



# **Minuta sobre el delito de Tortura**

Departamento de Estudios Defensoría Nacional

Cristián Irrázaval – Carlos Verdejo

Unidad de Estudios – Defensoría Nacional

Santiago, Diciembre 2017



## ÍNDICE

<b>Introducción y cuadro comparativo .....</b>	<b>4</b>
<b>Contenido ley 20.968.....</b>	<b>14</b>
<b>Reformas introducidas al Código Penal .....</b>	<b>16</b>
1) Tortura .....	17
a) Conducta	
típica.....	21
i)    Aplicar	
tortura.....	22
ii)   Ordenar	
tortura.....	23
iii)  Consentir en que se aplique tortura.....	24
iv)  Omitir impedir la aplicación de tortura.....	26
b) Concepto de tortura.....	34
c) Sujeto	
Activo.....	46
i)    Empleado Público.....	53
ii)   Participación del particular.....	56
iii)  Comunicabilidad del vínculo.....	67
d) Figuras agravadas.....	79
2) Apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	86
3) Vejación injusta.....	98
<b>Modificaciones a otros cuerpos legales.....</b>	<b>103</b>

### Introducción y cuadro comparativo

En la presente minuta se analizará la ley 20.968 que tipifica los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Esta nueva normativa fue promulgada el 11 de noviembre del 2016 y publicada en el Diario Oficial, el 22 de noviembre del mismo año e introduce modificaciones al Código Penal, ley N° 18.216, ley N° 20.357, Decreto Ley N° 2460 de 1979, y ley N° 20.477.

Las modificaciones introducidas se resumen en el siguiente cuadro.

<b>Versión anterior</b>	<b>Versión tras la ley N° 20.968</b>
<b>Párrafo 4 del Título III del Libro Segundo del Código Penal</b>	<b>Párrafo 4 del Título III del Libro Segundo del Código Penal</b>
\$4. De los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución	<b>4. De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución</b>
<b>Artículo 150</b>	<b>Artículo 150</b>
Sufrirá las penas de presidio o reclusión menores y la accesoria que corresponda:	Sufrirá las penas de presidio o reclusión menores y la accesoria que corresponda:
1° El que incomunicare a una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario, y	1° El que incomunicare a una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario, y
2° El que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley	2° El que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley
	<b>Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de estos delitos, se le impondrá la pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio</b>
<b>Artículo 150 A</b>	<b>Artículo 150 A</b>
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	<b>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,</b>

<p>a máximo y la accesoria correspondiente.</p>	<p><b>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.</b></p>
<p>Las mismas penas, disminuidas en un grado, se aplicarán al empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el inciso precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.</p>	<p><b>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.</b></p>
<p>Si mediante alguna de las conductas descritas en el inciso primero el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información, la pena será de presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente.</p>	<p><b>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.</b></p>
<p>Si de la realización de las conductas descritas en este artículo resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio y de inhabilitación absoluta perpetua.</p>	<p><b>Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.</b></p>

	<b>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.</b>
<b>Artículo 150 B</b>	<b>Artículo 150 B</b>
Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, se le impondrán las siguientes penas:	<b>Si con ocasión de la tortura se cometiere además:</b>
1°. Presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio, en los casos de los artículos 150 y 150 A, inciso primero;	<b>1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.</b>
2°. Presidio o reclusión menor en su grado medio a máximo, en el caso del inciso segundo del artículo 150 A, y	<b>2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.</b>
3°. Presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, si se tratare de la figura del último inciso del artículo 150 A.	<b>3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.</b>
En todos estos casos se aplicarán, además, las penas accesorias que correspondan.	
<b>Artículo 150 C</b>	<b>Artículo 150 C</b>
No existía	<b>En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el mínimo o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control.</b>
<b>Artículo 150 D</b>	<b>Artículo 150 D</b>

No existía	El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.
	Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.
	No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.
	Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.
<b>Artículo 150 E</b>	<b>Artículo 150 E</b>
No existía	Si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere además:

	<b>1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.</b>
	<b>2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.</b>
	<b>3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.</b>
<b>Artículo 150 F</b>	<b>Artículo 150 F</b>
No existía	<b>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 refieren los artículos 150 D o 150 E.</b>
<b>Artículo 255</b>	<b>Artículo 255.-</b>
El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.	<b>El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.</b>
	<b>Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.</b>

	<b>No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad."</b>
<b>Artículo 256.-</b>	<b>Artículo 256.-</b>
En iguales penas incurrirá todo empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos.	<b>El empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales</b>
<b>Ley 18.216</b>	<b>Ley 18.216</b>
Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:	Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:
a) Remisión condicional.	a) Remisión condicional.
b) Reclusión parcial.	b) Reclusión parcial.
c) Libertad vigilada.	c) Libertad vigilada.
d) Libertad vigilada intensiva.	d) Libertad vigilada intensiva.
e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.	e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.	f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el	No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, <b>150 A, 150 B</b> , 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8º, 9º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras

<p>artículo 3º de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.</p>	<p>a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º de la citada ley N°17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código.</p>
<p>En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.</p>	<p>En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000.</p>
<p>Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.</p>	<p>Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código.</p>
<p>Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.</p>	<p>Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.</p>
<p>Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y</p>	<p>Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y</p>

para la aplicación de la pena mixta del artículo 33.	para la aplicación de la pena mixta del artículo 33.
<b>Ley 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad, y genocidio y crímenes y delitos de guerra</b>	<b>Ley 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad, y genocidio y crímenes y delitos de guerra</b>
Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:	Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:
1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.	1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos, <b>sexuales</b> o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.
Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.	Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo.
2º. El que con el propósito de destruir a una parte de una población sometiere a otro a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas.	2º. El que con el propósito de destruir a una parte de una población sometiere a otro a condiciones de existencia capaces de causar su muerte, tales como la privación del acceso a alimentos o medicinas.
<b>Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile</b>	<b>Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile</b>
Artículo 19.- Se Prohíbe a los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile, ejecutar cualquier acto de violencia, destinado a obtener declaraciones de parte del detenido.	Artículo 19.- Se Prohíbe a los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile, ejecutar cualquier acto de violencia, destinado a obtener declaraciones de parte del detenido.

El que infrinja esta disposición será castigado:	<b>El que infrinja esta disposición será castigado con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal.</b>
1.- Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimos a medio, si le causare la muerte;	
2.- Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, si le causare lesiones graves;	
3.- Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, si le causare lesiones menos grave, y	
4.- Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo, si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.	
<b>Ley N° 20,477, que modifica la competencia de Tribunales Militares</b>	<b>Ley N° 20,477, que modifica la competencia de Tribunales Militares</b>
"Disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar	"Disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar
Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.	Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad, <b>que revistan la calidad de víctimas o de imputados</b> , estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.
Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6º del Código de Justicia Militar.	Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6º del Código de Justicia Militar.
	<b>Artículo transitorio</b>
	<b>Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, los artículos 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</b>

	<b>anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del citado Código.</b>
--	--

Este documento presenta la particularidad de ser elaborado como insumo para los Defensores Penales Públicos de todo el país. Por ende, y como cuestión previa, parece pertinente hacer énfasis en mencionar la doble actividad que desarrolla la Defensoría Penal Pública frente a situaciones de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Por una parte, son los defensores penales públicos quienes reciben las primeras noticias de que algún tipo de maltrato ha ocurrido, ya sea en la primera entrevista con los imputados que son llevados a control de la detención o al interior de los recintos penales, en el caso de nuestros defensores penitenciarios. La Defensoría, en estos casos, denuncia o asesora la denuncia que el propio imputado efectúa al Ministerio Público, al tribunal o a ambos, presenta recursos de amparo o protección, normalmente a favor de internos privados de libertad, se coordina con otras entidades, como el Instituto Nacional de Derechos Humanos para que se efectúe el seguimiento de estos casos, entre otras actuaciones.

Por otra parte, como defensores penales públicos, también les corresponde asumir las defensas de aquellas personas imputadas por haber cometido hechos constitutivos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, lesiones, malos tratos, y actos de similar naturaleza cuando tales imputados carecen de abogado particular.

Ambos roles no son incompatibles entre sí, en tanto no se desarrollen por el mismo defensor, en la misma causa, y entre otras razones, porque el artículo 20 letra a) de la Ley N° 19.718 que creó la Defensoría Penal Pública, prohíbe a los Defensores Regionales tanto dar instrucciones específicas como ordenar realizar u omitir actuaciones en casos particulares, lo que significa que cada defensor penal

público, en el ejercicio de su función y en la definición del ámbito de defensa de su caso, es total y completamente autónomo.

En el documento que se presenta a continuación, no se pretende optar por una u otra interpretación o forma de presentación del problema, sino que se procurará entregar todas las herramientas que se estiman necesarias para el fiel cumplimiento de la función del defensor penal público.

### **Origen y contexto de la ley N° 20.968**

El origen del proyecto de ley se encuentra en la moción presentada en el año 2014 por los diputados señoritas Karol Cariola y Camila Vallejo y los señores Sergio Aguiló, Lautaro Carmona, Hugo Gutiérrez, Tucapel Jiménez, Felipe Letelier, Daniel Núñez, Guillermo Tellier y Patricio Vallespín. El propósito de la ley fue adecuar nuestra legislación nacional a los estándares internacionales en materia de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes.

Se indicó durante la tramitación que el proyecto tenía por finalidad *“tipificar en el derecho interno el delito de tortura, con la finalidad de que nuestro país pueda dar cumplimiento a los compromisos contraídos en virtud de los tratados internacionales que se encuentran vigentes en la materia y alcanzar los estándares exigidos por dichos instrumentos. El proyecto se extiende, además, a otras figuras penales que también vulneran gravemente la dignidad de las personas, como son los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes y las vejaciones injustas<sup>1</sup>”*.

Como contexto del proyecto de ley, es necesario señalar que venía precedido de una serie de recomendaciones internacionales que instaban a nuestro país a adecuar su legislación interna a los diversos instrumentos internacionales que regulan la materia y que se encuentran actualmente suscritos y ratificados por Chile. A saber:

---

<sup>1</sup> Historia de la Ley N° 20.968; PDF; pág. 89; Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, consultable en <http://s.bcn.cl/1yin3>

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup>.
- b) Convención Americana Sobre Derechos Humanos, conocido como “Pacto de San José de Costa Rica”<sup>3</sup>.
- c) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>4</sup>.
- d) Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas<sup>5</sup>.
- e) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>6</sup>.
- f) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Convención Belem do Pará”<sup>7</sup>.
- g) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional<sup>8</sup>.

En un informe emitido por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre Chile en materia de tortura, previa a la promulgación de la ley en análisis, se realizó la siguiente indicación: *“No obstante la afirmación del Estado Parte de que, según el Código Penal chileno, todos los actos que pueden calificarse de “tortura” en el sentido del artículo 1 de la Convención están penados, el Comité sigue preocupado por el hecho de que, a pesar de sus recomendaciones anteriores, la definición de tortura en el Estado parte sigue sin estar plenamente en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención. Además, el Comité considera que el Código Penal no contempla todos los actos punibles contenidos en la Convención, tales como la tentativa. Asimismo, al Comité le preocupa, como ya manifestó en sus conclusiones anteriores, que no se haya ampliado el plazo de prescripción de diez años ni se haya eliminado la prescripción para el delito de tortura, habida cuenta de la gravedad del mismo. Al tiempo que valora la iniciativa de adoptar una ley interpretativa al artículo 93 del Código Penal, referida a las eximentes de responsabilidad penal, al Comité le preocupa que dicha iniciativa no haya prosperado (arts. 1 y 4)”*. La recomendación a Chile fue la siguiente *“El Estado*

---

<sup>2</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1vexu>.

<sup>3</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1vb5t>.

<sup>4</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1uyr9>.

<sup>5</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1viss>.

<sup>6</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1yon8>.

<sup>7</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1yon8>.

<sup>8</sup> Consultable en <http://bcn.cl/1y4xg>.

*parte debe adoptar las medidas necesarias para asegurar que todos los actos de tortura aludidos en los artículos 1 y 4 de la Convención sean considerados delitos en su legislación penal interna y que se apliquen penas apropiadas en cada caso teniendo presente el grave carácter de estos delitos. Asimismo, el Comité insta al Estado parte a que elimine la prescripción actualmente vigente para el delito de tortura<sup>9</sup>.*

### **Contenido ley 20.968**

#### **Modificaciones al Código Penal**

En primer término, la ley 20.968 sustituyó la denominación del párrafo 4 del título III del Libro Segundo del Código Penal por el siguiente: “De la tortura, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de otros agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”, dejando atrás aquella nomenclatura referida a los “agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”.

Luego, la ley en comento contempla la agregación de un inciso final en el artículo 150, la sustitución de los artículos 150 A y 150 B, la incorporación de los nuevos artículos 150 C, 150 D, 150 E, 150 F, y modificaciones a los artículos 255 y 266, todos del Código Penal.

Importante es anotar que mediante la ley 20.968 no sólo se estableció la tortura como delito, sino que también se tipificaron otros ilícitos que afectan el mismo bien jurídico, como lo son los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y las vejaciones injustas.

En el siguiente apartado se tratará por separado cada uno de los tipos penales introducidos por la ley, a saber, tortura; apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; vejación injusta.

---

<sup>9</sup> Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Observaciones finales del Comité contra la Tortura; 42º Período de sesiones; Ginebra; mayo de 2009, consultable en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7856.pdf?view=1>

### 1) **Tortura:**

Este delito se encuentra previsto y sancionado en los artículos 150 A, 150 B y 150 C.

*"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.*

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

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

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

*Artículo 150 B.- Si con ocasión de la tortura se cometiere además:*

*1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.*

*2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.*

*3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio."*

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

### **Bien jurídico protegido**

La discusión acerca del bien jurídico protegido por el delito de tortura estuvo vinculada estrechamente con la del sujeto activo y, particularmente, con la definición de si los particulares podían cometer el delito o éste era privativo de los empleados públicos y de quienes ejercen o realizan una función pública.

Resuelto el tema, durante la discusión legislativa, a favor de la última postura, no queda duda que para el legislador "*los bienes jurídicos tutelados con la sanción penal son dos: en primer lugar, la integridad física, moral y sexual de la persona, según la nueva tipificación que estamos haciendo; pero de la mano con eso también se protege otro bien jurídico: la correcta administración de justicia y el buen funcionamiento del Estado. ¿Por qué razón? Porque la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la tortura solo puede ser cometida por funcionarios públicos, pues en estos recae el mayor deber de cautela o el mayor deber de resguardo*

*respecto de los particulares. Cuando se administra justicia, son ellos los llamados a que esta se aplique correctamente. Al revisar libros de diversos autores que han escrito sobre la tortura, vemos que discurren en torno a que, en este caso, los funcionarios policiales o de Gendarmería tienen mayor deber de cuidado respecto a la persona que se encuentra bajo su responsabilidad, sea porque está siendo objeto de una investigación judicial o porque ha sido detenida injustamente. Ese funcionario público debe resguardar no solo la integridad moral, la integridad física de la persona, sino además que se ejecute correctamente una buena administración de justicia y no en forma contraria a Derecho<sup>10</sup>*

Sin perjuicio de lo anterior, sobre el punto, Matus y Ramírez recuerdan que *“la prohibición de las torturas se encontraba formalmente establecida en el inciso final del Art 19 N° 1 de la Constitución, vinculada a la protección de la integridad física y psíquica de las personas frente a la actuación de los órganos del Estado, aunque empleando la antigua fórmula de prohibir “la aplicación de todo tormento ilegítimo”. Agregan que, tras las modificaciones de la ley 20.968 “debemos modificar nuestro anterior punto de vista, según el cual la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes se estimaban proteger principalmente la libertad y seguridad de las personas, al castigar el empleo de violencias como medio de quebrantar la voluntad de no declarar ante la autoridad gubernativa o judicial, en el caso más grave, o como medio de disciplinar ilegalmente al detenido, en los menos graves. Para el orden constitucional, sin embargo, no es la finalidad de la afectación a la integridad física o psíquica lo relevante, sino el solo hecho de que con los apremios ilegítimos ella se ve afectada y, además se pone en grave riesgo la propia vida de la víctima<sup>11”</sup>.*

En sentido parecido se pronunció la Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional que expuso que *“en el caso de las torturas, el bien jurídico protegido es un bien jurídico constitucional, en particular, uno o más*

---

<sup>10</sup> Intervención del Senador Araya; Historia de la Ley 20.968; pág. 238.

<sup>11</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; “Manual de Derecho Penal Chileno”; Parte Especial; Editorial Tirant lo Blanch; Valencia; 2017; pág. 194.

*“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, lo que se alinearía con el bien protegido conforme al derecho internacional (Nash, 2009)<sup>12</sup>”.*

A modo de resumen, se puede señalar que el bien jurídico protegido tiene una doble faz. Por una parte, se trata de un bien jurídico de origen o rango constitucional, que es la integridad física y psíquica de las personas, al que se agrega la integridad sexual (producto de la tipificación chilena) y la dignidad humana. Por otra parte, también se protege como bien jurídico la correcta administración de justicia o el correcto funcionamiento del Estado, desde el momento en que se opta porque el delito sólo puede ser cometido por funcionarios públicos o por particulares en concomitancia con un funcionario público.

Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho Internacional, la doctrina tiende a uniformarse en el sentido de sostener que el bien jurídico protegido es la intangibilidad de la dignidad humana. *“En el sistema internacional de derechos humanos el derecho básico consagrado es la prohibición de afectar ilegítimamente la dignidad personal mediante la práctica de la tortura y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes...En un sentido amplio, la afectación a la dignidad humana estaría estrechamente vinculada con la integridad personal...Ahora, una violación a la dignidad mediante la afectación de la integridad personal puede adquirir diversas formas. Esta puede ser afectada por actos de tortura o por otros actos que son denominados tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En general, los instrumentos internacionales se centran en la*

---

<sup>12</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 106.

*prohibición de estos actos y, si bien no consagran explícitamente un derecho a la integridad personal (salvo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969),<sup>3</sup> todos estos actos son formas de afectación de la integridad personal, que van desde algunas genéricas (actos o penas inhumanos, crueles o degradantes) hasta algunas muy específicas (actos de tortura)”<sup>13</sup>.*

#### **a) Conducta típica**

La conducta del delito de tortura comprende expresamente la comisión del delito por acción y también por omisión. En este sentido, se sigue a las principales legislaciones extranjeras. *“En Argentina, el tipo penal sigue, en líneas generales, la definición de la CCT, aunque es aún más amplio. La norma contempla figuras de comisión por omisión y una figura “culposa”, por falta de cuidado del encargado del recinto donde se cometieren torturas. Las penas son elevadas ... En España, el tipo penal se ajusta a la definición internacional, aunque sólo es aplicable a funcionarios públicos y no a particulares ejerciendo funciones públicas.... Por otra parte, el Código consagra la comisión por omisión del delito de torturas<sup>14</sup>...”*

La ley castiga varias formas comisivas. A saber:

##### *i) Aplicar tortura*

Por aplicar se entiende: *“Emplear, administrar o poner en práctica un conocimiento, medida o principio, a fin de obtener un determinado efecto o rendimiento en alguien o algo<sup>15</sup>”.*

El verbo rector elegido por el legislador nos lleva a sostener que esta hipótesis solo podría cometerse por acción. En el mismo sentido Matus y Ramírez, sostienen que *“esta conducta, equivalente a la descrita en la primera parte de nuestro Art. 15 n°1”, lo cual parece coincidir con nuestra conclusión.*

---

<sup>13</sup> Nash Rojas, Claudio; “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV, Montevideo, 2009 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>.

<sup>14</sup> Meza-Lopehandía, Matías; Informe sobre derecho comparado; Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca Nacional; en Historia de la Ley 20.968; pág. 920; en [https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file\\_ley/5879/HLD\\_5879\\_37\\*6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_37*6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

<sup>15</sup> R. A. E.; en <http://dle.rae.es/?id=3CjZzQU>

*Matus y Ramírez agregan que “puede ser cometida indistintamente por un empleado público o un particular, tomando parte inmediata y directa en la aplicación o ejecución de las torturas. Se trata aquí de un delito común, cuyo título es transmisible a todos los partícipes y está sujeto a las reglas generales de iter criminis y participación<sup>16</sup>”. Con todo, hay que señalar que la posibilidad de que un particular pueda cometer tortura por esta forma comisiva sólo se verificará si se cumplen los demás requisitos que analizaremos a propósito de la comisión de este delito por personas que no son empleados públicos.*

Por la naturaleza de la conducta, no parece posible que en esta forma comisiva se pueda concebir un delito frustrado o tentado.

#### *ii) Ordenar tortura*

Ordenar: *“Encaminar y dirigir algo a un fin; mandar, imponer<sup>17</sup>”.*

En el mismo sentido del punto anterior, el empleo del verbo “ordenar”, da cuenta que el propósito del legislador es el de sancionar una conducta de acción.

*“Ordenar un acto de tortura. Se trata acá de elevar a categoría de delito autónomo lo que, de no ser por esta expresa disposición legal, debiera considerarse una proposición o inducción a cometer un acto de tortura, según los arts. 8° y 15 N°2. Esta es una figura que sólo puede cometer un empleado público quien es sancionado a este título, aunque no se ejecute el acto de tortura, o no tome parte en su ejecución, adelantándose el castigo a lo que, de otra manera sería un acto preparatorio impune, en caso de que la proposición o inducción fracasare. Como delito autónomo y especial propio permite, por tanto, extender también la punibilidad del empleado público a casos de tentativa o frustración (como sería la emisión de una orden de torturar que no es comunicada a sus destinatarios, porque es interceptada casualmente por un superior o denunciada por un tercero ajeno a la*

---

<sup>16</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; “Manual de Derecho Penal Chileno”; Parte Especial; Editorial Turant lo Blanch; Valencia; 2017; pág. 194.

<sup>17</sup> R. A. E.; en <http://dle.rae.es/?id=R9qL4Xe>

*cadena de mando); la punibilidad a terceros que participan en la inducción de dar la orden (arts. 15 n°2); y en la cooperación con su transmisión (art. 16)<sup>18</sup>”.*

Concordamos con Matus y Ramírez en cuanto a que en esta forma comisiva es posible concebir una conducta frustrada, y el ejemplo que dan los autores es una buena ilustración de lo anterior.

Ahora bien, Matus y Ramírez, sostienen que en las opciones de inducción de dar la orden de torturar y cooperación en la transmisión de la orden de torturar, es posible la sanción de un particular por la vía de los artículos 15 N° 2 y 16, respectivamente, siempre y cuando sea un funcionario público el que imparta la orden de torturar.

