, la cuarta categoría de fines de la tortura, la basada en una discriminación, implica que este acto típico debe, necesariamente, basarse en los motivos que la ley señala. Esto es, la discriminación, diferencia, distinción o selección excluyente que motiva que la persona sea tortura debe responder, aunque no taxativas, a determinadas motivaciones: 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.

⁶⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.1274.

⁶⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.620.

⁶⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario*, cit. nota n° 33, p.1295.

Ello implica, por tanto que, en este último caso, la motivación de la tortura debe obedecer en definitiva y teleológicamente a estas razones o motivos y no debe guardar relación con extraer una información, una confesión. Debe ser un castigo por hechos o motivos diversos a éstos y debe tener un fin intimidatorio absolutamente alejado de estos motivos.

5. La antijuridicidad en el delito de tortura

Como arriba se argumentó, la incorporación de un nuevo bien jurídico protegido al catálogo de nuestro Código Penal, gracias a una reforma influenciada positivamente por normas del Derecho penal internacional y por la aplicación extensiva de lo establecido tanto en el inciso 3° del art. 19 n° 1, en cuanto a la prohibición de aplicación de cualquier apremio ilegítimo, y el inc. 2° del art. 5, con su declarada defensa de los derechos fundamentales, ambos de nuestra Constitución Política, establecen un marco rígido e inexpugnable para la aplicación de alguna causal de justificación, especialmente respecto del empleado público.

Más aún, como expresamente prescribe el art. 2° de la Convención, en sus números 2 y 3:

“2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura. 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.⁷⁰

Asimismo, varios instrumentos regionales consagran el derecho a no ser sometidos a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Entre ellos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Todos ellos contienen la prohibición expresa y absoluta de la tortura, no admitiendo justificación alguna, cualesquiera sean las circunstancias que se invoquen para justificarla.

Por ello, como bien se señala, la prohibición de la tortura debe ser considerada en primer lugar como parte integrante del derecho internacional consuetudinario y reconocido con el rango de una norma imperativa del derecho internacional general o *Ius Cogens*.⁷¹

Más aún, a estos límites para justificar la tortura, de carácter más bien formales, derivados de tratados y convenios internacionales o de la propia Constitución, que prohíben el uso de la tortura en todo caso, se pueden agregar límites de carácter material. Uno de ello, es el propio límite deontológico, basado en la dignidad humana como frontera infranqueable a esta práctica. Otro, puede ser un límite de carácter utilitarista que toma como punto de

⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención*, cit. nota n° 3, p.1.

⁷¹ Cfr. BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura.: La tortura en Derecho Internacional: La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011. p.31.

partida el argumento de la ruptura del dique o pendiente resbaladiza: optar por la tortura comporta mayores males que los que se tratan de evitar.⁷²

Plantear lo contrario sería admitir que, el ejercicio legítimo de un cargo, oficio o profesión, autorizaría o legitimaría la aplicación de tormentos. O, incorporando incluso la situación de un agente particular, implicaría admitir que la legítima defensa, autorizaría a torturar.

Pero, como bien señala parte de la doctrina extranjera a propósito de normas y tipos similares,⁷³ aquí se plantea la idea de que la tortura jamás debe aceptarse, tolerarse o justificarse, ni por o ante situaciones excepcionales,⁷⁴ ni en base al cumplimiento de un deber o ante cualquier forma de estado de necesidad, aun teniendo presente el importante debate que genera su aplicación o no frente a casos de terrorismo,⁷⁵ el caso *ticking bomb* o bomba de relojería, o de legítima defensa de terceros.⁷⁶

Todo ello, sin perjuicio de lo arriba señalado en relación con los posibles problemas de exculpación, error o imputación objetiva que pueden aparecer o derivar de esta tipificación.

6. Las sanciones en el delito de torturas

Como arriba señalaba, resulta evidente el aumento de penas en esta figura respecto de su antecedente legislativo. Ello, en dos sentidos: primero, porque cuantitativamente sube la pena del delito de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo, y la accesoria correspondiente, a presidio mayor en su grado mínimo. Segundo, porque hace aplicable la misma pena a ambos sujetos activos, tanto al empleado público como al particular,

⁷² En este sentido, Cfr. LLOBET, Mariona, “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *INDRET Revista para el análisis del Derecho*, n° 3 (2010), pp.1-44, p.27, en: http://www.indret.com/pdf/746_es.pdf [Visitado el 12.01.2018]

⁷³ DE LA CUESTA, José Luis. “Torturas”, cit. nota n° 12, p. 96.