Esto es extremadamente discutible, ya que la norma del 150 A habla del particular que ejecute los actos descritos (aplicar, ordenar o consentir en que se aplique tortura) con la aquiescencia o consentimiento del empleado público. Cabe preguntarse si el particular que instiga a un empleado público a dar la orden de torturar (lo cual se verifica) cumple con la conducta descrita en el tipo legislado para el particular, o no. Dicho de otra manera, el particular que le pide a un coronel que le ordene al cabo que torture a la víctima, y en que dicho coronel accede y da la orden de torturar, ¿es autor inductor de tortura por 15 N° 2 o es autor inductor de lesiones?

Incluso más problemático podría ser la posibilidad de complicidad por el artículo 16. Ejemplo. El coronel da la orden de torturar a X, pero X está retenido en un cuartel fuera de la ciudad. Un amigo del coronel pasa a verlo a su oficina y le cuenta que se dirige a lugar donde está detenido X para visitar a otro amigo. El coronel escribe la orden de torturar en un papel, dirigido al cabo J y le pide al amigo que le entregue ese papel al cabo J. Le dice que ese papel contiene la orden de torturar a X. El amigo le entrega el papel al cabo J. ¿hay complicidad de tortura por artículo 16, otra forma de autoría (15 N° 3 tal vez) o sólo complicidad de lesiones para el amigo?

---

<sup>18</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 193

Volveremos sobre este punto al tratar la opción de participación del particular como extraneus en un delito de tortura cometido por un funcionario público.

*iii) Consentir en que se aplique tortura*

Consentir: *“Permitir algo o condescender en que se haga”*<sup>19</sup>

De acuerdo a Matus y Ramírez, *esta forma de ejecución, también exclusiva del empleado público, es una elevación a figura autónoma de lo que nuestro Código entiende por conspiración para la ejecución de un acto de tortura en el art. 8º, esto es, concertarse para la ejecución de un delito determinado, y, por tanto, tampoco requiere para su castigo que el acto se ejecute o que el empleado que consiente tome parte en su ejecución”*<sup>20</sup>.

Para la consumación de este delito bastaría con prestar consentimiento otorgado frente a una proposición por parte del sujeto que busca aplicar la tortura, aunque no se ejecute esta última. En consecuencia, es forma comisiva no admite tentativa ni frustración.

Si se toma la tesis de Matus y Ramírez en cuanto a que lo que se sanciona con la forma de “consentir en que se aplique tortura” es, simplemente, la elevación a la categoría de figura penal autónoma de la conspiración para la ejecución de un acto de tortura, entonces, para que se configure esta figura, deben cumplirse con ciertos requisitos que son exigibles a toda conspiración. Así:

1) No hay *“inducción a la conspiración, complicidad, tentativa ni encubrimiento de la misma ya que se trata de un anticipo de la punibilidad especialmente regulado”*<sup>21</sup>.

l2) Conspirar para ejecutar un acto de tortura (consentir en que se aplique tortura) requiere *“un acuerdo acerca del lugar, modo y tiempo de ejecutar”* la aplicación de tortura *“y la decisión seria de ponerlo por obra, aunque no se requiere un acuerdo acerca de todos y cada uno de los detalles de su*

---

<sup>19</sup> R. A. E.; <http://dle.rae.es/?id=AP8cuhQ>

<sup>20</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 193

<sup>21</sup> Politoff, Matus y Ramírez; Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General; Segunda Edición Actualizada; Editorial Jurídica de Chile; Santiago; 2004; pág. 391.

*ejecución. Por lo tanto...si varias personas discuten acerca de la posibilidad de cometer un delito, sin llegar a acuerdo acerca de la posibilidad de llevarlo a cabo, o si para ello se encuentran “a la esperar de posibilidades” o difieren su ejecución<sup>22</sup>”, no habrá conspiración, es decir, no se verificará la forma de consentir en que se aplique tortura.*

3) *“El acuerdo debe ser serio, esto es, sin reservas mentales por parte de alguno de los partícipes y tan firme como se requiere en toda tentativa. Por esta razón y las expuestas, no hay conspiración en el concierto que tenga lugar con un agente encubierto o con otra persona que tenga también el propósito de evitar el delito<sup>23</sup>”.*

4) El cabo le dice al coronel, “mi coronel, ¿me deja torturar al prisionero Z?”, y el coronel le dice que sí. La pregunta es, si verificada la conspiración (como en este ejemplo), la tortura (bajo la fórmula consentir en que se aplique tortura) ¿debe verificarse o consumarse para que sea punible o basta la mera conspiración? Dicho de otro modo, siguiendo con el ejemplo, el coronel autorizó al cabo a aplicar tortura sobre el prisionero Z, pero el cabo nunca lo hizo, no le tocó ni un pelo al prisionero Z. ¿Igualmente es punible a título de consentir la tortura o debe entenderse que en esta forma de comisión, la tortura pasa a ser un suerte de condición objetiva de punibilidad?

Si, conforme a la tesis de Matus y Ramírez, esta forma de tortura, no es sino la conspiración elevada a la categoría de delito autónomo, entonces, debería concluirse que deberían operar los requisitos del desistimiento de la conspiración que exige el Código Penal. Para Garrido *“una vez que se ha logrado el concierto para cometer un delito determinado o se ha aceptado la proposición para cometerlo, en otros términos, cuando la conspiración o la proposición no sólo están consumadas sino que han tenido éxito en cuanto a lograr su objetivo (la proposición se consuma por el solo hecho de hacerse), el C.P. libera de sanción a cualquiera de los intervinientes siempre que se*

---

<sup>22</sup> Politoff, Matus y Ramírez; Op. Cit.; pág. 392.

<sup>23</sup> Politoff, Matus y Ramírez; Op. Cit.; pág. 392.

*desista de la comisión del delito que se procederá a realizar como consecuencia del acuerdo previo. No se trata de un desistimiento de la conspiración o de la proposición, lo que no puede hacerse en esta etapa - porque ellas ya se consumaron-, sino de un desistimiento del delito que como resultado de aquéllas se va a concretar después. Sin embargo, este desistimiento activo del delito a ejecutar libera de la sanción por la conspiración o la proposición. Si no existiera el inc. final del art. 8o, el desistimiento posterior del que intervino en la conspiración o en la proposición podría liberarlo de sanción por el delito a perpetrar, pero no de la pena por la conspiración y la proposición, que ya estarían consumadas. Para que opere la liberación de pena, el sujeto debe cumplir con dos exigencias: 1) denunciar ante la autoridad el plan y sus circunstancias, y 2) hacerlo oportunamente, esto es, antes de comenzar su ejecución y de que se inicie el procedimiento judicial por la conspiración o proposición (no por el delito a cometer). El desistimiento, por lo tanto, debe ser voluntario, en tiempo oportuno y activo. La norma ofrece reparos, no tanto porque exige delación, sino por su naturaleza restrictiva, ya que no reconoce otras formas más amplias y flexibles de concretar este desistimiento<sup>24</sup>”.*

5) no se sanciona la proposición. Ejemplo. El cabo le dice al coronel, “mi coronel, ¿me deja torturar al prisionero Z?”, y el coronel le responde “claro que no. ¿Cómo se le ocurre proponerme esto?”.

iv) *Omitir impedir o cesar la aplicación de torturas.*

*Esta es la conducta omisiva que se consagra en este delito.*

Impedir: “Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo<sup>25</sup>”.

Cesar: “Dicho de una cosa: Interrumpirse o acabarse<sup>26</sup>”.

---

<sup>24</sup> Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General; Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007; pág. 374.

<sup>25</sup> R. A. E. <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=L2bDcT6>

<sup>26</sup> R. A. E. <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=8PSTDtO>

*“Esta figura de omisión propia, según el tenor de la ley, sólo puede ser cometida por un empleado público, que tenga la facultad, autoridad o posición para evitar la aplicación de torturas u ordenar su cesación. La ley subentiende que se trata de un empleado que no ha ordenado, consentido ni aplicado la tortura, estableciendo una especial forma de responsabilidad por el mando que no tiene un correlato directo en las formas de responsabilidad de los arts. 15 y 16, pero sí en el inc. 1 del art. 35 de la Ley N.º 20.357, de 18.07.2009, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Como requisito subjetivo, la ley no exige aquí la voluntad de que las torturas se ejecuten, sino únicamente que quien pueda impedir las o hacerlas cesar, tenga conocimiento de su ocurrencia. Indirectamente, esto significa que para afirmar que existía la obligación de impedir la aplicación de torturas, debe acreditarse que, objetivamente, ocurrió un acto de tortura que el responsable conoció con posterioridad. En consecuencia, si el responsable impide o hace cesar los actos de tortura inmediatamente de llegar a su conocimiento, no es responsable de los actos anteriores a ese hecho. Esta detallada regulación de la omisión de impedir o hacerse cesar los actos de tortura nos lleva a excluir la posibilidad de considerar situaciones de comisión por omisión, cuyas más laxas exigencias típicas son incompatibles con las expresas limitaciones legales respecto del castigo de las omisiones punibles a título de tortura<sup>27</sup>”*

La conducta que se sanciona es no impedir la aplicación de tortura o no hacer cesar la aplicación de tortura cuando el agente tiene conocimiento de que se aplica tortura, tiene conocimiento de que se ordenó aplicar tortura o tiene conocimiento de que se consintió en aplicar tortura. Parece lógico que se debe impedir cuando la aplicación de la tortura no ha principiado a ejecutarse, como en los casos en que se tiene conocimiento de la orden o consentimiento para torturar. Y que debe hacerse cesar su aplicación desde que hay principio de ejecución del delito.

Como se puede apreciar, se trata de una modalidad de tortura que debe cometerse por omisión. Tal como dice Cury, *“omite quien no hace aquello que de él se esperaba, porque era su deber hacerlo. Y como desde el punto de vista jurídico*

---

<sup>27</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 194

*sólo se está obligado a lo que el derecho manda, la omisión en este ámbito consiste en no hacer aquello que jurídicamente se debía hacer. El concepto es, pues, valorativo y su significado depende de las normas jurídicas vigentes. No puede omitirse sino aquello que el derecho ordena; por lo tanto, para afirmar la existencia de una omisión es menester decidir si, conforme a los preceptos legales en vigor, cabía esperar que el sujeto actuara. La fundamentación de la tipicidad en los delitos de omisión propia no presenta dificultades, porque las distintas figuras están previstas expresamente. Desde el punto de vista objetivo, la tipicidad de estos delitos requiere que concurren las particularidades de la situación descrita por la ley y que no se exteriorice una voluntad final determinada también por el tipo; esto es, que no se actúe. Desde el punto de vista objetivo, es menester que el sujeto disponga del dominio final, cuyos componentes ya se han precisado. Si el sujeto ignora que se dan los presupuestos de la situación fáctica en razón de la cual está obligado a actuar, pero podía, con mayor diligencia, imponerse de ella, su omisión será "culposa" y se lo castigará siempre que la ley haya previsto el tipo correspondiente; cuando faltó esa posibilidad o no existe tipo culposo, ha de quedar impune. En cambio, es relevante que no haya sido consciente de su "capacidad de planeamiento" o su posibilidad real física de emplearlos y alcanzar el objetivo (evitador), salvo en aquellos casos en los que la ley ha empleado expresiones limitativas, tales como "maliciosamente", "a sabiendas" u otras semejantes. Tal como los tipos comisivos, el de los delitos de omisión está construido sobre un hecho, pero a la inversa de ellos, no sobre un hecho voluntario, sino sobre uno causal, en el que no se hizo intervenir una voluntad que era hábil para modificarlo<sup>28</sup>".*

En el delito de tortura por omisión, se exige que el sujeto activo "conozca la ocurrencia de la tortura", lo cual parece evidente tratándose de un delito de omisión propia. Con todo, se puede afirmar que se exige contar con un conocimiento efectivo y real acerca de la existencia de la tortura, no bastando la mera suposición o sospecha. En efecto, a diferencia de la tipicidad del delito de receptación, aquí sólo

---

<sup>28</sup> Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General; Ediciones Universidad Católica de Chile; Novena Edición; pág. 679

se sanciona al sujeto activo que conoce la ocurrencia de la tortura, y no a aquel que “no podía menos que conocer” la ocurrencia de la tortura.

La otra exigencia típica que se hace a la figura omisiva de la tortura es que el empleado público tenga *“la facultad o autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la tortura o esté en posición para hacerlo”*.

El proyecto original y, hasta avanzada su tramitación, sólo contemplaba la primera de las hipótesis, esto es “la facultad o autoridad necesaria para impedir o hacer cesar la tortura”. Fue en la tramitación en el Senado, donde una indicación del Senador Horvath generó la frase “o estar en posición de hacerlo”. El debate, a raíz de esta indicación fue intenso, y permite delimitar su alcance.

El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ignacio Castillo señaló que *“se sanciona al funcionario que, conociendo de la ocurrencia de tortura, no la impida o no la haga cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello, por lo tanto, bastaría que éste reflexionara que carece de ambos elementos mencionados para que no fuese considerado como autor del delito. Expuso que la propuesta del Honorable Senador señor Horvath es más amplia ya que no apunta únicamente a elementos normativos, sino que también a factores materiales. Añadió que la indicación busca penalizar al sujeto que se encuentra en la posición de poder impedir la tortura, independiente de la facultad o autoridad que tendría para hacerlo. Enfatizó que con la propuesta del Honorable Senador Horvath, los adjudicadores deberían determinar si el empleado público pudo evitar la comisión del delito<sup>29</sup>”*.

El Senador Harboe *“consignó que el texto que sugiere el Honorable Senador señor Horvath extiende los potenciales agentes del delito. Precisó que éste incorpora un elemento subjetivo que dice relación con la capacidad práctica que pueda tener un sujeto para impedir la comisión del ilícito. Precisó que para evitar futuros problemas de interpretación, en lugar de reemplazar la frase “teniendo la*

---

<sup>29</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 256; en [https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file\\_ley/5879/HLD\\_5879\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)

*facultad o autoridad necesaria para ello", sugiere agregar a continuación de ella la oración: "o estando en posición para hacerlo". Explicó que puede ocurrir que alguien que está obligado por ley a impedir la comisión del delito reclame que no estuvo en posición de evitarlo, y de esa manera quedar exculpado por un elemento subjetivo*<sup>30</sup>.

El Senador Espina *"preguntó quién define lo que significa "posición". Hizo presente que si utilizamos los términos "facultad o autoridad" estamos ante hechos objetivos. Por lo mismo, se mostró contrario a consagrar una norma de carácter subjetivo*<sup>31</sup>.

El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ignacio Castillo manifestó que... *"lo que se quiere resolver con la indicación es si a ese funcionario de grado inferior, que no ha participado en la tortura, se le puede imputar un delito. Éste no se encuentra en las hipótesis ni de autoría ni de participación... Reiteró que la propuesta aprobada en general es normativista y consiste en imputarle la calidad de torturador solo a la persona que tenía la facultad o autoridad para hacer cesar el tormento. Si carecía de ellas, podrá ser sancionado civil o administrativamente, pero no obtendrá un castigo penal. Alabó lo propuesto por el Honorable Senador señor Harboe. Sostuvo que el juez deberá revisar si el sujeto al cual se le está haciendo el reproche como autor de tortura en comisión por omisión estaba en posición fáctica, objetiva de impedir el tormento*<sup>32</sup>.

El Senador Espina sostuvo que *"esta frase se va a prestar para todo tipo de equívocos respecto de qué significa "estar en posición para hacerlo". Y si hay algo que nunca debe hacerse en Derecho Penal es dejar conceptos vagos. Ello, porque, en este caso, se empezará a discutir si la persona estaba o no "en posición" para hacerlo. ¿Qué significa "estar en posición" para impedir un delito? El Código Penal habla de autor, cómplice o encubridor, y los define. La Comisión ahora ha inventado una cuarta categoría: "estar en posición para hacerlo". La norma sanciona al que consintiere en aplicar tortura. Es evidente. Luego sanciona "al empleado público que*

---

<sup>30</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 257.

<sup>31</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 257.

<sup>32</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 258.

*conociendo de la ocurrencia de estas conductas," -al que sabe que se está torturando, que tiene conciencia de ello- "no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura," o sea, sabe, puede intervenir y no lo hace- "teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello". Ese es el concepto que basta: que tenga la facultad para hacerlo, porque está en presencia de un delito. Y se agrega: "o estando en posición para hacerlo". Yo dejo constancia de que todo torturador se va a asilar en esta frase para no ser sancionado. Dirá que no estaba en posición para hacerlo. Como esto se probará con el tiempo, dejo la constancia para que, cuando ocurra, no se diga que no tuvimos este debate. La frase "estando en posición para hacerlo" va a llevar a la siguiente situación: "¿Usted presencié la tortura?". "Sí". "¿Tenía autoridad?". "Sí, pero no estaba en posición para impedirlo". "¡Pero cómo no iba a estarlo, si frente a un delito debe actuar siempre!". Entonces, la tesis que nosotros defendemos es que esa frase está de más<sup>33</sup>".*

El Senador Araya señaló que *"creo que la interpretación del Senador Espina de lo ocurrido en la discusión del proyecto en la Comisión y de lo que quedó plasmado en el texto no es adecuada, pues precisamente lo que existe es una hipótesis de carácter alternativo no copulativo, porque la normativa discurre sobre aquel funcionario público que no hace cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo... Porque cuando en el texto original se planteaba que el funcionario público debía tener la facultad o la autoridad necesaria nos estábamos refiriendo más bien -o así podía entenderse por la interpretación de la disposición- a un carácter normativo; es decir, a un concepto legal, por ejemplo, en el caso de un funcionario policial con cierto grado jerárquico que le permite dar instrucciones a su subordinado y que, a partir de eso, pudiera hacer cesar la aplicación de la tortura o de los apremios ilegítimos. Al incluir la frase "o estando en posición para hacerlo" se evita que se produzca la discusión de si efectivamente el funcionario público debe tener la autoridad o la facultad para hacer cesar la tortura...justamente lo que dicha instancia buscó al acoger la proposición del Senador Horvath es que existiera un rango más amplio,*

---

<sup>33</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 301.

*de forma tal que aquel funcionario que sabía que se estaba torturando a una persona no pudiera excusarse de impedirlo so pretexto de carecer de autoridad debido a que en una institución jerarquizada como la policía no tenía el grado necesario. Lo que se pretende es que ese funcionario público, aun cuando no tenga autoridad, si está en posición de hacer cesar la tortura, lo haga<sup>34</sup>.*

En definitiva, de la discusión parlamentaria no queda claro cuál es el concepto exacto y preciso de estar “en posición” de impedir o hacer cesar la tortura, si no se cuenta con la facultad o atribución de hacerlo. Los ejemplos más utilizados fueron los del inferior jerárquico que presencia la tortura ejecutada por su superior. Sin embargo, y más allá que será el tribunal que conozca el fondo el que determinará el alcance del concepto, desde el momento en que la unanimidad de los legisladores conciben la fórmula “en posición” como disyuntiva o alternativa, con la facultad o atribución, la verdad es que, la consecuencia es que el tipo penal se amplía hacia aquellas conductas en que el sujeto, sin contar con atribución ni facultad para impedir o hacer cesar la tortura, si se encuentra en la posición fáctica de impedirlo o hacerla cesar.

Debe entenderse que el ánimo de los parlamentarios y del Ejecutivo durante toda la tramitación legislativa del proyecto fue de ampliar y hacer comprensiva del delito de tortura, toda conducta que pudiera estimarse que puede ser calificada de tal. En consecuencia, ante cualquier duda acerca del alcance de una disposición, la solución fue ampliar el texto de manera de asegurarse que la conducta discutida, efectivamente, será considerada tortura.

Esta misma línea de razonamiento explica que resulte extraña la redacción de la figura omisiva, ya que se podría entender que el “consentir” en la tortura podría ser similar al que “no impidiera o no hiciere cesar”. Podría considerarse una reiteración innecesaria. Si bien, en la discusión legislativa se hizo notar este punto, finalmente, se optó por explicitar una figura omisiva, a fin de evitar toda discusión sobre el particular.

---

<sup>34</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 305.

Como conducta omisiva, no se admite frustración ni tentativa en esta forma comisiva.

Las otras exigencias de la conducta típica:

También se exige que el sujeto activo (empleado público) actúe “abusando de su cargo o sus funciones”. Durante la tramitación legislativa no hubo discusión acerca de esta exigencia, que parece incorporarse de suyo a la calidad de empleado público, cuando éste incurre en el delito de tortura. *“La existencia de especiales elementos subjetivos en esta clase de delitos (las finalidades de obtener información, disciplinar o el motivo de discriminación) excluye su imputación a título culposo, lo que es coincidente, además, con su ubicación sistemática y la expresa mención que hace el Art. 150 A a la necesidad de acreditar que la actuación del empleado público sea abusando de su cargo o funciones<sup>35</sup>”.*

En España, la doctrina sobre este punto ha señalado que *“el tipo objetivo del delito de tortura exige que el sujeto activo haya actuado en abuso de su cargo. En tanto que funcionario público, el sujeto activo ostenta una serie de deberes y obligaciones legales que deben ser sobrepasadas para la configuración del tipo penal, o, como ha sostenido el Tribunal Supremo, el sujeto activo debe llevar a cabo un «comportamiento extralimitativo».* Rodríguez Mesa defiende que, a tal efecto, se tiene que diferenciar entre el abuso de la situación jurídica y el abuso de poder en sentido estricto. *El abuso de la situación jurídica es el supuesto en el que el sujeto activo abusa de su cargo para realizar el delito con mayor facilidad, es decir, el abuso del cargo es un instrumento que facilita la lesión del bien jurídico. El abuso de poder en sentido estricto sucede cuando el sujeto, al abusar de su cargo, lleva a cabo actos propios del ejercicio del poder público, con lo cual el abuso del cargo conlleva la lesión a otro bien jurídico, la función pública. En el caso del delito de tortura, la citada autora sostiene que el abuso del cargo en sentido estricto, unido a la finalidad pública de la tortura, implica no solamente una mayor facilidad para la*

---

<sup>35</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 197

*lesión de la integridad moral, sino también la lesión al bien jurídico consistente en el correcto ejercicio de la función pública<sup>36</sup>”.*

La Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional, por su parte, sostiene 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 (“abusando de sus funciones o de su cargo”). De esta manera, y a modo de ejemplo, el policía que tortura, viola la integridad física y psíquica de la víctima, o su dignidad humana o integridad moral, y al mismo tiempo, su deber de contribuir a la realización de un cuerpo policial íntegro (Kierszenbaum, 2009)<sup>37</sup>”.*

Respecto del abuso de cargo o función, parece existir cierta discrepancia en cuanto a la naturaleza de la exigencia. Así, para Matus y Ramírez se trataría de elementos subjetivos del tipo, en tanto que para la doctrina española, se trataría de elementos objetivos del tipo (*el sujeto activo debe llevar a cabo un «comportamiento extralimitativo»*) como señala la doctrina española. La Asesoría Técnica Parlamentaria parece intentar conciliar ambas posturas. Puede ser una buena alternativa sostener que el tipo penal requiere dentro de los elementos objetivos del tipo que la actuación del funcionario público suponga *“un comportamiento extralimitativo”* y que ello, al mismo tiempo, deba ser ejecutado a sabiendas de que excede sus funciones, todo lo cual excluye la posibilidad de una conducta culposa.