⁷⁴ Como ejemplifica Roxin: En septiembre de 2002 fue secuestrado en Alemania el hijo de once años de edad de un banquero por un joven jurista de veintiocho años, que de ese modo quería conseguir un dinero por el rescate. El autor fue detenido pero no reveló el lugar donde se hallaba escondido el chico secuestrado. Daschner, vicepresidente de la policía de Frankfurt, permitió en la mañana del 1 de octubre que amenazaran al acusado con torturarlo si no indicaba el paradero del joven secuestrado, en la creencia de poder de ese modo salvar la vida de la víctima. Como consecuencia de esto, aquél reveló el lugar en el que lo había escondido. Pero la víctima había sido asesinada por el autor inmediatamente después del secuestro. Por tanto, no era posible un rescate. Desde que se tuvo noticia de este caso en febrero de 2003, se discute apasionadamente en Alemania si el comportamiento del vice-presidente de la policía fue conforme a derecho o no, si Daschner debe incluso ser castigado y si las informaciones obtenidas del acusado mediante la amenaza de tortura deben ser usadas para probar su culpabilidad. En detalle, Cfr. ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 83 (2004), pp.23-36.

⁷⁵ Sobre el moderno debate por la aplicación de tormentos ante determinadas situaciones excepcionales, Cfr. ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse la tortura?”, cit. nota n° 71, p.23-36; en el mismo sentido, Cfr. ROXIN, Claus, *¿Puede llegar a justificarse la tortura?*, Conferencias Magistrales n° 12, 2° Ed. México D.F.: INACIPE, 2010, pp.21-46; FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura”, cit. nota n° 12, p.106; CARNEVALLI, Raúl, “El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n° XXXV (2010), pp.109-145, p.135 y ss, en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n35/a04.pdf>

⁷⁶ Al respecto, respectivamente, Cfr. LLOBET, Mariona, “¿Es posible torturar?”, cit. nota n° 69, pp.8-10 y p.25-33.

aplicando además al primero -al empleado público- la misma sanción, tanto cuando realiza el tipo en su faz activa como cuando realiza las conductas punibles en la faz omisiva del delito.

Así, claramente, la reforma ha aumentado, en el Art. 150 A inc. 1° e inc. 2° a presidio mayor en su grado mínimo (5 años y un día a 10 años) al empleado público o al particular, en los casos mencionados, que torturen. Y en el art. 150 A inc. 4°, por 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 para la tortura, a presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).

Es de destacar que, extrañamente, se ha eliminado toda clase de pena accesoria en el tipo, incluso cuando se trata expresamente la sanción al empleado público.

A modo de conclusión

Respecto de la reforma en comento, a partir de los argumentos arriba desarrollados, se puede concluir, entre otras cuestiones establecidas supra, lo siguiente:

Primero: El nuevo concepto legal de tortura y las modificaciones introducidas por la reforma han venido a ampliar el contenido de protección del bien jurídico protegido a través de la adopción de la integridad moral en nuestro Código Penal.

Segundo: La reforma no solo vino a modificar el párrafo 4° del Título III del libro II del Código penal y el delito de tortura allí ya existente sino que, además, tipificó un nuevo delito, el de tratos crueles, inhumanos y degradantes, creando a su vez una serie de figuras típicas derivadas de las anteriores. Figuras para las que se ha propuesto una sistematización o clasificación a partir de la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido.

Tercero: El nuevo tipo penal de tortura, establecido en el Art. 150 A, ha definido y ampliado el sujeto activo del delito, extendiéndolo desde el históricamente delimitado y especial sujeto activo empleado público al sujeto activo particular que, bajo determinadas condiciones, realiza los actos prohibidos.

Cuarto: La regulación del sujeto pasivo conceptualmente también se ha ampliado y generalizado pero, a la vez, se ha delimitado de mejor forma a determinadas situaciones vinculadas directamente con esta materia: la privación de libertad. Así, podemos encontrar tres categorías de sujetos pasivos del delito de tortura: el sujeto indeterminado, el privado de libertad y aquél que esté bajo el cuidado, la autoridad o el control del que aplica la tortura.

Quinto: La ley ha mantenido los verbos rectores que exigen la realización activa de la conducta desplegada o faz de comisión del delito. Sin embargo, donde se denota cierta modificación legislativa, es en la faz omisiva de la conducta exigida.

DURÁN, Mario, “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”.