**b) Concepto de tortura:**

El artículo 150 define la tortura: *“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,*

---

<sup>36</sup> Silva Medina, Rodrigo; El delito de tortura. Un estudio sobre los elementos del artículo 174 del Código Penal; 2013; pág. 153, en <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/127397/trsm.pdf;jsessionid=AF1A5D4BC359DD9BCF565687F0C0EA43?sequence=1>

<sup>37</sup> Meza-Lopehandía, Matías; Informe sobre derecho comparado; Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca Nacional; en Historia de la Ley 20.968; pág. 107.

*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”.*

Este concepto es coherente con las definiciones de tortura que nos entregan 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 y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada por la Organización de Estados Americanos, instrumentos, ambos, ratificados por Chile.

La Convención de Naciones Unidas define, en su artículo 1° la tortura como *“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.*

Por su parte, la Convención Americana, en su artículo 2° define la tortura como *“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. 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”.*

*Se discutió en el Senado la posibilidad de sustituir el verbo “infligir” por el de “causar”, lo cual fue rechazado. El asesor del Senador señor Espina, Pablo Urquizar, “señaló que el verbo “infligir”, pese a estar presente en las Convenciones Internacionales que regulan la materia en estudio, no parece apropiado. En efecto, dijo, según la RAE infligir es “causar daño” o “imponer un castigo”. Por ello, propuso reemplazarlo por el verbo “causar”.... El señor Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hizo presente que... el verbo “infligir” es el utilizado por las convenciones internacionales. Puesto en votación el inciso tercero del artículo 150 A, fue aprobado sin enmiendas por la unanimidad de los señores Senadores presentes, Honorables Senadores señores Araya, Espina, Harboe, Larraín y Quinteros<sup>38</sup>”.*

Siguiendo a Nash<sup>39</sup> y a partir de su análisis de los conceptos que nos entregan las dos Convenciones citadas más arriba, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- a) La tortura debe ser un acto intencional.
- b) El elemento determinante será el sufrimiento o dolor
- c) El acto debe perseguir una finalidad.
- d) En cuanto a los sujetos activos, se mantiene una vinculación con una actividad (acción u omisión) de un agente estatal.

---

<sup>38</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 187.

<sup>39</sup> Nash Rojas, Claudio; “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV, Montevideo, 2009 en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>.

### Intencionalidad de la tortura:

En cuanto al primer elemento, *“la existencia de especiales elementos subjetivos en esta clase de delitos, las finalidades de obtener información, disciplinar o el motivo de discriminación, excluye su imputación a título culposo, lo que es coincidente, además, con la ubicación sistemática y la expresa mención que hace el Art. 150 A a la necesidad de acreditar que la actuación del empleado público sea abusando de su cargo o de sus funciones<sup>40</sup>”*.

### El sufrimiento o dolor:

En segundo lugar, para Nash, el elemento determinante para definir la tortura es el sufrimiento o dolor, ya sea físico o mental. Ahora bien, nuestro Código Penal, siguiendo a la Convención Americana, ha agregado algunos elementos que amplían la noción del padecimiento. Así, también se considerará como tortura un acto que, sin provocar dolor o sufrimiento, esté destinado a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad de discernimiento o decisión. Y, sobrepasando a dicha Convención, el artículo 150 también incorpora los sufrimientos “sexuales”.

El primer problema al que se enfrenta este análisis es que los sufrimientos deben ser “graves”. Como se verá más adelante, el problema de definir un umbral de gravedad del sufrimiento para determinar si se cumple con la exigencia del concepto de tortura puede determinar además, el límite entre lo que se considera tortura y lo que se considera trato cruel, inhumano o degradante

Respecto de la gravedad, dado que la actual tipificación del delito de tortura se realizó en función de los instrumentos internacionales, parece pertinente analizar cómo se ha resuelto el problema en el ámbito interamericano.

En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, la Corte Interamericana De Derechos Humanos (CIDH) determinó los elementos constitutivos de tortura. *“Con relación a los “severos sufrimientos físicos y mentales”, resulta interesante destacar la forma en la que se aborda este elemento: [...] al apreciar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren*

---

<sup>40</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 198

*a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal. La Corte, a efectos de analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, atiende primero a criterios objetivos que determinan los hechos del caso y, en segundo lugar, a criterios de tipo subjetivo, propios de la condición de la víctima. Esta forma de analizar la intensidad del dolor vuelve patente las legítimas diferencias que existen entre cada persona y abandona la idea de un estándar abstracto o neutral que no las reconozca. El análisis de la situación del titular de derecho concreto permite un adecuado respeto y garantía de los derechos de la Convención. Una calificación centrada solo en los elementos objetivos del acto tiene un grave problema, ya que ignora las particularidades individuales y termina por establecer estándares vinculados a elementos objetivos en los cuales el parámetro se fija a partir de un paradigma que permite formas de trato desigual y discriminatorio, a partir de prejuicios o estereotipos que surgen de las visiones predominantes en un momento histórico determinado<sup>41</sup>”.*

*En España, “la doctrina ha propuesto una serie de criterios para determinar la frontera entre una y otra intensidad del comportamiento típico, pero en realidad pareciera que la tendencia es valorar casuísticamente. Grima Lizandra por ejemplo, sugiere ciertos criterios como la tolerancia de la víctima, las circunstancias en que se inflige la conducta y los valores imperantes en el contexto socio-cultural; pero reconoce que no puede haber un criterio general para resolver todos los casos....La jurisprudencia, asimismo, ha reconocido la dificultad de fijar en los casos concretos los límites para establecer si una conducta determinada puede considerarse de gravedad o no en aras de la aplicación de la pena correspondiente. En una sentencia el Tribunal Supremo estimó que el uso contundente de un instrumento alargado y con dureza para causar dolor físico, dentro del cuartel en el que el acusado ejercía funciones de mando (jefe de grupo de la Guardia Civil), estando la*

---

<sup>41</sup> Nash Rojas, Claudio; Op. Cit.; pág. 599.

víctima esposada, no es suficiente para calificar de grave la tortura, porque la duración fue escasa y las lesiones no fueron importantes. En otra sentencia, el Tribunal Supremo ha estimado que para establecer la gravedad de la conducta típica no debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, «sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral que puede presentarse extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso». Asimismo, también el Tribunal Supremo ha sostenido, en el contexto del artículo 175 CP, que el «contexto» es la referencia para constatar tanto la tipicidad como la gravedad de la conducta, poniendo como ejemplo hechos que se llevan a cabo en dependencias policiales cuando el sujeto pasivo se encuentra sin ninguna capacidad de respuesta defensiva. En otra decisión, el Tribunal Supremo, también en referencia al artículo 175 CP, determinó que el atentado a la integridad moral no era grave «atendido que no consta que fuera extenso el tiempo de la agresión y tampoco la utilización para llevarla a cabo de instrumentos complementariamente hirientes», con lo cual tomó en cuenta el tiempo de duración y el uso de instrumentos hirientes. Asimismo, también en aplicación del delito previsto en el artículo 175 CP, el Tribunal Supremo estimó los hechos como graves por haberse empleado una fuerza física de manera injustificada, por haberse utilizado un arma de fuego de tal manera que la víctima creía que su vida corría riesgo real, y porque la víctima fue obligada a exhibirse sin pantalones en presencia de otras personas. Por último, el Tribunal Supremo ha defendido, en otra sentencia, que aun cuando la víctima fue sometida a golpes y obligada innecesariamente a desnudarse, la escasa duración de los hechos (quince segundos) no permite que sea catalogada la afectación a la integridad moral como grave. Por lo tanto, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden obtener cinco parámetros para estimar la gravedad o no de una conducta típica lesiva de la integridad moral: la duración, el uso de instrumentos hirientes, el lugar de comisión, la situación de indefensión de la víctima y la exhibición de partes del cuerpo que ameritan recato<sup>42</sup>».

---

<sup>42</sup> Silva Medina, Rodrigo; Op. Cit.; pág. 151.

Finalmente, el tema de la gravedad o severidad del sufrimiento infligido, sea físico, mental o sexual, es un tema que deberá resolverse caso a caso, por el tribunal llamado a conocer del caso. El fallo de la Corte Interamericana en el caso *Bueno Alves vs. Argentina* y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español pueden constituir insumos interesantes en esa labor.

El segundo problema que enfrenta la determinación del dolor o sufrimiento para constituir la tortura, es que no sólo es de naturaleza física o mental, sino que también sexual. Es este un agregado original de la modificación legal efectuada en Chile y responde, más bien, a la necesidad de satisfacer las demandas de ciertas agrupaciones que comparecieron al Parlamento durante la tramitación legislativa y a que – una vez más – puesto en la disyuntiva de si una conducta podía quedar fuera de un concepto general de tortura, el Congreso opta por incorporar explícitamente a la tipificación penal el concepto particular, a fin de eliminar cualquier posibilidad de interpretación restringida de la norma. Con todo, hubo voces que se opusieron a esta incorporación.

El profesor Juan Domingo Acosta expresó, sobre el particular que *“en rigor, no me parece que la expresión “tormentos o apremios ilegítimos” se pueda referir a los sexuales, puesto que unos y otros dicen más bien relación con el dolor físico o mental que se provoca a una persona y no con la libertad o indemnidad sexual de la víctima<sup>43</sup>”*.

El asesor de la Bancada del PS, Enrique Aldunate señaló que *“en cuanto a las indicaciones parlamentarias que incluyen el sufrimiento sexual dentro de la tipificación de la tortura, no hay que confundir la modalidad de ejecución de este delito con otros elementos del tipo. Si bien el Estatuto de Roma hace referencia en su artículo 7° a la violencia sexual, hay que considerar que se trata de un aspecto normativo que debe valorar el juez. Pero no existe en dicho Estatuto la figura que se pretende incorporar vía indicación. Lo esencial de la tortura es el sufrimiento físico o síquico. Por lo tanto, cabe la interrogante de en cuál de estas categorías*

---

<sup>43</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 146.

*quedaría comprendida la tortura con connotación sexual, a menos que se pretenda agregar una nueva categoría de sufrimiento<sup>44</sup>*

El Diputado Saldívar expreso que *“el proyecto busca subsanar esa falencia, para lo cual propone una definición que incorpora los distintos tipos de violencia: la física, la psicológica y, dentro de una categoría más dudosa, la sexual. Digo esto porque, como actividad del ser humano, no se avizora de qué manera la afectación de la sexualidad no pueda conllevar dolor físico o psicológico y, por tanto, amerite, por su naturaleza, una categorización independiente<sup>45</sup>”*.

Sin embargo, primó la opinión contraria. El Diputado Ojeda lo manifestó claramente. *“El proyecto de ley... introduce en todos los casos la expresión “sexual”, después de la frase “apremio físico”; es decir, no solo se sanciona la violencia física o psíquica, sino también la sexual, porque es una violencia específica, que tiene características distintas y que se aplica mayoritariamente en contra de la mujer, como ocurrió frecuentemente en Chile en épocas pasadas, cuando se ejercía tortura en estos términos en contra de las mujeres, respecto de lo cual hay testimonios. Aunque hubo diputados que se opusieron a agregar ese término, esto está avalado por convenios y convenciones internacionales, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que define el concepto amplio de violencia física, sexual y psicológica. De tal forma, estamos adecuándonos a los nuevos dictámenes o tratados internacionales que señalé<sup>46</sup>”*.

El tercer aspecto relevante para configurar el sufrimiento o dolor como elemento integrante del concepto de tortura está dado porque, conforme a nuestra legislación, también se entiende 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*.

La conducta que constituye tortura en esta modalidad es la aplicación de métodos tendiente a anular la personalidad de la víctima. Si bien, el concepto se corresponde con el utilizado por la Convención Americana en su definición de

---

<sup>44</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 51.

<sup>45</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 65.

<sup>46</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 68.

tortura, no por ello, queda más claro su contenido. La tramitación legislativa nos ilustra sobre cuál fue la discusión sobre el punto.

Así, se señaló que *“se identifica como tortura la aplicación de métodos que anulen completamente la personalidad del individuo afectado; por ejemplo, la administración de un psicofármaco que suprima su voluntad<sup>47</sup>”; “en cuanto al inciso final del artículo 150 A, informó que responde a una redacción similar a la utilizada en las convenciones internacionales sobre la materia, que no buscan el resultado de la anulación completa de la personalidad de la víctima por la dificultad probatoria que ello importa, sino que incluye métodos tendientes a afectar su voluntad o capacidad de discernimiento o decisión, lo que será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo<sup>48</sup>”*. El Senador Larraín *“preguntó qué se entiende por la expresión “anular la personalidad de la víctima”, asumiendo que ello supone una destrucción psicológica muy fuerte de la persona. Agregó que más adelante se emplea la frase “disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión”. Mencionó el caso de un interrogatorio, el cual puede generar confusión al individuo interrogado, lo que no necesariamente significará que está siendo objeto de tortura. Consideró que esta redacción debería ser más precisa, de manera de evitar dudas de interpretación a futuro<sup>49</sup>”*.

Como se ve, no parece existir claridad total acerca del alcance del concepto de “anular la personalidad de la víctima”. De suyo, el concepto mismo de personalidad será materia de debate. La exigencia para que se configure la tortura en esta acepción es ardua. Se exige la anulación de la personalidad de la víctima, y no sólo su afectación, inquietud o perturbación menor. Ello no significa que la conducta que no alcanza a anular la personalidad de la víctima necesariamente quede impune, ya que resta examinar el concepto de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Más fácil parece ser el concepto de disminución de la capacidad física o mental de la víctima. Baste pensar en la tortura consistente en la privación

---

<sup>47</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 111.

<sup>48</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 173.

<sup>49</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 187.

prolongada del sueño o de la alimentación para imaginarse casos como los exigidos por la norma.

Como acotan acertadamente Matus y Ramírez, parecen existir dos grados o estadios de gravedad en la tortura en el artículo 150 A. Por una parte, lo que estos autores denominan *“acto de tortura especialmente grave”*, constituido por la definición del inciso tercero, que sería esencialmente *“infligir intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos”* y, por otra parte los *“actos de tortura menos graves”* del inciso cuarto del mismo artículo 150 A, constituido esencialmente 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”*.

Claramente, el fundamento de esta distinción está en la penalidad aplicable. En los actos de tortura del inciso tercero la pena es de presidio mayor en su grado mínimo. En tanto, para los de inciso cuarto se aplica una pena de presidio menor en su grado máximo.

#### La finalidad:

Acorde con la legislación internacional, la tortura, para constituirse como tal, debe perseguir una finalidad. En Chile, tales fines son:

- Obtener información, declaración o una confesión de parte de la persona torturada o de un tercero.
- Castigar a la persona torturada por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido
- Intimidar o coaccionar a la persona torturada
- Que la tortura se aplique 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.

Por obvio que parezca, los fines que contempla la ley para que se configure la tortura, no son copulativos. Basta que se dé uno de tales fines para que la tortura se materialice.

Aquí, nuestra ley se aparta de la Convención Americana que señala que “cualquier otro fin”, aparte de los mencionados expresamente en el texto, podrá ser considerado como suficiente para dar por cumplido con el requisito de la finalidad. Se sigue más a la Convención de las Naciones Unidas que abre el tema con la fórmula “cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.

En esta parte se discutió el alcance de la voz “discriminación, y la conveniencia, o no, de ejemplificar las categorías que la constituyen. El asesor del Senador señor Espina, Pablo Urquizar *“consideró que no tiene sentido especificar las categorías protegidas de discriminación en materia penal, cuando pueden ser infinitas. Indicó que ninguna de las Convenciones Internacionales ni tampoco la legislación penal análoga las contienen. El señor Castillo, Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, hizo presente que cuando se revisa el derecho comparado, se advierte que se emplea el término discriminación en un sentido amplio, siendo la jurisprudencia la llamada a interpretar. Añadió que la otra opción, que es la asumida por el Ejecutivo, busca vincularlo con la ley N° 20.609, que estableció en nuestro país los parámetros de discriminación. Recalcó que en la redacción del inciso en estudio se utilizó la expresión “motivos tales como”, que viene a constituir una prospección hermenéutica pedagógica para el juez. Así, dijo, se limita lo que se considera una discriminación lo suficientemente fuerte para permitir la adscripción al tipo de tortura. Puesto en votación el inciso tercero del artículo 150 A, fue aprobado sin enmiendas por la unanimidad de los señores Senadores presentes, Honorables Senadores señores Araya, Espina, Harboe, Larraín y Quinteros<sup>50</sup>”.*

Sin perjuicio de lo expresado en cuanto a las motivaciones que se tuvieron presentes para no *“especificar las categorías protegidas de discriminación en materia penal”*, cabe plantear la necesidad de que si, en el futuro, se desea penalizar

---

<sup>50</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 187.

formas de discriminación diferentes de las consignadas expresamente en la ley, bajo el rótulo de que se trata de una categoría “tal como” las descritas, los tribunales deberían exigir un altísimo estándar a superar para que estas nuevas categorías protegidas de discriminación adquieran dicho carácter. De lo contrario, se arriesgaría una condena que podría infringir la exigencia constitucional del artículo 19 N° 3 inciso final.

#### Norma de clausura

La ley cierra la definición de tortura señalando que *“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”*.

La norma original señalaba que *“no estarán comprendidos en el concepto de tortura los dolores o sufrimientos que sean únicamente consecuencia de sanciones legales o inherentes a éstas”*. En la discusión en el Senado, el Senador Espina *“demostró su preocupación por lo que ocurre con ciertas actuaciones que realizan autoridades dentro del marco de la ley, como es el caso de los interrogatorios. Por otra parte, sugirió reemplazar la última oración del inciso final con una redacción proveniente de la legislación mexicana, que señala: “No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”. El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señor Castillo, no advirtió inconveniente en acoger la propuesta del Honorable Senador señor Espina<sup>51</sup>”*.

En un sentido parecido, el Senador Araya *“hizo notar, además, que la regla en estudio contiene una norma de clausura, que dispone que “No estarán comprendidos en el concepto de tortura los dolores o sufrimientos que sean únicamente consecuencia de sanciones legales o inherentes a éstas.”. Sostuvo que*

---

<sup>51</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 187.

*esta norma resguarda la situación del funcionario y del detenido en el caso de un interrogatorio<sup>52</sup>”.*

**c) Sujeto activo:**

La discusión acerca del sujeto activo se tomó buena parte de la tramitación y discusión legislativa en el Senado. De hecho, el debate en sala se centró casi exclusivamente en este punto. La discusión sobre el sujeto activo está ligada estrechamente a la determinación del bien jurídico protegido. En tal sentido, si se entiende que con la tipificación de la tortura como delito se protege tanto la integridad física y psíquica – y, discutiblemente, la indemnidad sexual - como el correcto funcionamiento de la administración del Estado, entonces el sujeto activo debe ser funcionario público. Por excepción, el particular puede cometer tortura, según se detallará más adelante.

Esta postura queda clara en algunas intervenciones. Así, el Senador señor Araya, *“instó a no perder de vista las siguientes consideraciones generales. Sostuvo, en primer lugar, que los delitos de lesa humanidad presuponen que el estado de derecho del país donde ocurren no está operando y que la institucionalidad se ha roto. Dijo que el mismo contexto se recoge en las convenciones internacionales que regulan el delito de tortura. En este debate, en cambio, destacó, se trata de tipificar este mismo delito pero cuando se produce dentro de un estado de derecho normal, en que se entiende que los funcionarios del Estado deben cumplir su obligación de cuidar de los derechos de las personas. En relación a este último argumento, sostuvo que lo lógico es, entonces, que el sujeto activo de la tortura sea el funcionario público, puesto que no cabe esperar que el particular se haga cargo del deber de cautelar los derechos de otros ciudadanos. Indicó que lo anterior se vincula con los bienes jurídicos tutelados al establecer esta figura, recordando, a este respecto, que por ser la tortura un delito pluriofensivo, importa que una determinada conducta tenga una valoración y penas distintas por ser el sujeto activo de la misma un funcionario del Estado<sup>53</sup>”.* *“Por esa razón, toda*

---

<sup>52</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 184.

<sup>53</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 179.

*la doctrina - la antigua y la más moderna - discurre sobre la base de que en el caso de la tortura, al tutelarse dos bienes jurídicos, solo puede ser sujeto activo el funcionario público. Eventualmente podrá serlo el particular, bajo ciertos supuestos; por ejemplo, cuando actúa en concomitancia, con aquiescencia, con acuerdo o con la omisión del funcionario público que se halla en tal situación. La tratadista María Luisa Maqueda Abreu escribió un paper titulado La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, donde se clarifica el punto y queda, a mi juicio, centrada la discusión. En él se explica claramente por qué un particular no puede ser sujeto activo del delito de tortura, salvo situaciones excepcionalísimas. La referida profesora plantea lo siguiente: "La tortura no puede, en efecto, identificarse con cualquier lesión de un particular por cruel y alevosa que ésta sea, porque exige ser valorada en el contexto que le es propio y que no es otro que el de las relaciones de poder -poder `pactado'- que ostenta el Estado respecto de los particulares, y fruto característico de su abuso<sup>54</sup>".*

El Senador Harboe señaló que *"el alcance del término "tortura" no resulta compatible con la construcción de un delito común, pues, como dice De la Cuesta Arzamendi, la calidad de funcionario público en el autor resulta inherente a la historia semántica de la tortura, hace a la propia connotación del término y de la institución significada". Conceptualmente, la tipificación de la tortura no puede igualarse a su noción común o lega. La tortura "no puede identificarse con cualquier lesión de un particular, por cruel y alevosa que sea, porque exige ser valorada en el contexto que le es propio y que no es otro que el de las relaciones de poder que ostenta el Estado respecto de los particulares, y fruto característico de su abuso<sup>55</sup>".*

El abogado Luis Torres del Instituto de Derechos Humanos (INDH) expuso que *"la moción presenta una gran diferencia con las aludidas convenciones, y ella consiste en que transforma el delito de tortura en una figura de sujeto común, en circunstancia que debería ser un sujeto calificado, a saber, un funcionario público. Este es un punto crucial, ya que a juicio del INDH la tortura debe ser cometida por un agente del Estado para considerarla como tal. En cambio, si un particular comete*

---

<sup>54</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 286.

<sup>55</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 289.

*tortura, lo que ocurre es un concurso en delitos comunes, ya sea lesión, mutilación u otro. En la legislación comparada únicamente en Colombia se tipifica la tortura como un delito de sujeto común, y ello se explica por la coyuntura política del país, caracterizada por la existencia de grupos de poder paralelos que ejercen un control efectivo de parte del territorio de ese país. Aunque se suele citar también los casos de Argentina y España como países donde la figura típica está construida en torno a un sujeto común, ello no es así en un sentido estrictamente jurídico<sup>56</sup>”.*

*El diputado Auth sostuvo que “un acto de tortura protagonizado por cualquier persona - por ejemplo, un hermano mayor que tortura a un hermano menor - no tiene la misma jerarquía si este es practicado desde el poder, desde una relación de autoridad. No es lo mismo que ese acto sea cometido por un particular a que el mismo se lleve a cabo por una persona que goza de la confianza ciudadana y ejerce el poder entregado por el Estado en contra de la gente, no en beneficio de esta. Discrepo de la desaparición de esa distinción. La condición sine qua non para considerar la tortura como tal -lo mismo ocurre con la violación de los derechos humanos- es que el acto se ejerza desde una posición de poder, es decir, por funcionarios públicos o similares que ejercen funciones públicas.”<sup>57</sup>*

*El Senador Letelier expuso que “aquí lo relevante no es solo que se lesione la dignidad de la persona afectada por la tortura, sino que se cometa una lesión, un daño al colectivo, que vaya más allá de la persona que sufre el dolor; es la sociedad la violentada, porque es un funcionario público, a quien la sociedad toda le ha atribuido cierta función, el que comete el delito. No es lo mismo que un policía, un gendarme, un funcionario de inteligencia golpee a una persona, le aplique electricidad, la viole -y que esto sea considerado un delito común y no un delito especial-, a que alguien golpee con un fierro a una persona o la viole. Se trata de un crimen horrible en ambos casos. Nadie está minimizando la gravedad de los hechos. En nuestro lenguaje común, claro, se habla de que tal persona “torturó” a otra. Se usa en un léxico más genérico, pero, en la terminología del Código Penal y del derecho internacional de la tortura, un elemento constitutivo de este tipo penal*

---

<sup>56</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 8.

<sup>57</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 39.

*es el sujeto activo. Y el querer borrar eso, señor Presidente, es lo que a mí más me sorprende. No es lo mismo que un policía aplique electricidad en un recinto público, del Estado, en un calabozo, en una cárcel, en un centro de detención, a que ello lo haga una persona que secuestró a otra para obtener dinero en forma ilegal. Más allá del dolor causado, más allá de otras tipicidades de este tipo penal, lo esencial y determinante es el sujeto activo. Y es por eso que la comunidad internacional ha reaccionado y pide que se tipifique este delito<sup>58</sup>”.*

La tesis contraria de que el sujeto debía ser cualquier persona, también contó con importantes representantes. Así, el Senador Espina expuso que *“hay quienes sostienen que el delito de tortura...solo puede ser cometido por agentes del Estado, o bien, por particulares, cuando actúan en funciones públicas o instigan a funcionarios públicos para llevarlo a cabo. Deseo señalar que la limitación del ilícito a estos últimos es un profundo y grave error, sin sustento en la legislación, e importa una discriminación arbitraria cuando el autor es un particular. Voy a ponerme exactamente en el caso de Daniel Zamudio. Y daré los fundamentos de por qué sostengo que este es un delito que se puede cometer perfectamente bien por particulares en contra de otros o también por agentes del Estado...Con el criterio que está aprobando la Comisión, cabe consignar que Daniel Zamudio no fue víctima de tortura. ¡Y lo quemaron, degradaron e hicieron objeto de las conductas más atroces, descritas en la definición de tortura y que la Convención permite ampliar! Aquí se argumenta: "El instrumento internacional hace referencia a que los derechos humanos se violan solo por agentes del Estado". Acabo de leer dicho texto y la opinión del Comité contra la Tortura, nada más y nada menos, entidad que expresa: "Esa teoría no es real". ¡El mundo moderno se abre a otros conceptos! Puede haber grupos de particulares que cometan actos como estos...En Chile hemos visto grupos de neonazis que atentan contra personas de origen judío o de homosexuales, como también actos de tortura, los que no son delitos comunes. Un sector violentista podría perfectamente cometerlos el día de mañana contra particulares con el propósito de arrancarles ciertas decisiones. Y resulta que no*

---

<sup>58</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 233.

*queremos asumir lo que es ese ilícito en el siglo XXI y deseamos limitarlo solo a agentes del Estado. Sin perjuicio de la actividad de narcotraficantes, extremistas, violentistas, perseguidores de razas, Sus Señorías me dirán que quienes maltratan o golpean a alguien en razón de su condición sexual incurren en un delito común, no en tortura...¿Cómo me van a aseverar que un acto de barbarie en contra de una persona -y pongo otra vez el ejemplo de Daniel Zamudio - constituye un delito común! A ver, ¿qué sería? ¿Lesiones graves gravísimas? ¿Lesiones menos graves? ¿Homicidio frustrado? ¡Por favor! La descripción del tipo, para cualquier penalista que actúe con minuciosidad, conduce a concluir que es un acto de tortura. Y si fuera de una entidad menor, entonces nos hallaríamos frente a apremios ilegítimos y otros tratos crueles e inhumanos...Cabe agregar que la cuestión implica dejar fuera a los que capturen el día de mañana a un policía, y lo martiricen brutalmente en venganza por perseguir a una banda de narcotraficantes. Esta persona no recibiría tortura...<sup>59</sup>*

*El Senador Prokurica sostuvo que "Si un terrorista que no es agente del Estado toma a otra persona o bien a un agente del Estado y le practica actos constitutivos de violaciones a los derechos humanos o que constituyen tortura, ¿no comete este delito? Si aprobamos la normativa tal como la mayoría de la Izquierda gobernante quiere, por supuesto que no. Y vamos a estar diciendo: "Señores terroristas, civiles o privados, ustedes pueden practicar la tortura y no van a tener la sanción que corresponde", como en el caso que estoy señalando. ¿Y por qué se procede de esa forma? La verdad es que yo no lo logro entender sino por un interés político que obedece a una realidad de cierta época que vivió el país donde solo se sancionaba a personas que pertenecieron a un régimen militar. ¡Eso es, en la práctica! ¡No hay otra razón para sostener esa tesis! Como planteó el Senador Espina, no es posible comprender que si una persona, que incluso puede ser un agente del Estado, es tomada por un grupo terrorista o un grupo de civiles y es sometida a tortura, en las distintas fórmulas que esta puede asumir, no signifique que se configure este delito. Francamente, no es posible entenderlo. Y por eso,*

---

<sup>59</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 228.

señor Presidente, me cuesta apoyar un proyecto que, en la práctica, por una posición sesgada, termina dirigido a un solo sector<sup>60</sup>”.

El Senador Larraín señaló que “donde se produce una diferencia...es, si acaso la tortura solo es aquella que cometen agentes del Estado o particulares en conexión con ellos, o si también la pueden cometer particulares...Si uno se pregunta qué es la tortura para el sentido común, verá que ella, de algún modo, refleja dolores duros, fuertes, extraordinarios, causados por alguien, incluso a veces con métodos sofisticados, para lograr una confesión o alguna información que sirva a determinada finalidad. De acuerdo al sentido común, el concepto de tortura no está asociado, necesariamente, a que ella sea perpetrada por alguna autoridad, por algún funcionario público. Es más, ¿cómo define la Real Academia la tortura, en su primera acepción, desde luego? La define como "Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo". En el sentido natural y obvio que tienen las palabras, el concepto de tortura no se halla circunscrito a que ella sea cometida por una autoridad del Estado. Y es por eso que muchos aquí han argumentado en el sentido de que cuando se habla de tortura no solo se alude a la que puedan cometer los agentes del Estado, sino a que también puede haber personas, como grupos terroristas, violentistas, narcotraficantes y otros, que por distintas razones causen estos dolores físicos extraordinarios para castigar a alguien u obtener alguna información. El Senador Espina preguntaba si en el "caso Zamudio" había tortura. ¡Por cierto que puede haberla! ¿Es posible imaginar otros actos perpetrados por particulares que logren esa misma finalidad o correspondan a esa misma tipificación de conducta? ¡Por supuesto que sí! Y creo que para eso no hay que ser muy imaginativo; ni siquiera es preciso dar ejemplos. Los agentes de policía pueden ser objeto de tortura por cualquier particular, con propósitos diversos: un grupo que pretenda desarrollar acciones violentistas; grupos anarcos, como los hay en nuestro país, que necesiten información para proceder. Sin embargo, el problema radica en que la legislación en proyecto no contempla ese caso. ¡Ese es el problema! No

---

<sup>60</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 232.

*estamos diciendo que no se entienda que la tortura es la que comete el agente público, sino que ella también puede ser realizada por un particular. Es posible que existan distintas sanciones en un caso y en otro, pero es evidente que un particular también puede incurrir en esta conducta<sup>61</sup>”.*

*La Senadora Pérez señaló que “efectivamente, los paradigmas en materia de derechos humanos en las décadas de los cuarenta y los cincuenta en Europa decían relación con que solo agentes del Estado podían violar los derechos humanos. Pero con el aumento del terrorismo, especialmente en la última década, ha quedado demostrado que no solamente los agentes del Estado o un Estado en específico, sino también muchos particulares vulneran los derechos humanos a través de grupos terroristas. Por lo tanto, los paradigmas han cambiado...En consecuencia, en Chile no podemos ir ajustando nuestra legislación solo a los paradigmas antiguos, sino que tenemos que adelantarnos a los tiempos. Obviamente, un particular que vulnera a una persona a través de la tortura, de la forma en que sea y por las razones que fueren -nunca hay justificación-, cometerá una violación de derechos humanos, al igual que un particular que incita al odio, al igual que un agente de Estado que la aplica. La diferencia radica, del mismo modo en que lo estamos estableciendo en la iniciativa de ley sobre incitación al odio, en que cuando la acción la comete un agente del Estado o un funcionario público existe un agravante. Así lo hemos determinado en ese proyecto. Y en la presente iniciativa debiésemos hacer exactamente lo mismo. Es decir, incorporar una sanción de carácter penal dura y rigurosa para cualquier persona que torture -sea agente del Estado, funcionario público o particular-, con el agravante de que cuando sea funcionario público o del Estado la pena sea aún más drástica, porque obviamente este tiene un rango de superioridad o una posición colectiva frente a la víctima<sup>62</sup>”.*

La votación final del Congreso determinó que sólo pueden cometer el delito de tortura los empleados públicos y los particulares que lo hagan en el ejercicio de funciones públicas o a instigación de un empleado público o que ejecuten los actos de tortura con el consentimiento o con la aquiescencia de un funcionario público,

---

<sup>61</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 234.

<sup>62</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 236.

fórmula que, en general, está acorde con los convenios internacionales sobre la materia. A continuación, se examinan algunos aspectos relativos al tema.

i) *Empleado público:*

El concepto empleado público es el utilizado por el artículo 260 del Código Penal *“Art. 260. Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el Art. 29 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”*.

Cabe preguntarse también si el sujeto activo contempla a todos los empleados públicos, o por el contrario, la conducta típica puede ser realizada por un grupo determinado de empleados públicos que debido a su trabajo pueden *“abusar de su cargo o funciones”*. En este sentido, la conducta típica solo podría corresponder a empleados de FFAA, policías, gendarmes, SENAME, aduanas, etc. Se excluiría por ejemplo a un empleado de Contraloría que no tiene por función tener el cuidado de otra persona. En principio, no se ve cómo el funcionario de Contraloría podría torturar a una persona *“abusando de su cargo o de sus funciones”*.

La doctrina ha señalado *“En el Derecho internacional de los derechos humanos también se ha debatido sobre si podrían ser susceptibles de cometer tortura en el sentido del Derecho internacional todos los funcionarios públicos o solo algún sector específico de éstos. La literalidad de ambas disposiciones invita a concluir que serían susceptibles de torturar en sentido estricto todos los funcionarios públicos sin distinción alguna. Sin embargo, la historia de la prohibición de la tortura y su recepción por parte de los derechos humanos desde la DUDH está directamente relacionada con la actuación de funcionarios públicos encargados de hacer cumplir la ley vinculados a la administración de justicia penal. Rodríguez Mesa, comentando la CCT, circunscribe la noción de funcionario público a quienes tienen una determinada actividad pública relacionada con la Administración de*

*justicia. En el mismo sentido, De la Cuesta destaca que la CCT se refiere a funcionarios con vinculación directa o indirecta en la persecución, investigación y represión de hechos delictivos, que en definitiva desarrollen actividades que impliquen cierto poder sobre la víctima<sup>63</sup>”.*

*Esta posibilidad no pasó desapercibida durante la tramitación legislativa. Así, el diputado Robles señaló que “el proyecto se refiere al empleado público, pero el sentido común nos dice que, en general, los empleados públicos comunes y corrientes difícilmente emplean la tortura en contra de otras personas. Estoy pensando en funcionarios que trabajan, por ejemplo, en un servicio de salud, en el área de educación o en la Contraloría General de la República, que deben investigar hechos de carácter administrativo. Obviamente, ellos no podrían torturar a nadie. Entonces, ¿a quiénes apunta este proyecto? Quiero que esto quede claro en la historia de la ley - lamentablemente, hoy no están presentes la ministra de Justicia ni el ministro de Defensa Nacional, quienes son muy importantes al momento de analizar este tema -, porque los funcionarios públicos que pueden estar en esta condición son fundamentalmente de tres o cuatro organizaciones: de Carabineros, cuyos integrantes son considerados empleados públicos para efectos de la ley, quienes podrían torturar a un delincuente para obtener información sobre un delito; de la Policía de Investigaciones, por la misma razón anterior; de Gendarmería y, por último - nuestra historia patria así lo muestra-, habría que considerar a los integrantes de las Fuerzas Armadas. Recordemos que, en el pasado, agentes del Estado que eran militares aplicaron la tortura. He preguntado a algunos abogados presentes en la Sala si la expresión “empleado público” también se refiere a miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas de Orden y de Seguridad, así como de Gendarmería, que son quienes, para el sentido común, tienen más probabilidades de ejercer la tortura tal como está planteado en la iniciativa. Me parece importante que la ley chilena recoja esta realidad, porque lo que busca un proyecto de ley de estas características es disminuir las posibilidades de ocurrencia de este hecho. Si integrantes de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de*

---

<sup>63</sup> Silva Medina, Rodrigo; Op. Cit.; pág. 80. El mismo autor realiza un análisis pormenorizado de los diversos casos de aplicación en el derecho español

*Gendarmería o de las Fuerzas Armadas desarrollan este tipo de actos, no los impiden o no los informan, cometerán un delito que estará penado por la ley y que finalmente los puede llevar a la cárcel. Reitero: el objetivo del proyecto es disminuir la posibilidad de que se produzca este delito ... Mi planteamiento persigue aclarar, para la historia fidedigna del establecimiento de la ley, que la figura del empleado público también se refiere a estas personas y no a los funcionarios de la Contraloría General de la República, de las superintendencias, de la autoridad sanitaria o de otras reparticiones que utilizan la fiscalización para poder controlar algunas actividades en la sociedad<sup>64</sup>”.*

En el mismo sentido, a propósito de la discusión acerca del alcance de la expresión “abusando de sus funciones” se señaló que el Senador Araya “consultó cuál era la razón para utilizar la expresión “abusando de sus funciones” al aludirse al empleado público, agregando que al usarse el verbo “abusar” se estaría imponiendo una condición adicional al tipo penal. La señora Ministra de Justicia y Derechos Humanos explicó que dicha forma verbal viene a resaltar que el empleado público está cometiendo el delito cuando se encuentra en el ejercicio de sus funciones. El señor Castillo complementó lo anterior señalando que el tipo penal que se plantea incorpora un elemento subjetivo especial, que es el causar intencionalmente dolor o sufrimiento. Precisó que dicha intencionalidad justamente dice relación con el ejercicio abusivo del cargo por parte del empleado público. El Honorable Senador señor Harboe opinó que la referencia al ejercicio abusivo del cargo resulta de toda lógica porque en ningún caso el ejercicio legítimo del mismo permite aplicar tortura. Por tal razón, agregó, se entiende que un funcionario público comete dicho delito abusando de sus funciones<sup>65</sup>”.

En definitiva, a nivel doctrinario se ha sostenido que sólo aquellos funcionarios públicos que participan en las acciones de investigación y persecución penal, custodia de detenidos, uso de la fuerza armada o aplican sanciones administrativo – disciplinarias estarían en condiciones de ser sujetos activos de un delito de tortura. El resto de los funcionarios públicos no podría serlo. Más aún, en

---

<sup>64</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 31.

<sup>65</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 176.

España se ha discutido, incluso si la consideración a procedimientos administrativos también debe excluirse de la posibilidad de ser sujeto activo del delito de tortura. *“Un sector de la doctrina considera como sujetos activos del delito de tortura únicamente a los funcionarios públicos que participan en la investigación penal judicial y policial, así como a los que participan en la custodia de detenidos, omitiendo cualquier consideración acerca de los procedimientos administrativo-sancionadores. El ius puniendi estatal no solo se manifiesta a través de los órganos jurisdiccionales, sino que además lo hace mediante las Administraciones públicas cuando ejercen funciones públicas de enjuiciamiento y represión mediante la imposición de sanciones. Se considera al respecto que nada obsta a que los funcionarios públicos competentes en la sustanciación de un procedimiento administrativo y en la imposición de una infracción administrativa o disciplinaria pueda ser autor del delito de tortura. Rodríguez Mesa señala al respecto que, a diferencia del Código penal anterior, el Código penal vigente no exige que la conducta típica se lleve a cabo en el marco de un interrogatorio policial o una investigación judicial, por lo que cabe en el tipo actual cualquier actividad del ejercicio de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Las infracciones administrativas conllevan para las personas una sanción y ésta es la finalización de un procedimiento de investigación que implica la indagación de hechos y el establecimiento de responsabilidades; lo mismo ocurre cuando un funcionario público es sometido al régimen disciplinario para asegurar el buen funcionamiento de la organización administrativa. Todas estas características encajan sin problemas en la conducta típica del delito bajo estudio<sup>66</sup>”*

En Chile, más allá de ser mencionado, este tema no se discutió durante la tramitación legislativa, probablemente porque la cuestión que acaparó la discusión fue sobre si el particular podía ser sujeto activo del delito. En nuestra opinión queda abierta la opción de sostener ante los tribunales la interpretación restringida del empleado público como sujeto activo del delito.

ii) *Participación del particular:*

---

<sup>66</sup> Silva Medina, Rodrigo; Op. Cit.; pág. 81.

Sostenemos que el delito de tortura establecido en el artículo 150 A del Código Penal es un delito de infracción de un deber. *“Como ya se ha expresado, los delitos de infracción de un deber son aquellos en los que la lesión del bien jurídico se produce mediante el quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal (civil, administrativo, procesal, pero también profesional o de cualquier otra índole). En todo caso, lo decisivo es que se trata de un deber diferente de aquel que encuentra su origen en la propia norma punitiva -"no matar", "no robar", "no violar", "no abusar sexualmente", etc. -y que su infracción es fundante del injusto del hecho respectivo el cual, por consiguiente, de no mediar tal quebrantamiento sería jurídicopenalmente irrelevante. 1.- Al grupo de los delitos de infracción de un deber pertenecen pues, en mi opinión, los delitos cualificados propios como, por ejemplo, la prevaricación, de los artículos 223 y sigts. del C.P, la prevaricación del abogado, de los arts. 231 y 232, las negociaciones incompatibles, del artículo 240, las exacciones ilegales del artículo 241, la infidelidad en la custodia de documentos de los artículos 242 a 244, etc. En todos estos casos el deber cuyo quebrantamiento fundamenta el injusto del hecho incumbe sólo a quienes ostentan una determinada cualidad personal (empleado público, abogado, miembro de los tribunales de justicia, árbitro, etc.). Pero, además, también son delitos de esta clase otros en los que el deber extrapenal deriva de una especial posición jurídica del sujeto originada no en circunstancias personales, sino de relación con la institucionalidad vigente. Ejemplos de esta clase lo constituye el delito de falso testimonio, de los artículos 206 a 209 del C.P. y el perjurio del artículo 210 de ese mismo texto legal, la no presentación del menor por el encargado de su persona del art. 355, así como todos los delitos de omisión, tanto propios como impropios. (...) 2.- En los delitos de infracción de un deber, sólo puede ser autor el intraneus, esto es, aquel a quien incumbe el deber mediante cuyo quebrantamiento se da origen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico respectivo; y ello prescindiendo de si cuenta o no con el dominio del hecho. A su vez -y por lo mismo- el extraneus será siempre sólo un partícipe, aunque en el caso concreto tenga en sus manos el señorío de la acción. Así, por ejemplo, cuando un empleado público, encontrándose en otro país, convence a un sujeto extraneus que permanece en Chile de que destruya*

*documentos que le estaban confiados por razón de su cargo y que conserva en nuestro país, el ejecutor es sólo cómplice del delito a que se refiere el art. 242 del C.P., a pesar de que es él quien cuenta con el poder de decidir sobre la realización del hecho, del que, en cambio, el intraneus está privado, no obstante lo cual es el autor. Ello deriva de que en nuestro ejemplo -como en todos los supuestos de delitos de infracción de un deber- para ser autor hay que estar en condiciones de quebrantar el deber extrapenal de custodia de los documentos el que, en este caso, sólo compete al funcionario, de suerte que el extraneus, por no estar sujeto a la obligación de custodia y no poder, en consecuencia, infringirla, se encontrará siempre reducido a la condición de partícipe aunque disponga del señorío del hecho. La solución expuesta es tan evidente, que se impone al legislador el cual, cuando desea que el extraneus sea considerado como si fuera autor, se ve obligado a disponerlo expresamente, de manera excepcional<sup>67</sup>".*

Creemos que esto es, precisamente lo ocurrido con ocasión de la tramitación de la ley N° 20.968, es decir, que en el delito de tortura el extraneus será partícipe, y se le considerará autor solo cuando la ley lo señale expresamente. En efecto, tras la discusión parlamentaria se estableció en el inciso 2° del artículo 150 A una sanción para la conducta del particular y bajo determinadas hipótesis. Dado que se trata de un delito de infracción de un deber y que la inclusión del extraneus a título de autor es – como dice Cury – excepcional, entonces, la interpretación del alcance del sujeto activo particular en este delito siempre deberá realizarse de manera restrictiva.