Sexto: El nuevo Art. 150 A, en sus incisos 3º, 4º y final, siguiendo pero ampliando en algunos aspectos el concepto de tortura establecido internacionalmente, ha innovado y ha definido legalmente lo que debe y lo que no debe entenderse por tortura.

Séptimo: Respecto del tipo subjetivo, tanto por los elementos materiales del concepto de tortura como por los verbos rectores y las características que poseen los sujetos activos comprometidos en este delito, aparece como evidente que se trata de conductas dolosas que, además, requieren de ciertos elementos subjetivos especiales distintos del dolo.

Octavo: El fin subjetivo especial, aunque amplio, es específico y caracteriza al delito de tortura. Puede agruparse en cuatro grupos o categorías: el tradicional fin de obtener de la víctima o de un tercero, información, confesión o una declaración; el fin de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido; el fin de intimidar o coaccionar al torturado y, el fin de discriminarlo, fundado en los motivos que la ley señala.

Noveno: La incorporación de un nuevo bien jurídico protegido al catálogo de nuestro Código Penal y por la aplicación del inciso 3º del art. 19 nº 1 y del inc. 2º del art. 5, ambos de nuestra Constitución Política, establecen un marco rígido e inexpugnable para la aplicación de alguna causal de justificación.

Décimo: Por último, es evidente el aumento de penas y la ausencia de penas accesorias en esta figura respecto de su antecedente legislativo.

Bibliografía

- ARROYO, Luis, et al (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid: Iustel, 1997.
- BARBERO, Natalia, *Análisis dogmático-jurídico de la tortura.: La tortura en Derecho Internacional: La tortura como delito y como crimen contra la humanidad en Derecho argentino y español*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- BARQUÍN, Jesús, *Delitos contra la integridad moral*, Barcelona: Bosch, 2001.
- BARQUÍN, Jesús, “Sobre el delito de grave trato degradante del Art. 173 CP. Comentario de la STS (2ª) 2101/2001, de 14 de noviembre”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n° 04-j04, (2002), pp.j04-10, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j04.pdf> [Visitado el 12.01.2018]
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Historia de la ley n° 20.968 que Tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes*, 2017, pp. 351, en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_37a6259cc0c1dae2_99a7866489dff0bd.pdf [Visitado el 12.01.2018].
- BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John, *Curso de Derecho Penal: Parte Especial, t. III*, 3° ed. Aumentada y actualizada, Santiago: AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2011.
- BUSTOS, Juan, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en: EL MISMO, *Obras Completas: Derecho Penal Parte Especial, t. III*, 2° Ed., Santiago: Ed. Jurídicas de Santiago, 2009. pp. 163-175.
- CARDENAS, Claudia, “La implementación de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional en la Ley N° 20.357”, *Revista de Derecho. U. Austral de Valdivia*. V.23 n° 2 (2010), pp.23-44, en: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n2/art02.pdf> [Visitado el 12.01.2018].
- CARNEVALLI, Raúl, “El derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n° XXXV (2010), pp.109-145, p.135 y ss, en: <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n35/a04.pdf>
- DE LA BARREDA, Luis, “Tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes en los criterios y jurisprudencia interamericanos de derechos humanos”, en: GARCÍA, Sergio, et al (Coords.), *Criterios y jurisprudencia de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México D.F.: UNAM, 2014, pp.113-127.
- DE LA CUESTA, José Luis, “Torturas y otros atentados contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XXI (1998), pp.39-116.
- DEL ROSAL, Bernardo, “Torturas y otros delitos contra la integridad moral en el código penal de 1995” en: DÍEZ, José, et al (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, pp.1231-1240.
- DÍAZ PITA, María, “El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de tortura y atentado contra la integridad moral”, *Estudios Penales y Criminológicos*, n° XX (1997), pp.25-102.

DURÁN, Mario, “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”.