- Particular que ejerce una función pública

En primer lugar, se sanciona al particular que comete tortura en el ejercicio de funciones públicas. Si bien, de la discusión legislativa, se desprende que esta opción se enfocó principalmente en los casos en que ciertas funciones públicas se han externalizado, por ejemplo, vía concesión o en la custodia de niños por parte

---

<sup>67</sup> Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General; Ediciones Universidad Católica de Chile; Novena Edición; pág. 616.

de particulares que son empleados de instituciones colaboradoras del SENAME, la fórmula no deja de provocar problemas.

La Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional señaló, sobre el particular, que *“este modo de construir la participación es ligeramente distinto y más restrictivo que lo establecido en la Comisión Contra la Tortura (CCT). En esta, también se exige que la participación del particular esté mediada por la instigación, consentimiento o aquiescencia del sujeto activo, pero, como se ha destacado arriba, se considera como tal no solo al funcionario público, sino que también a quien esté actuando “en el ejercicio de funciones públicas”. Se trata de una diferencia sutil, pero que puede tener relevancia práctica, en la medida en que la transferencia de funciones públicas a entes privados puede poner a particulares en posiciones de ejercicio de función pública sin ostentar tal calidad. Conforme a la CCT, si dicho agente incurriere en prácticas clasificables como torturas, debería ser castigado conforme a dicho tipo penal, mientras que, conforme a la indicación del Ejecutivo, podría no serlo, si no hubiese actuado instigado por funcionario público, o mediado por su consentimiento o aquiescencia. Cabe tener presente que el CAT ha considerado insuficiente el tipo penal español, precisamente por no contemplar la figura de “otra persona en el ejercicio de funciones públicas” (CAT, 2009)<sup>68</sup>”.*

La doctrina indica que *“para estudiar mejor lo que se entiende por participar en el ejercicio de funciones públicas, preliminarmente resulta necesario aclarar el significado de función pública en el sentido penal y analizar qué es participar en ella. En relación con el concepto de función pública, la doctrina suele destacar la existencia de tres y hasta cuatro criterios o posiciones al respecto: la tesis formal-objetiva sostiene que las funciones públicas son aquellas actividades que se someten al Derecho público, en oposición a aquellas actividades que se someten al Derecho privado; la tesis subjetiva es el criterio según el cual la función pública es*

---

<sup>68</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 106. Se agrega a pie de página *“Podría ser el caso, por ejemplo, de los organismos acreditados que colaboran con el SENAME en distintas líneas de acción, las cuales incluyen Centros Residenciales que acogen a niños, niñas y adolescentes sujetos a medidas de protección en razón de la vulneración de sus derechos (cfr. Ley N° 20.032)”.*

*la actividad reservada por el Estado a sus órganos o a particulares mediante una concesión o autorización expresa del Estado; la tesis material-finalista señala que las funciones públicas son las que persiguen el interés público, colectivo, social o general; y una cuarta tesis mixta-restrictiva o ecléctica de quienes sostienen que la función pública es aquella actividad orientada a fines públicos o generales, sometida al Derecho público y que se lleva a cabo por entes públicos...En conclusión, la función pública, en el sentido penal, es la actividad que, regida por el Derecho público o privado, tiene por finalidad la prestación de servicios orientados a satisfacer un interés general y que es realizada tanto por entidades públicas como privadas mediante un contrato con la Administración<sup>69</sup>”.*

*La expresión “función pública” no es equivalente a funcionario. Por eso, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado que este principio es aplicable a un síndico de quiebras. Este es nombrado por la autoridad, pero es un particular que ejerce una función pública. “Todas las funciones públicas, independientemente de que las realice un funcionario público o un particular encomendado por el Estado para ese propósito, están vinculadas a un cumplimiento estricto del principio de probidad en todas sus actuaciones” (STC rol 1413/2010).<sup>70</sup>*

Por su parte, la doctrina administrativa distingue entre el funcionario de derecho y el funcionario de hecho. Sobre el funcionario de derecho se ha indicado que *“es aquel que tiene título legal y está investido con la insignia del poder y la autoridad del cargo. Es decir, es aquel que goza de investidura regular (art. 7º) porque su designación o elección cumplió con todos los requisitos legales. Jeze exige al funcionario de derecho o legítimo cuatro elementos. a. Existencia de una función pública, es decir, de un cargo. b. Estar en posesión de la función. c. Ejercicio de la competencia. d. Título de investidura regular. La importancia de tener la calidad de funcionario de derecho radica en que los actos que realice están revestidos de una presunción de legalidad; y tiene derecho a los beneficios que*

---

<sup>69</sup> Silva Medina, Rodrigo; Op. Cit.; pág. 74.

<sup>70</sup> Carmona, Carlos. “La organización administrativa”, Apuntes de clases derecho administrativo, Universidad de Chile, 2013; pág. 243.

*reporta el cargo<sup>71</sup>". Respecto al funcionario de hecho existen diversas teorías pero se puede indicar, al menos, lo siguiente: "El funcionario de hecho. La teoría del funcionario de hecho resuelve el conflicto entre legalidad y buena fe, a favor de esta última, dando validez a actos de una persona que no cuenta con una investidura regular previa. De paso, demuestra que no todo acto que tenga un vicio, es nulo. En algunos casos, el derecho prefiere conservar el acto, por razones de protección de terceros, por la envergadura del vicio o por razones de proporcionalidad, a pesar que haya una irregularidad<sup>72</sup>".*

De lo expuesto, merece relevarse la circunstancia de que para entender que un particular se encuentra ejerciendo una función pública, es necesaria la existencia previa de un contrato con la Administración. No parece necesario que sea la persona natural que ejerce la función pública la que suscriba el contrato con la Administración, ya que bastará que su relación con el particular que suscribe el contrato con la Administración se encuentre regulada, por ejemplo, a través de un contrato de trabajo. Bajo este razonamiento, parece que un caso claro en que un particular que ejerce una función pública se encuentra en "riesgo" de cometer tortura es el caso de los funcionarios de organismos colaboradores del SENAME encargados del cuidado y custodia de los niños y adolescentes que se encuentra residiendo en el respectivo establecimiento. Aquí hay un contrato de la Administración con el particular (organismo colaborador) mediante el cual se le encomienda el ejercicio de una función pública, como es la custodia y/o cuidado de un niño por disposición de un tribunal de familia. Y existe un vínculo reglamentado (normalmente un contrato de trabajo) entre el empleado (persona natural) y el organismo colaborador que determina sus funciones.

¿Qué pasa con el caso del particular que actúa ejerciendo una función pública, no ya de manera permanente, sino que ocasional, aunque autorizado o facultado por la ley? Piénsese en el particular que practica una detención en caso

---

<sup>71</sup> Carmona, Carlos. "La organización administrativa", Apuntes de clases derecho administrativo, Universidad de Chile, 2013; pág. 38-39

<sup>72</sup> Carmona, Carlos. "La organización administrativa", Apuntes de clases derecho administrativo, Universidad de Chile, 2013. Pág. 39

de flagrancia. Recordemos que esta posibilidad es legal en casos de flagrancia y que, en este caso, la obligación del civil es entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, fiscalía o tribunal más próximo (art. 129 inc. 1 ° C.P.P.)

Hemos visto casos impactantes, en registros audiovisuales, como el de aquel adolescente que fue detenido por transeúntes por haber – supuestamente – cometido un robo por sorpresa en el centro de Santiago y que, no sólo fue golpeado por varias personas, sino que fue desnudado y amarrado con cinta adhesiva, semidesnudo, a un poste, mientras se esperaba el arribo de carabineros al lugar. Aquí se trata de un particular que no ha sido instigado por un empleado público, ni actúa con el consentimiento o aquiescencia de un empleado público. Más aún, en estos casos, normalmente el arribo del empleado público (policía) es lo que pone fin al castigo.

Ese particular ¿comete tortura por haber actuado en el ejercicio de una función pública?

La respuesta es compleja. La cuestión central es si se puede entender que este particular que practica una detención en flagrancia está “ejerciendo una función pública”. Nótese que si fuese un carabinero quien detiene en flagrancia, llama refuerzos para el traslado del detenido al recinto policial, y mientras espera, le desnuda, le amarra a un poste, le insulta y le golpea, no habría duda de que comete tortura. Aquí es el mismo caso, pero cometido por un particular.

En principio, la amplitud del concepto de función pública en nuestra jurisprudencia milita en favor de considerar el ejemplo propuesto como tortura del particular. La Corte Suprema, en concordancia con la Convención Interamericana contra la Corrupción ha señalado que entiende por función pública “*toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos*”<sup>73</sup>. En efecto, bajo este concepto una actividad *temporal* y

---

<sup>73</sup> Sentencia Corte Suprema Rol 4205-2009; considerando 7°; en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc6000001612d921d3d67d22155&docguid=i93ED3CA97D66463BA5260A58CEA3E41E&hitguid=i93ED3CA97D66463BA5260A58CEA3E41E&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878>

*honoraria* (no remunerada) realizada al servicio del Estado es función pública, y la actividad del particular que detuvo en flagrancia es temporal, honoraria y al servicio de la persecución penal exclusiva del Estado.

Sin embargo, no debe olvidarse que si la tortura es un delito de infracción de un deber y para sancionar al particular ha debido legislarse especialmente sobre el punto, su interpretación debe ser restrictiva. En consecuencia, el concepto de función pública debe ser restringido y, en tal sentido, un evento ocasional, transitorio, efímero, como es la detención en flagrancia de una persona por un particular, no puede considerarse efectuado en el ejercicio de una función pública. Agréguese que para Silva Medina la función pública puede ser “*realizada tanto por entidades públicas como privadas mediante un contrato con la Administración*<sup>74</sup>” y es evidente que en el caso de la detención en flagrancia de un particular no existe ningún contrato con la Administración, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en los Hogares residenciales del SENAME. Por último, la circunstancia de que el ejemplo propuesto no pueda calificarse como tortura del particular, no significa que el hecho quede sin sanción, ya que es tipificable bajo el rubro de lesiones.

- Particular que comete tortura instigado por un empleado público.

No parece existir gran dificultad con esta forma de participación del extraneus. Es el caso, por ejemplo, de la víctima del robo de una pintura única que le pide al funcionario policial que obtenga del ladrón, ya detenido, la información acerca de dónde se encuentra la pintura que aún no se ha recuperado, y el policía le responde que lo haga él, que le saque la información, y le entrega un arma de descarga eléctrica para defensa personal y lo deja solo en la celda del detenido, que se encuentra inmovilizado.

- Particular que comete tortura con el consentimiento o la aquiescencia de un empleado público.

---

[681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=12&crumb-action=append&](https://www.senae.cl/681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=12&crumb-action=append&)

<sup>74</sup> Silva Medina, Rodrigo; Op. Cit.; pág. 74.

Tampoco parece haber dificultad en esta forma de participación del extraneus. En el mismo ejemplo anterior, ahora es el dueño de la pintura quien le exhibe el arma de descarga eléctrica al funcionario público, y le pide que lo deje solo en la celda con el detenido inmovilizado, a lo cual el policía accede.

Nótese que en estos casos es el particular quien comete *de propia mano* los actos constitutivos de tortura. No es el caso de la mujer que le solicita a su amante policía que torture a su ex pareja, que la abandonó, quien se encuentra detenido. Volveremos sobre este particular más adelante.

*La conducta del particular:*

La tipificación de la conducta del particular que hace el inciso segundo del artículo 150 A del Código penal dice que *“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”*.

En consecuencia, la conducta sancionada para el particular es “ejecutar los actos del artículo 150 – A del Código Penal”, es decir, “ejecutar actos de tortura”

Como acotan acertadamente Matus y Ramírez, al analizar las diversas formas de la conducta del delito de tortura, el particular no podría *“ordenar un acto de tortura”, “consentir un acto de tortura”* ni *“omitir impedir o cesar la aplicación de torturas”*, que sólo pueden ser cometidos por empleado público<sup>75</sup>. Consecuencialmente, la única forma en que el particular puede cometer un acto de tortura es cuando *“aplica o ejecuta un acto de tortura”*.

La discusión se centra en si, para que el particular pueda cometer tortura, es indispensable que exista, además, participación del empleado público. La discusión legislativa sobre el punto parece haber aclarado este punto.

La Asesoría Técnica Parlamentaria de la Biblioteca del Congreso Nacional sostuvo que *“el segundo inciso del artículo 150 A propuesto por el Ejecutivo resuelve el problema de la ejecución del delito mediante un extraneus, esto es, aquel que no*

---

<sup>75</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 193 y 194

*tiene la calidad exigida por el tipo, haciendo igualmente punible la acción del sujeto que no tiene la calidad requerida por el tipo cuando la realiza instigado por un empleado público, o con su consentimiento o aquiescencia. O sea, no solo es responsable de torturas el empleado público que pudiendo evitarlas no lo hace, sino también el particular que siguiendo sus instrucciones, ejecuta la conducta. Explicó que de esta manera, la norma cierra el circuito de la autoría mediata, castigando tanto al intraneus como al extraneus. Dijo que se resuelve así la paradoja que implicaría el castigo por torturas del autor calificado indirecto, frente a un autor directo que no respondería por torturas, sino que por el tipo residual que se verifique (por ejemplo, lesiones), e incluso, una eventual situación de impunidad, cuando no se realicen los supuestos de dicho tipo residual (vg., si no hubiere lesiones)<sup>76</sup>”.*

*El Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “concordó con lo planteado por el abogado asesor de la Biblioteca del Congreso Nacional, en el sentido de que la preocupación en el derecho comparado y en los tratados internacionales apunta a dos formas de participación de extraneus; por una parte, al que ejerce funciones públicas aun cuando no es funcionario público y por otra, al particular que lo hace con aquiescencia o consentimiento del empleado público. Indicó que la jurisprudencia ha dicho que la interpretación del concepto de empleado público no debe ser mirada desde una perspectiva netamente administrativista, esto es la adscripción a un cargo de empleado público, sino que basta el ejercicio de una función pública. Subrayó que un caso emblemático lo constituye el de Juan Pablo Dávila en el caso Codelco<sup>77</sup>”.*

*El Senador Araya agregó que “esa es la diferencia fundamental, pues en el caso de la tortura lo que se cautela son dos bienes jurídicos, y los particulares obviamente no tienen la obligación de llevar adelante la correcta administración de justicia. Los particulares solo podrán ser sujeto activo en el delito de tortura si la cometieran con la aquiescencia o con la concurrencia de un funcionario público. Es decir, si el funcionario público le pidiera a ese sujeto que realizara el acto de tortura. En ese caso, por un tema de comunicabilidad de vínculo, se establece que el*

---

<sup>76</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 106.

<sup>77</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 183.

*particular puede ser sancionado. En los otros no, porque - vuelvo a insistir- los particulares no pueden tutelar el bien jurídico de la correcta administración de justicia<sup>78</sup>”.*

El Senador Larraín “coincidió en que el delito contemplado en el artículo 150 B, según su origen e interpretación, no es entendido como uno que pueda ser cometido por los particulares, sino que supone la participación de un empleado público<sup>79</sup>”.

En consecuencia, parece indispensable que, para que un privado pueda ser sancionado por el delito de tortura, debe existir participación de un empleado público.

- Casos no cubiertos por la tipificación de la conducta del particular

Está fuera de discusión que el particular sólo puede cometer tortura cuando ejerce una función pública o cuenta con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público. Por ello no parece haber problema en considerar como autor de tortura al dueño, víctima del robo de una pintura única que le pide al funcionario policial que obtenga del ladrón, ya detenido, la información acerca de dónde se encuentra la pintura que aún no se ha recuperado, y el policía le responde que lo haga él, que le saque la información, y le entrega un arma de descarga eléctrica para defensa personal y lo deja solo en la celda del detenido, que se encuentra inmovilizado. Y el particular ejecuta actos de tortura.

Sin embargo, no es clara la ley cuando se trata de la instigación del particular hacia el empleado público. Es el caso de la mujer que le solicita a su amante policía que torture a su ex pareja, que la abandonó, quien se encuentra detenido, y el policía accede y ejecuta la tortura. El policía responderá a título de autor de tortura.

¿Y la mujer?

---

<sup>78</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 238.

<sup>79</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 192.

Ella no ejecuta por sí misma el acto de tortura ni ejerce una función pública. Es instigadora, en términos del artículo 15 N° 2 del Código Penal. ¿Responde a tal título o como instigadora del delito de lesiones?

El problema de fondo es el de la comunicabilidad del vínculo, en este caso, del carácter de funcionario público desde un partícipe que, naturalmente, detenta tal calidad, a otro partícipe que, naturalmente no la detenta.

El tema de la comunicabilidad se puede resumir en los siguientes términos: ¿se extienden a los coautores y/o a los partícipes las calidades personales y los elementos subjetivos del tipo - que ellos no cumplan -, que estén comprendidos en la descripción del delito y que sólo se den en alguno de los autores o coautores?

Respecto de la comunicabilidad del vínculo la doctrina se encuentra dividida y con respecto a la específica comunicabilidad del vínculo del funcionario público, no conocemos casos de jurisprudencia que se refieran al caso específico de tortura. Sin embargo, el tema se ha discutido en variados fallos a propósito de figuras como la malversación de caudales públicos y los fraudes al fisco. A continuación exponemos las principales alternativas que existen al respecto

### iii) Comunicabilidad del vínculo

El punto de partida de cualquier análisis es la norma del artículo 64 del Código Penal que dispone que *“las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causal personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”*.

Para quienes sostienen la comunicabilidad del vínculo, la aplicación de esta disposición está restringida sólo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad general, y no alcanza a elementos del tipo penal. *“Esto no sólo es así porque textualmente lo dispone el artículo 64, sino porque, además, en el artículo 63 se lee literalmente que dejan de ser circunstancias modificatorias aquellas que por sí solas constituyen un delito o han sido comprendidas al*

*describirlo, como también las que sean tan inherentes al mismo, que sin su concurso no hubiera podido cometerse<sup>80</sup>”.*

*Garrido postula esta tesis. Señala que “respecto de los elementos subjetivos y circunstancias personales comprendidas por el tipo penal en su descripción particular, no es aplicable la norma contenida en el art. 64; aquí se aplican los principios estudiados en relación al tipo penal, en particular su fase subjetiva en cuanto cada cual responde de su propio "injusto", que es personal, lo que permite la división del hecho único para imputarlo a los autores y partícipes a títulos diversos. Esto no es posible en la coautoría: la imputación es única al conjunto, como un todo, con sus circunstancias y modalidades típicas, porque el hecho es común. El cómplice y el instigador, de consiguiente, responderán del tipo penal en que hayan intervenido tanto objetiva como subjetivamente; el instigador por el hecho que instigó, y el cómplice por aquél en que colaboró, considerando su subjetividad, o sea el dolo de su particular acción de inducción o de colaboración. Si su actividad se dirigió a cooperar en un parricidio, será cómplice de parricidio: si sólo lo fue de homicidio -por ignorar el vínculo de parentesco-, será cómplice de un homicidio. No son equivalentes las conductas del extraño que ayuda a un hijo a matar a su padre y del que presta igual colaboración para matar a un tercero: en la primera conducta hay un mayor desvalor, criterio que vale para la generalidad de las figuras calificadas y especiales<sup>81</sup>”.*

Novoa también afirma que los elementos del tipo se comunican a los demás partícipes, fundándose en el principio de la indivisibilidad del título de la imputación.

Existe jurisprudencia que se inclina por esta postura. Así, la Corte Suprema ha dicho que la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Penal, se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable.

---

<sup>80</sup> Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General; Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007; pág. 432

<sup>81</sup> Garrido Montt, Mario; Derecho Penal, Parte General; Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; 2007; pág. 432

“Que el tema en cuestión se encuentra directamente vinculado con los principios que reglan la participación criminal, por medio de los cuales se busca determinar el título de imputación de los partícipes (inductores, cómplices y encubridores) en el delito del autor. En general, la doctrina reconoce la importancia de cuatro, denominados como accesoriedad, exterioridad, convergencia; y el que aquí interesa, el de la comunicabilidad, referido a aquellos tipos penales que requieren la intervención de un sujeto activo especial, como ocurre en el fraude al Fisco, respecto de la calidad de funcionario público de su autor...Pues bien, en doctrina no hay consenso acerca del papel que las circunstancias personales o subjetivas deben jugar en el ámbito de la comunicabilidad. Así, NOVOA (Eduardo Novoa M., Curso de Derecho Penal, T.II, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Stgo., 1996, págs. 239 y siguientes), SCHEPELER (Enrique Schepeler, Comunicabilidad y parricidio, en Revista de Ciencias Penales, T. 13, 1953, págs. 49 y ss.) y, si bien con matices, GARRIDO, quien sostiene la comunicabilidad de las circunstancias personales, a partir del dolo del coautor, pero sólo respecto de las atenuantes y agravantes no incluidas en la descripción típica y conocidas por éste (Mario Garrido Montt, Derecho Penal, EJCH., Stgo., T. II, pág. 332), abogan por la comunicabilidad de las calidades personales integrantes del tipo, basándose en que un mismo hecho no puede ser jurídicamente calificado en forma distinta respecto de las diversas personas que intervienen en su ejecución. A contrario, defienden la tesis de incomunicabilidad de las circunstancias personales, en los delitos especiales impropios, ETCHEBERRY (Alfredo Etcheberry O., Derecho Penal, Parte General, T. II, 1.997, EJCH., Stgo., págs. 83 a 85) y CURY, quien abandona más tarde esta posición, como luego se verá (Enrique Cury U., Derecho Penal, Parte General, EJCH., T. II, Stgo., págs. 232 a 233).

Que, a criterio de esta Corte Suprema, **la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable.** Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencias Rol N° 5.419 03 de fecha

dieciséis de octubre de dos mil seis y la de fecha treinta de julio de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en la R.D.J. L XVI, 4 170. **Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquella integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella.** Tal es, precisamente, la hipótesis de la especie, por existir suficiente evidencia, en el proceso, del conocimiento que H. L, tenía de la relación estatutaria que vinculaba a sus co autores con la Administración del Estado, presupuesto de comunicabilidad que debe, por ende, considerarse concurrente<sup>82</sup>”.

Conforme a esta postura, la mujer que, en nuestro ejemplo ha solicitado a su amante – policía que torture a su ex pareja, actualmente detenido, y en que el amante aplica tortura, respondería como co – autora del mismo delito de tortura.

Incomunicabilidad (limitada) del vínculo

El paso inicial de esta postura es sostener que la aplicación de la regla del artículo 64 del Código Penal es amplia. Así, Etcheberry sostiene que “*su texto no indica que se excluyan de ella los casos señalados en el artículo precedente. La regla del Art. 63 es diferente, y está dada con otros fines; sólo para reglamentar los efectos agravatorios de las circunstancias en cuestión, pero intrínsecamente siguen siendo agravantes, aunque sean en sí delictivas o se hayan incorporado a la descripción de la figura o resulten inherentes al delito. El Art. 64 reglamenta la comunicabilidad de las circunstancias modificatorias, tanto atenuantes como agravantes, tanto de las que se presentan separadamente como de las que se han incorporado a la figura, como de las inherentes al delito*<sup>83</sup>”. Agrega Etcheberry que

---

<sup>82</sup> Corte Suprema; Rol 2.321-2007, en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000162fda9ffc09226b76a&docguid=i0ADFABE1B145B82781B29CDEF286DE87&hitguid=i0ADFABE1B145B82781B29CDEF286DE87&tocguid=&spos=5&epos=5&td=15&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&>

<sup>83</sup> Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal; Parte General; Tomo II; Editorial Jurídica de Chile; Tercera Edición; Santiago, 1997; pág. 83

hay que “distinguir cuidadosamente los casos en que un hecho, que intrínsecamente es circunstancia agravante o atenuante, no desempeña tal papel dentro de una figura delictiva, sino que integra el **tipo** mismo, el rector de la figura; la sustancia y no los accidentes del delito... Para ello, el método más simple consiste en suprimir mentalmente la circunstancia que se analiza: si la descripción legal, separada hipotéticamente de tal circunstancia, sigue constituyendo un delito (aunque sea a otro título), quiere decir que se trata sólo de una agravante que se ha incorporado a la figura (se rige por el Art. 64); si, prescindiendo de la circunstancia en cuestión, el hecho deja de ser delito o es imposible de concebir, quiere decir que no se trata de agravante, sino de la esencia misma del hecho delictivo, y en tal caso afecta como un todo a los partícipes. Así, el **parentesco** será circunstancia agravante en el parricidio (donde, eliminado, queda siempre homicidio, simple o calificado), y por lo tanto no se comunicará a los extraños, y en cambio será elemento del tipo mismo en el incesto (si se elimina hipotéticamente, desaparece el delito, a cualquier título), y allí se comunicará a los demás (un extraño no puede ser coautor ejecutor de un incesto, pero sí inductor o cómplice del mismo). La calidad de **empleado público** resulta circunstancia agravante en el delito de violación de correspondencia (Art. 156), pues suprimida hipotéticamente tal calidad, siempre queda el delito de violación de correspondencia por particulares (Art. 146), y en cambio es integrante del tipo en la prevaricación (Art. 223), consistente en dictar sentencia injusta, ya que eliminada la calidad de juez, la acción no sólo deja de ser delito, sino que es inimaginable, imposible (lo que dicte un particular nunca será jurídicamente una sentencia, justa ni injusta). Luego, un particular nunca puede ser coautor material de prevaricación, pero sí puede ser inductor, cómplice o encubridor del juez, y en tal caso lo será de prevaricación, y no de otra cosa... Las circunstancias que integran la esencia del tipo delictivo se comunican a los copartícipes (que jamás podrán ser coautores ejecutores). Para determinar si se trata de una circunstancia de esta especie, es preciso eliminarla mentalmente y verificar si el hecho, sin ella, sigue siendo delictivo o no. En este último caso, se trata de una circunstancia que integra el tipo y se comunica”.

En materia de jurisprudencia, con ocasión de un proceso de extradición, la

Corte Suprema cita específicamente a Etcheberry al señalar que “de los antecedentes acompañados se reconocen dos hechos relevantes: que el imputado I. no es ni nunca ha sido funcionario o servidor público y que es hijo de la persona a quien se le atribuye la autoría del mismo delito. En la resolución se le otorga al requerido el carácter de extraneus para los fines de la comunicabilidad del elemento del tipo de ser el agente un funcionario público por haber participado en la ejecución del hecho como cómplice. Tanto en el artículo 401 del Código Penal Peruano, como en el artículo 241 bis del Código Penal de Chile, se introduce como elemento del tipo el que el sujeto activo sea empleado público y la doctrina en nuestro país, aunque no es uniforme, siguiendo al profesor Etcheverry discrepa de la comunicabilidad que se pretende...**De este modo, como I. nunca revistió el carácter de funcionario público es evidente que no puede ser juzgado en ese país por el delito de enriquecimiento ilícito, ni aún en calidad de cómplice, que prevé la misma pena del autor, puesto que por aplicación del principio de reserva no es dable asimilar dicha situación a un particular aun cuando éste haya participado en los hechos investigados como cómplice**<sup>84</sup>”.

Por otra parte, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha sostenido que la calidad de funcionario público no es comunicable al particular. “Que los hechos antes referidos, respecto del sentenciado CASB, son constitutivos del delito de fraude al Estado, previsto y sancionado en el artículo 239 del Código Penal, cometido en el período en que se desempeñó como xxx de la Refinería de Petróleos de Con Con S.A., conforme lo previsto en el artículo 260 del mismo Código y no corresponden a la llamada estafa residual del artículo 468 del referido Código, como señaló la sentenciadora de primer grado, y respecto de EZV el delito de estafa contemplado en el artículo 471 N° 2, del Código referido...Luego, conforme se ha señalado, el patrimonio de R.P.C. era y es de propiedad del Estado de Chile..., Que conforme al artículo 260 del Código punitivo, se reputa empleado público todo el

---

<sup>84</sup> Corte Suprema; Rol 7.468-2008 en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9b00000162fde70f98bb909168&docguid=i52A0BDC3C66513447496AFBD4EB374E3&hitguid=i52A0BDC3C66513447496AFBD4EB374E3&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=129&crumb-action=append&>

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 sueldo del Estado. Es decir, no obstante que la empresa R.P.C. realiza actividades comerciales privadas, tiene autonomía en su administración y se rija por disposiciones del Código del Trabajo, le es aplicable la norma citada...Luego, concurriendo en la especie que se trata de una empresa del Estado y que los cargos de sus directivos se encuentran comprendidos en el citado artículo 260 del Código referido, ya que la función de gerente general es precisamente administrar la sociedad, supervigilar los negocios, debiéndose ajustarse en ello a la ley y reglamentos, debiendo velar por su patrimonio, que no es sino parte del Estado de Chile, en inconcuso que los citados directivos, conforme a la norma citada, sin ser empleados públicos, son reputados como tales. **Que, existiendo un encausado reputado empleado público y un particular, la calidad que inviste el primero, conforme el artículo 64 del Código Penal, sólo tendrá relevancia para quien concurre, esto es S., y esa calidad no puede traspasarse al otro partícipe, Z.<sup>85</sup>**.

Bajo los criterios propuestos por Etcheberry, cabe preguntarse, volviendo a nuestro ejemplo de la mujer que induce a su amante policía a torturar a su ex pareja, si, eliminando hipotéticamente la calidad de empleado público, la conducta de la mujer seguiría constituyendo delito. En este sentido, es conveniente recordar que, en la tramitación legislativa de la ley N° 20.968, la discusión se centró en si la tortura podía ser cometida sólo por empleados públicos o, también, por los particulares, predominando la tesis que reserva esta figura a los empleados públicos y a circunstancias muy acotadas (que hemos examinado) de particulares. Precisamente en el marco de esta discusión, uno de los argumentos para que prevaleciera la postura en favor de la exclusividad del funcionario público, fue que

---

<sup>85</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 3.235-2003 en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad82d9a00000162fde06964e869094c&docguid=i0ADFABE1B2E4374181B2EDD484F1E87D&hitguid=i0ADFABE1B2E4374181B2EDD484F1E87D&tocguid=&spos=1&epos=1&td=2&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=110&crumb-action=append&>

la conducta del particular se puede sancionar a otro título. Así lo sostuvo el abogado Luis Torres del INDH *“en cambio, si un particular comete tortura, lo que ocurre es un concurso en delitos comunes, ya sea lesión, mutilación u otro<sup>86</sup>”; el Senador Letelier “No es lo mismo que un policía, un gendarme, un funcionario de inteligencia golpee a una persona, le aplique electricidad, la viole -y que esto sea considerado un delito común y no un delito especial-, a que alguien golpee con un fierro a una persona o la viole. Se trata de un crimen horrible en ambos casos. Nadie está minimizando la gravedad de los hechos...No es lo mismo que un policía aplique electricidad en un recinto público, del Estado, en un calabozo, en una cárcel, en un centro de detención, a que ello lo haga una persona que secuestró a otra para obtener dinero en forma ilegal. Más allá del dolor causado, más allá de otras tipicidades de este tipo penal, lo esencial y determinante es el sujeto activo<sup>87</sup>”.* Incluso quienes sostuvieron la tesis de que la tortura debía tipificarse considerando su autoría por particulares, en sus intervenciones dieron a entender claramente, pero en un tono crítico, que la conducta no quedaba impune si se restringía el sujeto activo a los funcionarios públicos. Así, el entonces Senador Espina sostuvo que *“Voy a ponerme exactamente en el caso de Daniel Zamudio...Con el criterio que está aprobando la Comisión, cabe consignar que Daniel Zamudio no fue víctima de tortura. ¡Y lo quemaron, degradaron e hicieron objeto de las conductas más atroces, descritas en la definición de tortura y que la Convención permite ampliar!... Sus Señorías me dirán que quienes maltratan o golpean a alguien en razón de su condición sexual incurren en un delito común, no en tortura...¿Cómo me van a aseverar que un acto de barbarie en contra de una persona -y pongo otra vez el ejemplo de Daniel Zamudio - constituye un delito común! A ver, ¿qué sería? ¿Lesiones graves gravísimas? ¿Lesiones menos graves? ¿Homicidio frustrado? ¡Por favor! La descripción del tipo, para cualquier penalista que actúe con minuciosidad, conduce a concluir que es un acto de tortura<sup>88</sup>”.*

---

<sup>86</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 8.

<sup>87</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 233.

<sup>88</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 228.

En consecuencia, bajo los criterios de esta incomunicabilidad limitada del vínculo, la mujer de nuestro ejemplo sólo respondería como autor de un delito de lesiones o mutilaciones o, si no hubiera lesiones como consecuencia de la tortura, de injurias.

#### Comunicabilidad limitada

Esta tesis también parte de la base de que el artículo 64 del Código Penal es de aplicación amplia, esto es, se refiere tanto a las atenuantes y agravantes propiamente tales, como a las privilegiadas y calificantes, estos es, los elementos del tipo. Sin embargo, a continuación, distingue entre delitos calificados propios y delitos calificados impropios. Delitos calificados propios son aquellos en que el deber cuyo quebrantamiento fundamenta el injusto del hecho incumbe sólo a quienes ostentan una determinada cualidad personal (empleado público, abogado, miembro de los tribunales de justicia, árbitro, etc.), como por ejemplo, la prevaricación de los artículos 223 y siguientes del Código Penal. No existe prevaricación si el sujeto activo no es un juez. Cury estima este tipo de delitos pertenece al grupo de delitos de infracción de un deber. En cambio, delitos calificados impropios son aquellos en que las cualidades personales no determinan el injusto del hecho, aunque signifiquen un incremento o disminución del reproche penal. Si el que mata a otro es el hijo, será parricidio, pero quien le ayudó a cometer el hecho sosteniendo a la víctima mientras era acuchillado, que no era pariente, responderá por homicidio. No será impune.

El fundamento de la distinción radica en que *“en los delitos calificados impropios, la conducta de los partícipes extraneus es accesoria al hecho que funda básicamente el injusto, esto es, al correspondiente tipo no calificado por el cual, en consecuencia, se lo castigará; en cambio, en los calificados propios – y en todos los de infracción de un deber – el comportamiento de los extraneus es accesorio del único hecho fundante del injusto derivado del quebrantamiento del deber extrapenal, pero como, a causa de que no son los obligados, ellos no pueden*

vulnerar dicho deber, su posición será siempre sólo la de meros partícipes, nunca la de coautores<sup>89</sup>”.

Cury sostiene que “en los delitos de infracción de un deber, sólo puede ser autor el intraneus, esto es, aquel a quien incumbe el deber mediante cuyo quebrantamiento se da origen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico respectivo...el extraneus será siempre sólo un partícipe, aunque en el caso concreto tenga en sus manos el señorío de la acción<sup>90</sup>”.

La consecuencia de esta tesis es que en los delitos calificados impropios el coautor extraneus responde sólo como autor del delito base no calificado (parricidio – homicidio). En cambio, en los delitos calificados propios, y “delitos de infracción de un deber, los extraneus nunca podrá ser coautores y únicamente cabe castigarlos como partícipes<sup>91</sup>”.

Esta tesis, sostenida, principalmente por Cury<sup>92</sup>, ha encontrado buena recepción en la jurisprudencia. En efecto, la Corte Suprema, en votación dividida rechaza un recurso de nulidad, pero en una prevención del voto de mayoría se señala que “el artículo 239 del Código Penal sanciona al “empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare al Estado...” Sanciona por tanto a quien en razón de su función tiene control sobre procedimientos o decisiones de la organización estatal (intraneus) y los ejerce fraudulentamente originándole pérdida o privándole de un lucro legítimo. La disposición exige por tanto la participación de un “empleado público”, quien en rigor es el único que puede ser autor del delito en sentido estricto....**si bien quien carece de la calidad de empleado público (extraneus) no puede ser autor de la conducta descrita en el artículo 239 del Código Penal, nada impide que participe en ella, incluso de un modo que la ley pueda asimilar a la autoría. El extraneus no puede sin**

---

<sup>89</sup> Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General; Ediciones Universidad Católica de Chile; Novena Edición; pág. 647.

<sup>90</sup> Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General; Ediciones Universidad Católica de Chile; Novena Edición; pág. 617.

<sup>91</sup> Cury Urzúa, Enrique; Derecho Penal, Parte General; Ediciones Universidad Católica de Chile; Novena Edición; pág. 648.

<sup>92</sup> Originalmente Cury sostenía la tesis de la incomunicabilidad extrema, la que abandona en la novena edición de su Derecho Penal

**embargo "tomar parte en la ejecución del hecho" en el sentido del primer numeral del artículo 15, pues "el hecho" precisamente supone la calidad de empleado público.** La participación punible del extraneus queda por tanto limitada a las hipótesis de los numerales 2 y 3 del artículo 15 y de los artículos 16 y 17, todos del Código Penal". Como se ve, la prevención razona sobre la base de que el delito del artículo 239 del Código Penal es un delito especial propio (el extraneus no puede tomar parte en la ejecución del hecho) y, a partir de ese razonamiento, llega a la conclusión que debe ser sancionado como partícipe".

En el mismo fallo, el voto de minoría, que estuvo por acoger el recurso, sostiene que el delito del artículo 239 del Código Penal es un delito especial impropio, y razona a partir de esta consideración. "Que la disputa acerca de la comunicabilidad o incomunicabilidad trae a colación el distingo entre delitos especiales propios e impropios. Tratándose de los primeros, en que la calidad personal concurrente en el sujeto activo es fundante del injusto y la ausencia de ella determina la atipicidad de la conducta ilícita, se afirma la comunicabilidad. En cambio, los delitos especiales impropios tienen la característica de que la cualidad personal sólo produce el efecto de agravar el título de la imputación, manteniéndose la punibilidad del comportamiento aún en el evento de no concurrir el factor personal (no parricidio, pero homicidio; no malversación, pero hurto; no fraude al Fisco, pero estafa). Que la figura de fraude al Fisco es calificada como delito especial impropio, pues tiene su correlato en las diversas formas de defraudación que se sancionan entre los delitos contra la propiedad. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas generales, el tercero defraudador, que no quebranta un deber funcionario, comete el respectivo delito contra la propiedad (Rodríguez Ossandón, *Delitos contra la función pública*, Edit. Jdca., 2008, p. 417). Es dominante la tendencia dogmática y jurisprudencial que requiere en el delito del artículo 239 del Código Penal, los mismos elementos de la estafa prevista y sancionada en el título IX del estatuto punitivo...En las recientes decisiones de esta Sala Penal se coincide plenamente con aquellas precisiones doctrinarias, concluyendo que **en ausencia de la calidad funcionaria es aplicable a los extraneus la figura de estafa común cuyo sujeto activo es un particular no obligado por deberes para con la**

**Administración**... Que existen estudios que con gran profundidad han abordado el tema de la comunicabilidad o incomunicabilidad en los delitos de malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Francisco Grisolfía, Revista de Ciencias Penales, 3a época, Enero Junio 1975, N° 1, T.XXX), evidenciando **que el artículo 64 inciso 1° del Código Penal resuelve negativamente, el caso de los partícipes extraneus en los delitos de malversación y fraude al Fisco, en el sentido que el vínculo funcionario no se comunica al particular que co delinque con el empleado público, toda vez que la calidad funcionaria es una circunstancia de carácter personal, que, al tenor del artículo 64 del Código Penal, sólo puede afectar a aquel en quien concurre<sup>93</sup>**.

En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago opta por sancionar como cómplice a los co-autores extraneus de un delito de negociación incompatible, señalando que “por su parte el profesor Cury abandona el criterio por una incomunicabilidad extrema (Derecho Penal, Parte General edición 2005), puntualizando que para mantener esa posición era preciso interpretar el artículo 64 del Código Penal de una manera que distorsiona su sentido. Agrega que desde un punto de vista material, incomunicabilidad extrema provoca lagunas de punibilidad que actualmente no parecen atendibles... Termina este autor diciendo que para los tipos calificados impropios... las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican. En cambio la situación es diferente para los ilícitos calificados como propios que constituyen delitos de infracción de un deber... , básicamente ello significa que los extraneus intervinientes, si bien se verían sancionados por el mismo hecho punible en que incurre el intraneus tendría únicamente la calidad de partícipes y deberían ser castigados con la pena contemplada para esto. Que extrapolando estos principios dogmáticos desarrollados someramente en los motivos que anteceden al caso sub lite aparece de manifiesto que ... los representantes de la constructora E.G.T.P.

---

<sup>93</sup> Corte Suprema; Rol 17.014-2015 en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc60000016302573262b8d20131&docguid=i0AC5082CD135652F81D14BC4F2B58FA1&hitguid=i0AC5082CD135652F81D14BC4F2B58FA1&tocguid=&spos=1&epos=1&td=1&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=9&crumb-action=append&>

Ltda., G. y T., toman la iniciativa y comienzan conversaciones preliminares con el condenado S. W., persona que tenía la representación de la C.N.I., y con miembros del Consejo Económico asesor de ese organismo, a saber el comandante G. y el señor H., logrando que la compraventa se llevara a cabo, **constituyendo este accionar determinante en la concreción del tipo delictivo negociación incompatible, no en calidad de autores, sino que como cómplices, de acuerdo a todos los elementos de juicio explicitados en razonamientos anteriores**, por lo que la petición de absolución solicitada por sus defensas, fundamentada en la incomunicabilidad del tipo, debe ser desestimada<sup>94</sup>.

En consecuencia, bajo los criterios que sostiene Cury, la mujer de nuestro ejemplo, instigadora de la tortura que su actual pareja aplica a su ex pareja, debería responder a título de cómplice de dicho delito.

#### **d) Figuras agravadas**

Las figuras agravadas se verifican cuando "con ocasión de la tortura se cometiere además" alguno de los delitos que se señalan. A saber

- a) Homicidio, caso en el cual se aplica una pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.
- b) Violación propia (361 CP), violación impropia (362 CP), abuso sexual calificado por uso de objetos o animales (365 bis CP), castración (395 CP), mutilación, sea de miembro importante o menos importante (396 CP) o lesiones graves – gravísimas (397 N° 1 CP), caso en el cual se aplica la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.
- c) Cuasidelito contra las personas que tenga pena de crimen. En estricto rigor, se trata de que, con ocasión de la tortura, se cometa, además, un delito

---

<sup>94</sup> Corte de Apelaciones de Santiago; Rol 23.15-2001, en <https://westlawchile.cl/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc500000163026537b322e1fdb1&docguid=i0ADFABE1B11CBBC881B12F801FE496D9&hitguid=i0ADFABE1B11CBBC881B12F801FE496D9&tocguid=&spos=1&epos=1&td=2&ao=i0AC50834CD5E878681CD6243E1BED7B7&searchFrom=&savedSearch=false&context=55&crumb-action=append&>

culposo de parricidio, femicidio, homicidio simple o calificado, infanticidio, castración, mutilación de miembro importante o lesiones grave – gravísimas. Por la pena, quedarían excluidos los casos en que, con ocasión de la tortura, se cometiere además un delito culposo de mutilación de miembro menos importante, lesiones graves, menos graves o leves. Por la naturaleza de la exigencia legal (con ocasión de la tortura, cometer culposamente, además) la disposición no parece posible de aplicar a los homicidios o lesiones en riña, auxilio al suicidio, tráfico de migrantes y trata de personas, injurias o calumnias. La pena asignada en este caso es de presidio mayor en su grado medio.

Alcance de la expresión “con ocasión”.

Respecto de estas figuras agravadas, lo esencial es que el resultado se cometa “con ocasión” de la tortura. Esta expresión ha sido objeto de debate a propósito de figuras como el robo con homicidio o con violación.