- FELIP, David; RAGUÉS, Ramón, “Tema 5, Tortura y otros delitos contra la integridad moral”, en: SILVA SANCHEZ, Jesús (Ed.), RAGUÉS, Ramón (Coord.) *Lecciones de Derecho penal: Parte Especial*, Barcelona: Atelier, 2006, p.97-106
- GARCÍA, Mercedes, “La protección penal de la integridad moral”, en: DÍEZ, José, et al (Eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, 2002, p.1241-1257
- GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal: Parte Especial, t. III*, 4° ed. Actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.
- GARZON, Baltazar (Coord.) *Operación Cóndor 40 años después*, Buenos Aires: CIPDH, 2016, en: <http://www.cipdh.gob.ar/2017/08/28/libro-operacion-condor-40-anos-despues/> [Visitado el 12.01.2018]
- LAMARCA, Carmen, et al, *Derecho penal: Parte Especial*, 3° Ed, Madrid: UNED-Colex, 2005.
- LLOBET, Mariona, “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?”, *INDRET Revista para el análisis del Derecho*, n° 3 (2010), pp.1-44, en: <http://www.indret.com/pdf/746.es.pdf> [Visitado el 12.01.2018]
- MAC LEAN, Ana, “Obediencia debida como defensa para los criminales de guerra en el derecho nacional e internacional”, *Themis*, n° 37 (1998), pp.209-219, en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/11706/12264> [Visitado el 12.01.2018]
- MATELLANES, Nuria, “El delito de tortura”, en: DIEGO, Rosario; SÁNCHEZ, Virginia (Coords), *Nuevas Cuestiones Penales*, Madrid: Colex. 1998, pp.117-134.
- MATUS, Jean Pierre, “El Informe Valech y la tortura masiva y sistemática como crimen contra la humanidad cometido en Chile durante el régimen militar. Su enjuiciamiento desde la perspectiva del derecho penal internacional. Apuntes a propósito de la obra del Prof. Dr. Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2 ed., Duncker und Humblot, Berlín 2004, 1058 páginas”, *Ius et Praxis* n° 11 (2005), pp.173-219, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000100007 [Visitado el 12.01.2018]
- MESTRE, Esteban, “Los delitos de malos tratos a internos en centros penitenciarios, como clave explicativa del sistema español de represión de la tortura”, en: GARCÍA, Carlos, et al, (Coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. II*, Madrid: Edisofer, 2008, pp. 2151-2173.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal: Parte Especial*, 15° Ed. revisada y puesta al día, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.
- MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan, *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.
- MUÑOZ SANCHEZ, Juan, “De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en: DIEZ, José; ROMEO, Carlos (coords.), *Comentarios al Código Penal: Parte Especial II*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 35-82.
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, 1984, pp.1-12, en: http://www.ohchr.org/_SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx [Visitado el 12.01.2018]

- PAREDES, Alejandro. “La operación cóndor y la guerra fría”, *Universum*, n° 19, n° 1 (2004), p.122-137, en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-23762004000100007 [Visitado el 12.01.2018]
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno: Parte Especial*, 2° Ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. XXII Ed. Madrid: Espasa, 2001.
- ROXIN, Claus, “¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales?”, *Cuadernos de Política Criminal* n° 83 (2004), pp.23-36.
- ROXIN, Claus, *¿Puede llegar a justificarse la tortura?*, Conferencias Magistrales n° 12, 2° Ed., México D.F.: INACIPE, 2010, pp.21-46.
- SANCINETTI, Marcelo, “Obediencia debida y constitución nacional”, *Doctrina penal*, año 10, n° 39 (1987), pp.261-311, en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/48/obediencia-debida-y-constitucion-nacional.pdf> [Visitado el 12.01.2018]
- SANZ-DIEZ, Marina, “El concepto de tortura en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1984” en: GARCÍA, Carlos, et al, (Coords), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, t. II*, Madrid: Edisofer, 2008, pp.2265-2284.
- TERRADILLOS, Juan, “Tortura y atentados contra la integridad moral”, en: LUZÓN, Diego (Dir.), *Enciclopedia penal básica*, Granada: Comares, 2002. pp. 1204-1209.
- TORRES, Luis, “El delito de tortura en Chile y el proyecto de ley para su nueva tipificación: Balance y críticas”, *Cuaderno de difusión*. Centro de Estudios Internacionales Universidad Católica, n° 10, Año 8 (2015) pp.55-62.
- VILLEGAS, Myrna, “El delito de maltrato habitual en la Ley N° 20.066 a la luz del derecho comparado”, *Política Criminal*, Vol. 7, n° 14 (2012), A2, pp. 276-317, en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_14/Vol7N14A2.pdf [Visitado el 12.01.2018]
- ZUÑIGA, Laura, “La obediencia debida: consideraciones dogmáticas y político-criminales”, *Nuevo Foro Penal*, n° 53 (1991), pp. 331-345, en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080527_51.pdf [Visitado el 12.01.2018]
- ZUÑIGA, Laura, “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, en: PEREZ, Fernando, et al, (Coords.), *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 2007, pp.875-912.