Para Etcheberry, al analizar el delito de robo con homicidio, señala que el homicidio cometido “con ocasión” del robo implica que el agente lo ejecute como una forma de conseguir su impunidad o seguridad, es decir, que el sujeto mata no fin de robar, sino que mata al robar. Y agrega que lo anterior “supone, desde luego, la unidad de tiempo, circunstancias y lugar con el robo, pero además caracterizada por el hecho de que la forma y modo de comisión del robo permitan la ejecución de un homicidio que de no mediar aquellas circunstancias no habría sido posible ejecutar con la misma facilidad. Es decir, se aprovecha el debilitamiento de la defensa privada, la indefensión de la víctima, que ha resuelto de la violencia o intimidación propias del robo, para matar a aquélla. No exige (...) el designio anticipado de matar. Comprende todos los casos en que el homicidio es una consecuencia del robo, no un medio para cometerlo, y siempre que el homicidio haya estado cubierto al menos por el dolo eventual del autor”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Tercera edición, 1999. Pág. 342.

Sin embargo, la posición de Etcheberry puede presentar dificultades, por ejemplo, al tratarse de un delito de violación cometido “con ocasión” de una tortura. Si seguimos la tesis del autor, resulta un tanto difícil asumir que quien comete una violación con “ocasión” de un delito de tortura, la realice para lograr su impunidad o seguridad, de tal forma que se descartaría prácticamente en la totalidad de los casos la figura agravada de tortura prevista en el artículo 150 B N° 2.

En un sentido similar, Mario Garrido agrega que en el caso del homicidio cometido *con ocasión del robo*, la conducta homicida se realiza no para concretar un robo, sino mientras tiene lugar la apropiación o inmediatamente que esta se haya logrado, exigiéndose una relación de coetaneidad con el robo, donde el homicidio se muestra como una cuestión circunstancial al apoderamiento o como forma de asegurar la impunidad. La muerte debe contar con una conexión ideológica con el robo, y debe cometerse dolosamente, excluyéndose los resultados de muerte accidental o a título culposo<sup>96</sup>.

La doctrina comparada ha dicho lo siguiente *“La cuestión más fundamental que plantea la existencia de este elemento subjetivo del injusto - caracterizado como de «tendencia interna trascendente» - en el tipo de tortura es la de determinar si su presencia posibilita la comisión dolosa eventual o culposa de los delitos a que remite o bien exige el dolo directo. Ello es particularmente importante de dilucidar en relación a conductas que se hallan ya recogidas en su ámbito -v. gr., lesiones u homicidio- o que pudieran ser incorporadas al mismo -como el aborto violento del artículo 412 del Código penal-. Piénsese, por ejemplo, en ~los casos, lamentablemente no infrecuentes, en que el funcionario, excediéndose en sus métodos violentos de presión sobre el detenido para obtener del mismo una confusión o testimonio, le ocasiona la muerte o lesiones más graves de las queridas. Estos resultados más graves, en muchos casos podrán imputársele a título doloso eventual - por ser altamente probable su producción y haberse el autor, pese a todo, conformado con ellos -, pero en otros, deberán estimarse imprudentes, cuando aun siendo previsibles falte su representación o bien, el autor menosprecie el grado de*

---

<sup>96</sup> Garrido, 208, Tomo IV. Cuarta edición actualizada 2008

*peligro de su conducta precedente o sobrevalore su habilidad confiando en que dichos resultados no sobrevendrán*<sup>97</sup>.

Para Matus y Ramírez, “*la gravedad de las penas dispuestas para estos casos permite entender la expresión con ocasión que emplea el legislador como comprensiva de las multiplicidad de relaciones que entre los resultados mencionados y los actos de tortura se pueden producir. Así, sin duda cabe aquí considerar, en primer lugar, el eventual concurso material, entre torturas seguidas de los delitos que se señalan, como cuando tras obtener la información buscada se mata al torturado, intensificando las torturas o mediante otro medio (un único disparo letal mientras la víctima se encuentra todavía sujeta al aparato de torturas o en el lugar donde ellas se aplicaban, por ejemplo). En segundo término, también ha de considerarse incluso en estas agravaciones el caso más habitual de los delitos complejos, en el cual las torturas se emplean como medio para comisión de tales delitos (equivalente, en ciertas medida, al enseñamiento en el homicidio calificado), o donde el resultado lesivo o mortal se encuentra aceptado previamente por los torturadores, quienes actúan a su respecto con dolo eventual. Ambos supuestos son propios de las torturas aplicadas con la finalidad de disciplinar (intimidas o coaccionar al torturado) o de simple discriminación. En cambio, cuando las torturas se aplican con la finalidad de obtener información, esa finalidad parece incompatible con la aceptación o la voluntad de causar muerte del torturado a dejarlo completamente imposibilitado para entregar la información requerida, por lo que el legislador parece haber considerado necesario establecer también el caso del delito preterintencional del N°3 del Art 150 A, al agravar las torturas por la producción imprudente de muerte o lesiones del Art. 397 N°1. De lo anteriormente dicho se desprende, además, que la concurrencia de las torturas con lesiones o cuasidelitos de menor entidad a los señalados en el Art. 150 B debiera, en estricto rigor, considerarse consumida o, más bien, copenada en la penalidad de la figura básica del Art. 150 A, dispuesta para infligir dolores o sufrimientos graves*<sup>98</sup>”.

---

<sup>97</sup> Maqueda, Abreu, María Luisa; “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”; pág. 462 en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46286.pdf>

<sup>98</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 197.

Aunque relativos al delito de robo calificado del artículo 433 del Código Penal (cuando con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio ....) la jurisprudencia nacional ha sostenido respecto del concepto “con ocasión” que **“Para que se configure el robo con violencia las lesiones deben producirse con ocasión del robo, es decir, debe cometerse con aprovechamiento de la situación de poder sobre la persona que se origina con el ejercicio de violencia o intimidación propio del robo... por lo tanto, debe existir coetaneidad entre ambas ejecuciones en el ámbito temporal, lo que no ocurre en este caso... debe existir entre el uso de la violencia o intimidación en las personas y la realización de la actividad apropiatoria para la ejecución del delito de robo, una conexión funcional –en el acto de cometerlo<sup>99</sup>”**. También es interesante el fallo de la Corte Suprema que expresa que **“el tipo objetivo de esta figura penal, requiere de una actividad de apoderamiento de la cosa mueble ajena y de la provocación de la muerte de una persona con motivo u ocasión de ese apoderamiento, con fines de lucro. Lo anterior significa que subjetivamente el sujeto activo debe actuar con dolo, que ha de extenderse tanto a la acción de apropiación como a la del homicidio, que en la alternativa de cometer el delito con motivo, necesariamente requiere de una determinación previa, aunque sea condicionada, en este caso, el dolo de homicidio generalmente habrá de ser directo. El eventual, normalmente se produce con ocasión, en otras palabras, debe de existir dolo de apropiarse de la especie, con iguales características a la del hurto y dolo de matar a lo menos eventual. En el juicio, la violencia ejercida sobre la víctima se ejecutó con ocasión del robo, o sea, el homicidio es una manera de lograr su seguridad o impunidad; no es matar para robar sino matar al robar<sup>100</sup>”**.

Siguiendo los razonamientos anteriores, se comete un cuasidelito con ocasión de la tortura cuando existe aprovechamiento de la situación de poder sobre

---

<sup>99</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 1418-2001 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137018/index.do?r=AAAAQAEMTQxOAE>

<sup>100</sup> Corte Suprema; Rol 2426-2007 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/137708/index.do?r=>

la víctima que se origina con el ejercicio de la tortura. No se tortura para matar (lesionar, etc.) sino que se mata, negligente, culposamente, al torturar.

*d) Tortura a personas privadas de libertad*

La agravante está contemplada en el nuevo artículo 150 C, que señala: *En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el mínimo o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control.*

*Según Matus y Ramírez, “el Art. 150 C dispone que en los casos de los Arts. 150 A y sus supuestos agravados del Art. 150 B, todavía podrá imponerse una nueva agravación, consistente en excluir el mínimo o el grado mínimo de la pena, según corresponda, cuando el responsable del delito torturare a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control. En el caso del Art. 150 B, N°1, la aplicación de esta agravante adicional transforma este delito en uno de los dos más graves del Código (el otro es el de violación con resultado de muerte, del Art. 372 bis), al transformar su pena en presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado. La intención del legislador al establecer esta agravante era destacar, indirectamente, la posibilidad de que los actos de torturas se aplicasen sin detención o durante la detención. Pero si de lo que se trataba era de establecer con claridad que tales excepcionalísimos supuestos eran también punibles, bastaba con establecer para estos casos una regla de atenuación (como la del inc. 4° del Art. 150 A) y no el enrevesado método de configurar una agravante de muy difícil aplicación práctica<sup>101</sup>”.*

Aunque Matus y Ramírez no lo señalan expresamente, parece claro que la razón por la cual estiman que esta agravante es de muy difícil aplicación está dada por la norma del artículo 63 del Código Penal que dispone que no producen el efecto de aumentar la pena aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse. Aunque existan casos o situaciones en que pueda imaginarse una situación de tortura en que la víctima

---

<sup>101</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 197.

no se encuentre privado de libertad, en la enorme mayoría de los casos, la privación de libertad de la víctima será absolutamente inherente a la tortura, vale decir, sería imposible haber cometido tortura sin que la víctima hubiere estado privada de su libertad.

Respecto de la privación de libertad, no existe inconveniente en su conceptualización, sobre todo, ya que el legislador tuvo la precaución de especificar que da lo mismo si la víctima está privado de su libertad legítima o ilegítimamente.

La ley establece como agravante al que tortura “*en cualquier otro caso*”, esto es, en cualquier otro caso en que la persona no esté legítima o ilegítimamente privada de libertad. Así, la exigencia es que la persona torturada, por una parte, no se encuentre privada de libertad y, por la otra, se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del torturador.

Cuidado es “*acción de cuidar*” y cuidar es “*asistir, guardar, conservar. Cuida a un enfermo, la casa, la ropa. Cuidar DE la hacienda, DE los niños*<sup>102</sup>”. Está bajo el cuidado, quien está bajo la asistencia, guarda, atención, de otro.

Custodia quien “*vigila a alguien, generalmente un detenido para evitar que escape*<sup>103</sup>”. En nuestro país, es habitual hablar de la custodia como equivalente al cuidado personal, como por ejemplo de los hijos. Durante la tramitación legislativa, el Senador Espina “consultó, igualmente, por la situación en que quedan los padres frente a la expresión: “en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control”. El señor Castillo, aclaró que de acuerdo a lo aprobado hasta ahora por la Comisión, un padre no puede ser sujeto activo del delito de tortura”<sup>104</sup>.

Control, se refiere al “dominio, mando, preponderancia<sup>105</sup>”, es decir, la persona víctima debe estar bajo el dominio o mando del torturador.

Durante la tramitación legislativa se discutió la pertinencia de esta agravante, fundamentalmente, respecto del punto de si la tortura sólo era posible respecto de

---

<sup>102</sup> R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=Bbp9xql>

<sup>103</sup> R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=BmRI1wf>

<sup>104</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 189.

<sup>105</sup> R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=AeYZ09V>

personas privadas de libertad. Sobre el particular, el Senador Larraín hizo presente que el profesor Juan Domingo Acosta observó que la norma no se justificaba como agravante, puesto que, en su opinión, la tortura siempre debía realizarse respecto de una persona privada de libertad. Precisó que se está agregando un hecho que es característica del tipo, por lo tanto sería innecesario. El señor Castillo, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, expresó que la explicación más contundente tiene que ver con que, a diferencia de lo sostenido por el profesor Acosta, la tendencia actual en el derecho comparado consiste en no circunscribir la tortura especialmente a sujetos privados de libertad. Recalcó que, sin embargo, puede haber tortura cuando el sujeto no está privado de libertad y, en ese caso, el injusto es distinto cuando el sujeto está bajo custodia, control o cuidado de una persona, porque efectivamente en la situación descrita el sujeto activo está en el rol de garante. Recordó que al analizarse este punto con las autoridades académicas escuchadas por la Comisión, finalmente se optó por aplicar una regla de determinación de la pena y no considerarlo como una agravante. El Honorable Senador señor Larraín consideró que la privación de libertad y el hecho de estar bajo la custodia, control o cuidado de otro corresponden a dos hipótesis distintas, razón por la cual la situación varía en uno y otro caso. El señor Castillo connotó que hubo cierto grado de acuerdo entre los profesores en relación a esta disposición. Agregó que el profesor Matus no veía inconveniente en que el tipo penal en sus presupuestos objetivos no incluyera la privación de libertad, pero también estaba de acuerdo en que, en caso de producirse dicha hipótesis, debía tener un efecto en la pena<sup>106</sup>.

## **2) Apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes**

*Artículo 150 D.- El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la*

---

<sup>106</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 189.

*accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.*

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

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

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

*Artículo 150 E.- Si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere además:*

*1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.*

*2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.*

*3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.*

*Artículo 150 F.- 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 refieren los artículos 150 D o 150 E."*

Lo primero que hay que señalar, respecto de la tipificación de los tratos crueles inhumanos o degradantes en adelante, "los tratos", es que, salvo lo que se dirá a continuación, se aplican las mismas normas y conceptos vertidos a propósito

del análisis del delito de tortura, en cuanto a modalidades de la conducta, sujeto activo, agravaciones, etc. La penalidad asignada es de presidio menor en sus grados medio a máximo.

Es bastante probable que pudiera sostenerse que estamos frente a una ley penal en blanco, desde el momento en que la tipificación es *“tratos crueles, inhumanos o degradantes que no alcancen a constituir tortura”*, sin que la norma legal entregue mayores elementos que permitan definir el delito.

Tal como acertadamente señalan Matus y Ramírez *“como si no fuera poca la falta de claridad que produce esta definición negativa, el inc. Final del Art. 150 D añade que, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos, lo que da a entender el carácter genérico y residual de la figura, cuyos contornos sólo podrán fijarse por la práctica jurisprudencial futura. Por mientras, al menos podemos afirmar que la misma Ley N° 20.968, al introducir conjuntamente con este delito modificaciones a los delitos de vejaciones injustas (Art. 255) y negativa de servicio (Art. 256), previendo para ellos penas inferiores a las de estos apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, permite sostener que tales delitos constituyen, también de manera negativa, el límite inferior de este último<sup>107</sup>”*.

Si tomamos este análisis inicial, entonces, tendríamos que afirmar que estamos frente a 4 categorías de gravedad de actos que, eventualmente podrían constituir tortura:

Primer nivel: tortura propiamente tal, del inciso tercero del artículo 150 A, aquella que Matus y Ramírez han denominado *“tortura especialmente grave”*

Segundo nivel: tortura del inciso cuarto del artículo 150 A, aquella que Matus y Ramírez han denominado *“tortura menos grave”*.

Tercer nivel: tratos crueles inhumanos o degradantes, que son aquellos que no alcanzan a constituir tortura

---

<sup>107</sup> Matus Acuña, Jean Pierre y Ramírez Guzmán, María Cecilia; Op. Cit; pág. 199.

Cuarto nivel: vejación injusta, que son aquellos que no alcanzan a constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Entonces, una primera mirada sería que aquellos que permite distinguir aquello que constituye tortura de los tratos es la gravedad o severidad de la conducta. Este criterio no es extraño, desde el momento en que también parece ser sostenido por buena parte de la doctrina y jurisprudencia internacional. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos, *“en la sentencia del caso Irlanda vs. Reino Unido, estableció que un trato degradante era aquel capaz de “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”.* En este mismo caso, la Corte sostuvo que las “cinco técnicas” que se aplicaban en Irlanda del Norte — que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba *“tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel”.* De esta forma, se desprende de este caso que el elemento central para delimitar ambos tipos de conductas sería la severidad del daño. El punto está en la dificultad de establecer dicho parámetro a partir de los elementos que tiene en consideración la Corte. Comparto la opinión de Cecilia Medina en el sentido de que una mirada a la jurisprudencia de la Corte Europea muestra que es difícil encontrar los criterios que ha tenido en consideración para decidir si una conducta es lo suficientemente severa y cruel como para calificarla de tortura. Es posible que las circunstancias de la víctima sean un elemento para la decisión, así como las consecuencias de los actos sobre la persona objeto de la tortura. Tampoco es simple distinguir examinando la finalidad que persigue el acto ya que, de acuerdo con la decisión de la Corte en el caso de Irlanda c. el Reino

*Unido, el tratamiento inhumano o degradante también puede tener una intencionalidad similar a la de la tortura<sup>108</sup>”.*

*Con gran agudeza, Maqueda sostiene que “el concepto formal de tortura ha ido progresivamente enriqueciéndose al tiempo que perdía precisión en sus contornos. A ello ha contribuido, sin duda, la aparición a nivel normativo de otras nociones, esta vez sí de confusa valoración...No otros significado ha tenido en la práctica el empleo tan generalizado...de la expresión “penas o tratamientos crueles inhumanos y degradantes”, breve y eufemísticamente conocida como “malos tratos”. Bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado en un criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, en su caso, de validez excepcional, aquella noción básica., que parecen querer usurpar a aquella. Ello era previsible desde el momento en las notas que acertadamente se han descrito como características de la tortura – dolor o sufrimiento físico o mental de carácter grave infligidos directa o indirectamente por funcionario del Estado, en persecución de un propósito concreto, sea de obtener información o confesiones, de castigar, humillar, desacreditar o intimidar – se declaran abiertamente idóneas para conformar también la esencia de aquellas otras “especies menores de tortura” y se dejará al intérprete la última palabra para valorar en cada caso el grado de intensidad de los sufrimientos producidos y calificar así a su antojo, con ayuda de cualesquiera otros criterios adicionales, la naturaleza de los hechos que se sometieran a su juicio<sup>109</sup>”.*

La historia de la tramitación de la Ley N° 20.968 revela que, claramente la intención del legislador al establecer los tratos, fue un concepto de gradualidad o gravedad respecto de aquellos hechos que constituyen tortura. Así, el representante del Ministerio de Justicia, señor Castillo “reseñó que la propuesta que venía de la Cámara de Diputados incluía un tipo de trato degradante que era de sujeto común,

---

<sup>108</sup> Nash Rojas, Claudio; “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XV, Montevideo, 2009; pág. 596; en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf>.

<sup>109</sup> Maqueda, Abreu, María Luisa; “Op. Cit; pág. 429.

es decir, que podía ser cometido por particulares y empleados públicos, independientemente de la participación de uno u otro. Agregó que así lo consagra el derecho penal español. Informó que, sin embargo, los tres profesores consultados, los señores Acosta, Matus y Hernández, opinaron que lo anterior generaría un problema de muy difícil solución respecto del concurso del delito de injuria de hecho, puesto que este último contempla el bien jurídico protegido detrás del trato degradante, que es la humillación, la cosificación y la vejación de la persona. Subrayó que la recomendación de dichos académicos consiste en regular los tratos crueles e inhumanos o degradantes con una fórmula de participación exactamente igual a la de la tortura, es decir, referida a los funcionarios públicos y a los particulares que de alguna manera actúen con ellos. Connotó que los referidos tratos crueles e inhumanos o degradantes consisten en una versión degradada de la tortura, añadiendo que 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<sup>110</sup>.

“El Senador señor Araya, manifestó que la tortura está definida en el artículo 150 A, agregando que los tratos crueles e inhumanos o degradantes vienen a ser una categoría inferior. Ejemplificó como trato cruel aquel caso en que a una persona no se le da alimentación<sup>111</sup>”.

Más claro aún, queda lo afirmado en la transcripción de la siguiente discusión: “El señor Ignacio Castillo precisó que los delitos allí mencionados se incluyeron en la iniciativa en estudio por una razón de garantía, en términos de que si solo se tipificaba la tortura, habría más incentivos para su aplicación con mayor facilidad. Subrayó que es pertinente fijar una regla residual que permita al intérprete entender que aquellos casos en que no hay una entidad suficiente de lesión respecto a la integridad moral del sujeto, lo que entonces puede haber es otro trato cruel, inhumano o degradante. Lo anterior, agregó, permite cerrar el círculo de afectaciones a la integridad moral. El Honorable Senador señor Espina afirmó que países como Francia, Alemania y Colombia no consagran dichos delitos. Sostuvo

---

<sup>110</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 192.

<sup>111</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 193.

*que la norma en estudio plantea conductas que no están descritas, agregando que habría que considerar como tratos crueles, inhumanos o degradantes todo aquello que no signifique tortura, lo que de ninguna manera es claro. Consideró inadecuado legislar respecto de un delito que no se precisa, añadiendo que ello significa consagrar un verdadero tipo penal en blanco. Remarcó que todo ilícito debe tener la descripción típica de la conducta que se sanciona, añadiendo que si ello no se produce en este caso, preferirá rechazar la disposición. El señor Castillo manifestó que el sentido de esta regla obedece a un criterio de sucesión de leyes, en el sentido de mantener una cierta punibilidad respecto de aquello que ya era sancionado anteriormente, agregando que la jurisprudencia ha entendido que apremio ilegítimo y tormento constituían una forma de tortura. Subrayó que no incluir un tipo residual que se sitúe entre la tortura y las vejaciones injustas puede ocasionar un problema de sucesión de leyes y de vacío de punibilidad respecto de determinadas conductas que ya estaban tipificadas. Constató que, además, hay razones sistémicas que invitan a tener una regulación respecto al trato cruel, inhumano o degradante, lo que permitirá también contar con una mejor regulación respecto a la vejación injusta y armonizar más adecuadamente los delitos contra la libertad y la integridad moral. El Honorable Senador señor Espina reiteró que los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes deben ser definidos con mayor nitidez. El Presidente de la Comisión, Honorable Senador señor Araya, adujo que debe entenderse que los apremios ilegítimos son todas aquellas conductas que no alcanzan a constituir una tortura propiamente tal, haciendo notar que esta regla es de naturaleza residual<sup>112</sup>”.*

En consecuencia, una primera lectura es que los tratos crueles, inhumanos o degradantes, no son sino estadios inferiores de la tortura y que es la gravedad, determinada caso a caso, la que definirá su calificación jurídica y, consecuentemente, su punibilidad.

---

<sup>112</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 191.

Ahora bien, hay que decir que en doctrina comparada, la concepción de malos tratos y su diferenciación de la tortura sólo a partir de criterios de gravedad no es unánime.

Para el Comité Internacional de la Cruz Roja “Los diferentes términos que se usan para referirse a distintas formas de infligir malos tratos o causar dolor pueden explicarse del siguiente modo:

- Tortura: existencia de un propósito concreto, sumado al hecho de infligir sufrimiento o dolor graves en forma intencional
- Tratos crueles o inhumanos: sin propósito concreto; se inflige un nivel considerable de sufrimiento o de dolor
- Ultrajes a la dignidad persona: sin propósito concreto; se inflige un nivel considerable de humillación o de degradación”<sup>113</sup>.

Ahora bien, siguiendo a Lugo<sup>114</sup> se puede señalar que *“hay tortura cruel, inhumana y degradante. Cruel, por la indiferencia y frialdad con que una persona lastima a otra consciente de las consecuencias de sus actos...Inhumana, por atentar contra la racionalidad y la capacidad de tomar decisiones, que es justamente lo que la tortura provoca al someter y limitar al individuo rompiendo por completo la estructura de comportamiento y voluntad...la víctima no es considerada un ser humano. Degradante, por la humillación, angustia, miedo e impotencia de responder exigiendo un trato como persona...la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes son diferentes, pero pueden estar relacionados o bien pueden presentarse en forma separada”*.

Lo que buscamos es conocer qué distingue aquellos tratos crueles, inhumanos o degradantes que no constituyan tortura. Lugo señala que no es un criterio la gravedad o intensidad del dolor o sufrimiento. Los tratos *“no son dolores o sufrimientos leves, se lastima a una persona por una mala práctica...La tortura*

---

<sup>113</sup> Comité Internacional de la Cruz Roja en <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/69tjvk.htm> visitada por última vez el 29-06-2017

<sup>114</sup> Lugo Garfias, María Elena; “La diferencia entre tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes”; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derechos-humanos-cndh/article/view/5592/4936>

*tiene un fin específico y los tratos no...La tortura generalmente sucede en una situación de detención y los tratos dentro y fuera de un lugar de detención...Son crueles por la indiferencia y frialdad con que se lastima a las víctimas, inhumanos porque no se respeta a las personas como tales y degradantes por la humillación a la que se somete a la persona”.*

Claramente Lugo está en lo correcto al afirmar que la tortura es cruel, inhumana y degradante, y no por eso deja de ser tortura. En Chile, probablemente uno de los criterios que ayude a diferenciar la tortura de los malos tratos será la ausencia del requisito de la finalidad (con el fin de obtener del torturado 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...), el que se describe típicamente sólo en el inciso tercero del artículo 150 A, a propósito de la definición de tortura. Y si los tratos crueles, inhumanos o degradantes no son tortura, entonces no deben cumplir con ese concepto y lo distintivo es la finalidad.

En principio, podríamos señalar que son crueles aquellos malos tratos que no constituyen tortura y que se caracterizan, por la indiferencia y frialdad con que se lastima a la víctima. Ejemplo: los captores que cenar abundantemente frente a detenidos que llevan tres días sin comer, a quienes obligan a observarlos. Son inhumanos aquellos malos tratos que no constituyen tortura y que se caracterizan porque no se respeta a las personas como tales. Ejemplo: el médico del penal que experimenta una nueva droga contra el cáncer en un interno, sin su conocimiento ni consentimiento. Son degradantes aquellos malos tratos que no constituyen tortura y que se caracterizan por la humillación a que se somete a la persona. Ejemplo: el policía que orina sobre el detenido en su celda.

Algunos fallos ayudan a entender también el alcance de estos conceptos. Como es esperable, estos fallos centran su visión en recintos penitenciarios. Así, la Corte Suprema ha dicho que *“Gendarmería en representación del Estado, es garante de la seguridad individual de toda persona que se encuentra bajo su custodia...el fin primordial de la actividad penitenciaria consiste en la atención, custodia y asistencia de **los internos, a éstos, se debe otorgar un trato digno y***

**propio a su condición humana, encontrándose prohibida la aplicación de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes de palabra o de obra...** El Estado, entonces, se ha impuesto un deber especial de custodia sobre las personas privadas de libertad, atendido su evidente estado de desprotección, obligándose constitucional, legal y reglamentariamente a proteger los derechos fundamentales<sup>115</sup>.

En materia de trato degradante, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha señalado que “se estableció como un hecho irrefutable la existencia y porte de la droga de marras por la acusada en su vagina el día que concurría a visitar por tercera vez a la pareja de su hermana, **B.M.**, quien le había solicitado dichas pastillas...la acusada se negó a ello, por lo que es trasladada a una sala vecina para efectuarle “un registro más minucioso” tanto de sus vestimentas como de su cuerpo, debiendo ésta desnudarse a lo menos de la cintura hacia abajo y exponer sus glúteos y vulva a la funcionaria con el objeto que ésta observara sus partes íntimas en la búsqueda de dicha especie...tanto es así “que al no ver nada” le solicita “el que pujara”, esto es, hiciera fuerza con su musculatura para expeler lo que pudiera contener el interior de su cavidad vaginal o ano...todo ante la atenta observación de la gendarme, situación que la propia funcionaria definió como indigna para ella, ya que no le era grato “andar mirando traseros”, afirmación que nos permite asentar aún más que ésta efectivamente miró hacia el interior del cuerpo de la visitante...Es menester señalar que es efectivo que quien concurre a un penal se somete voluntariamente a las medidas de registro por motivos de seguridad de éste, como asimismo, que Gendarmería de Chile, está facultado para efectuar registros de las visitas en sus establecimientos carcelarios...**no existe en éstos una colisión de derechos o bienes jurídicos que deben ser sopesados, a saber la seguridad de los centros carcelarios frente a la dignidad de la persona humana, puesto que es el propio legislador quien otorga mayor valor al segundo al constituirlo**

---

<sup>115</sup> Corte Suprema; Rol 185-2015 en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/168682/index.do?r=AAAAAQAKdHJhdG9zIGNyYdWVsZXMGaW5odW1hbm9zIGRIZ3JhZGFudGVzAQ>. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Concepción; Rol 185-2015 – Amparo en <https://decisia.lexum.com/dppc/ca/es/item/168682/index.do?r=AAAAAQAKdHJhdG9zIGNyYdWVsZXMGaW5odW1hbm9zIGRIZ3JhZGFudGVzAQ>

**como un límite del primero.** Así las cosas, sobre el personal de Gendarmería pesa una obligación legal en su quehacer fiscalizador cual es **el respeto de este atributo o condición propia del ser humano, entendido ello como un derecho inviolable e intangible, fundamental e inherente a la persona, por tanto su actividad debe cesar si está en riesgo de ser vulnerada,** más si se considera que el cuerpo de toda persona es donde se desarrolla su libertad individual, por tanto cualquier intervención sobre el mismo en el curso de la fiscalización o registro no puede realizarse sino que respetando su derecho a la integridad física, moral y a su intimidad personal...teniendo presente el contexto en que se produce el registro de la imputada, luego que fuera posicionada en una silla detectora de metales y principalmente que confesara portar unas pastillas, realizado por una persona del mismo sexo, en una sala contigua sin la presencia de otros, y sin que la funcionaria tocara su zona genital, **en caso alguno puede considerarse una actuación que, per se, respetó la dignidad de la fiscalizada, ya que según se acreditó ésta debió desnudarse a lo menos de la cintura hacia abajo, exhibir sus partes íntimas inclinada y pujar en reiteradas ocasiones, para luego extraerse la bolsa que contenía la sustancia, y según sus dichos no corroborados con otra prueba, mientras era amenazada con ser privada de libertad, no entregarle al niño que la acompañaba y hasta el verse sometida a exámenes médicos posteriores en búsqueda de más elementos, situación que según relató la “hizo sentir mal, la peor mujer, ser acusada en ese sentido, estar tiritona y ser objeto de palabreos”, lo que a nuestro juicio claramente da cuenta de un trato degradante hacia su persona y que lesiona su dignidad provocándole la humillación y sensación de envilecimiento que le estaba prohibido a la gendarme realizar<sup>116</sup>.**

Agravación especial para los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

<sup>116</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso; Rol 1920-2015 en <https://decisia.lexum.com/dppc/cd/es/item/180797/index.do?r=AAAAAQAKdHJhdG9zIGNyYWVsZXMgaW5odW1hbm9zIGRIZ3JhZGFudGVzAQ>

El inciso segundo del artículo 150 D dispone que *“si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere contra una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado”*.

Se trata de que la persona víctima de los tratos crueles, inhumanos o degradantes sea:

- Menor de edad, esto es menor de 18 años cumplidos al momento del hecho
- Persona en situación de vulnerabilidad por discapacidad. Según la R.A.E., vulnerabilidad es *“cualidad de vulnerable”* y vulnerable, *“que puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente<sup>117</sup>”*. Por su parte, discapacidad es *“condición de discapacitado”*, lo que, a su vez, se define como *“dicho de una persona que padece una disminución física sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida<sup>118</sup>”*.
- Persona en situación de vulnerabilidad por enfermedad, esto es una *“alteración más o menos grave de la salud<sup>119</sup>”*.
- Persona en situación de vulnerabilidad por vejez, esto es, *“edad senil; senectud<sup>120</sup>”*.

Como se ve, en estas hipótesis, no basta con la víctima sea una persona discapacitada, enferma o vieja. Se requiere, además, que se encuentre en situación de vulnerabilidad y que esa vulnerabilidad sea ocasionada por la discapacidad, la enfermedad o la vejez.

Respecto de la otra alternativa que contempla esta agravante que contempla esta disposición, nos remitimos a lo dicho a propósito de la agravante en el delito

---

117 R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=c5dW2by m>

118 R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=DrrzNuK>

119 R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=FHA3D3L>

120 R. A. E. <http://dle.rae.es/?id=bSrxBGn>

de tortura al hablar de la privación de libertad y la persona bajo el cuidado, custodia o control del torturado.

En cuanto al punto de por qué esta agravante se contempla para los malos tratos, pero no para la tortura, el Senador Larraín “preguntó si la agravante contemplada en el delito de tratos crueles, inhumanos o degradantes está contenida en el delito de tortura, sosteniendo que si así no fuese, correspondería guardar coherencia respecto a ambos tipos. El señor Castillo sostuvo que la agravante no está presente en el delito de tortura porque en éste se exige una finalidad, dentro de la cual se encuentra la discriminación<sup>121</sup>”.

### **3) Vejación injusta**

*"Artículo 255.- El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.*

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

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

*"Artículo 256.- El empleado público del orden administrativo que maliciosamente retardare o negare a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales."*

---

<sup>121</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 191.

En cuanto al delito de vejaciones injustas, se elimina del artículo 255 la referencia a los “apremios ilegítimos”, dado que se entienden incorporados en los nuevos delitos de tortura y malos tratos. Además, se sustituye la pena de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, por la de reclusión menor en su grado mínimo.

Se incorpora una agravante que aumenta la pena en un grado en los mismos casos descritos para los tratos crueles, inhumanos o degradantes y se establece la misma norma de clausura para la tortura y los malos tratos, ambas ya comentadas anteriormente.

La modificación efectuada al artículo 255 obligó a modificar el texto del artículo 256, relativa al delito de denegación de servicio, incorporándole una pena propia, ya que el anterior texto hacía referencia a “iguales penas” para definir su sanción, referencia que quedó obsoleta al alterarse la pena de las vejaciones injustas del artículo 255. Esta es la única modificación introducida por la ley N° 20.968 al artículo 256 del Código Penal.

Claramente la motivación de esta modificación, además de la eliminación de la referencia a los “apremios ilegítimos” en el texto de delito de las vejaciones injustas, fue establecer una cierta gradualidad en las conductas a sancionar, desde la más grave – tortura – hasta la menos grave – vejaciones injustas -. Ello quedó claro durante la tramitación legislativa. Así, “el representante del Ministerio de Justicia, Ignacio Castillo, refiriéndose a la modificación del artículo 150 E, señaló que corresponde a un cambio generado por el grupo de trabajo, que dice relación con eliminar el artículo 147 bis que contenía el trato degradante y dejar un tipo general sobre aplicación de otros tratos crueles e inhumanos o degradantes. Sostuvo que lo anterior supondría la regla de gradualidad que siempre debe existir en esta materia, explicando que los tribunales y la doctrina internacionales han señalado que lo razonable en la legislación de un país es sancionar la tortura, los tratos crueles e inhumanos o degradantes y, luego, las vejaciones, que constituyen una forma mínima de degradación. Indicó que el actual artículo 255 del Código Penal trata de la vejación injusta. En esta materia, la indicación sugiere eliminar de

dicho artículo la expresión “apremios ilegítimos”, porque hoy se genera un problema normativo que genera fuertes dificultades interpretativas ya que tal expresión aparece en dos artículos, en el 150 A como tortura y en el 255 como vejación injusta<sup>122</sup> .

***Modificación del artículo 150 del Código Penal***

<b>Artículo 150</b>	<b>Artículo 150</b>
Sufrirá las penas de presidio o reclusión menores y la accesoria que corresponda:	Sufrirá las penas de presidio o reclusión menores y la accesoria que corresponda:
1° El que incomunicare a una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario, y	1° El que incomunicare a una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario, y
2° El que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley	2° El que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley
	<b>Al que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de estos delitos, se le impondrá la pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio</b>

La Ley N° 19.567 de 01 de julio de 1998 que dictó normas de protección a los derechos del ciudadano, en el marco del viejo sistema penal, estableció el texto del artículo 150 del Código Penal, en los siguientes términos:

<sup>122</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 173.

“Artículo 150. Sufrirá las penas de presidio o reclusión menores y la accesoria que corresponda:

1º. El que decretare o prolongare indebidamente la incomunicación de una persona privada de libertad o usare con ella de un rigor innecesario, y 2º. El que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley”.

Luego, la ley 19.806, de 31 de mayo de 2002, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, modificó el numeral 1 en los siguientes términos:

“Artículo 150. Reemplázase, en el número 1º, la frase "decretare o prolongare indebidamente la incomunicación de una persona privada de libertad", por "incomunicare a una persona privada de libertad".

*El artículo 150 del Código Penal se refiere a ciertos vejámenes, apremios o rigores innecesarios de que se hace objeto a la persona privada de libertad. ...*

1º) Se sanciona al que incomunicare a una persona privada de libertad (Nº 1º, primera parte). Con la reforma procesal penal, la incomunicación propiamente tal, dejó de existir en nuestro ordenamiento. Hoy en día el artículo 151 C.P.P. autoriza al tribunal a restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación, restricción o prohibición que no alcanza el acceso del imputado a su abogado, al tribunal o a una apropiada atención médica. De ahí que haya sido necesario modificar este numeral del artículo 150 dentro de las adecuaciones a la reforma procesal penal.

2º) Se sanciona al que usare con una persona privada de libertad un rigor innecesario (Nº 1º, segunda parte). “El "rigor" está constituido por las medidas que aumentan la mortificación de la persona más allá de la simple privación de su libertad y de su sujeción al régimen de vida propio de un establecimiento carcelario. En cuanto al "rigor", el empleo del adjetivo "innecesario" indica que para la ley existe

un cierto rigor que es necesario y justificado<sup>123</sup>”, lo cual es discutible. Tal vez ciertas normas del Reglamento Penitenciario podrían calificar como “rigor necesario”.

3º) Se sanciona al que arbitrariamente hiciere arrestar o detener en otros lugares que los designados por la Ley (Nº 2º). De conformidad con el Art. 19, Nº 7º, letra d) de la Constitución, nadie puede ser detenido, sujeto a prisión preventiva o preso sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto. El Art. 154 C.P.P. indica que toda orden de prisión preventiva o de detención será expedida por escrito por el tribunal y contendrá: c) la indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere. Sobre el sentido de la expresión "arbitrariamente" ella muestra *“que en esta figura no rige el valor "indiciarlo" de la tipicidad; que regularmente la conducta estará ajustada a derecho, y que tampoco tiene aplicación la presunción general de dolo del Art. 1º: la expresión "arbitrariamente", como ocurre en el delito del Art. 236, alude a la necesidad de que el funcionario obre a conciencia de que está excediendo sus atribuciones (esto es, con dolo)*<sup>124</sup>”.

En cuanto al arresto, debe recordarse que conforme al Art. 43 inciso 2º de la Constitución, *“por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá ... arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes”*.

Aunque, tras las últimas modificaciones, el sujeto activo del artículo 150 no restringía su aplicación al empleado público, aunque de su texto parece clarísimo que se requería tal calidad para poder cometerlo, durante la tramitación de la ley, y a propósito de la discusión acerca de si el particular podía cometer un delito de tortura, se optó por incorporar un inciso al artículo 150 que aclara la situación del particular que participa en estas conductas. **“Al que, sin revestir la calidad de**

---

<sup>123</sup> Etcheberry, Alfredo; Derecho Penal; Parte Especial; Tomo II; Tercera Edición; Editorial Jurídica de Chile; 1997; pág 219.

<sup>124</sup> Etcheberry, Alfredo; Op. Cit.; pág. 217.

***empleado público, participare en la comisión de estos delitos, se le impondrá la pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo a medio”.***

La norma penaliza la “participación” del particular en la conducta cometida por el funcionario público. De ahí, se colige que no puede verificarse la existencia de este delito sin que en él concurra la autoría de un empleado público. Al hablar de “partícipe”, la ley parece aludir a toda forma de participación, sea a título de autor, cómplice o encubridor. Con todo, la participación del particular como autor no podría asumir la forma del artículo 15 N° 1 del Código Penal. Difícil también es imaginar una situación de autoría del particular conforme al artículo 15 N° 3. Menos dificultad parece haber en considerar la participación de un particular como autor, conforme al artículo 15 N° 2 del Código Penal. El particular que instiga a un juez de garantía para que despache una orden de detención en contra del amante de su cónyuge podría ser un caso.

#### **Modificación a la ley 18.216**

Se incorporan al inciso 2° del artículo 1° de la ley 18.216 los delitos de tortura de los artículos 150 A y 150 B y, por ende, se excluye la posibilidad de aplicación de las penas sustitutivas de dicha ley a los autores de delitos de tortura que se encuentren consumados, aunque, salvo el caso de ordenar la tortura, no parece que puedan conceptualizarse casos de tortura frustrados.

Esta norma no se aplica a los tratos crueles, inhumanos y degradantes ni a las vejaciones injustas.

#### **Modificación a la ley N° 20.357**

La ley N° 20.357 tipifica crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Contempla también un tipo de tortura en su artículo 7°. Tal disposición fue modificada, para el solo efecto de incorporar, dentro de la descripción del tipo de tortura los sufrimientos “*sexuales*” a los sufrimientos “*físicos o mentales*”.

<b>Ley 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad, y genocidio y crímenes y delitos de guerra</b>	<b>Ley 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad, y genocidio y crímenes y delitos de guerra</b>
--	--

Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:	Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:
1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.	1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos, <b>sexuales</b> o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

### **Modificación a la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones**

El artículo 19 de esta ley prohíbe a los funcionarios de la Policía de Investigaciones ejecutar cualquier acto de violencia, destinado a obtener declaraciones de parte del detenido. Esta prohibición se mantiene incólume. Sin embargo, el texto original contemplaba las penas aplicables si se infringía esta prohibición, incluso graduándolas según el resultado de hecho. Esa penalidad se derogó y se dispuso simplemente que quien infrinja esta prohibición será castigado con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal. Es decir, será castigado conforme a las normas sobre tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o vejaciones injustas, según el hecho que haya cometido.

### **Modificación a la Ley N° 20.477, que modifica la competencia de los tribunales militares**

La discusión legislativa sobre este punto fue intensa y ocupó buena parte de la tramitación legislativa. Curiosamente, no existían graves discrepancias entre los parlamentarios en cuanto a que los delitos de tortura fueran de competencia de la justicia civil, y no de los tribunales militares. La discusión se centraba en la mejor manera de obtener tal finalidad.

Esto quedó en evidencia cuando el oficio de la Excelentísima Corte Suprema remitido al Congreso dando su opinión acerca del proyecto consignaba la inutilidad

de una norma que modificara la competencia. *“Que sin perjuicio de lo anterior, y aun cuando esta Corte Suprema ha manifestado en varios pronunciamientos anteriores su aquiescencia frente a propuestas legales dirigidas a extraer de la competencia de los tribunales militares el conocimiento de los delitos en que hayan intervenido menores de edad o civiles – ya sea como imputados o como víctimas- no parece necesaria la específica incorporación del precepto en cuestión, desde que el artículo 1° de la ley 20.477, correctamente interpretado conforme a su ratio legis – como lo ha destacado esta Corte - deja claramente al margen de la jurisdicción de esos tribunales especiales a los civiles y los menores de edad, cualquier sea su rol procesal. No cabe duda que la restricción de ese artículo 1° de la ley 20.477 abarca a cualquier delito que pudiera ser de competencia de un tribunal militar de acuerdo a sus normas propias, sin efectuar ninguna clase de diferenciaciones. Por ende, si alguna de las figuras de tortura contenidas en el Tít. III del Libro II del código punitivo, pudiera eventualmente configurar un delito propio de la judicatura castrense, el conocimiento de los hechos, en cuanto concierne a civiles y menores de edad, quedará radicado en la justicia civil; Sexto: Que en consecuencia, de lo razonado aparece como innecesaria la modificación propuesta, en la forma que se utiliza para ello. Si se quisiera tener de todos modos una regla especial de competencia para estos graves delitos, ella habría de ser introducida o a la ley 20.477 o al Código de Justicia Militar<sup>125</sup>”.*

Los parlamentarios siguieron, finalmente, la sugerencia de la Corte Suprema, modificándose el artículo 1° de la ley N° 20.477, en el sentido de que queda absolutamente claro que los civiles y las personas menores de edad, sean víctimas o imputados, siempre serán sujetos de la justicia civil.

<b>Ley N° 20,477, que modifica la competencia de Tribunales Militares</b>	<b>Ley N° 20,477, que modifica la competencia de Tribunales Militares</b>
"Disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar	"Disposiciones especiales sobre el Sistema de Justicia Militar

<sup>125</sup> Historia de la Ley 20.968; pág. 173.

Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

Artículo 1º.- Restricción de la competencia de los tribunales militares. En ningún caso, los civiles y los menores de edad, **que revistan la calidad de víctimas o de imputados,** estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal.

Finalmente, la ley N° 20.968 contiene una disposición transitoria que hace aplicable las modificaciones que introduce sólo a los casos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia, y deja subsistentes las normas derogadas para el juzgamiento de aquellos hechos perpetrados con anterioridad a la publicación de la ley N° 20.968. La fecha de publicación de la ley N° 20.968 es el 22 de noviembre de 2016. El texto de la disposición es el siguiente:

*“Artículo transitorio.- Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, los artículos 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, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del citado Código”.*