

**LUIS TORRES GONZÁLEZ**

Profesor de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile.

# EL DELITO DE TORTURA EN CHILE Y EL PROYECTO DE LEY PARA SU NUEVA TIPIFICACIÓN: BALANCE Y CRÍTICAS

El presente trabajo tiene por objeto describir el tratamiento jurídico penal de la tortura en el Código Penal chileno y dar cuenta de sus principales críticas, las cuales se originan por su incompatibilidad con el mandato de tipificación contenido en los instrumentos internacionales suscritos por Chile. La regulación internacional constituye el marco de referencia mínimo para la verificación del cumplimiento de criminalizar los hechos constitutivos de tortura. A partir de este estándar mínimo, se pasa revista al actual proyecto de ley que pretende incorporar al Código Penal un nuevo delito de tortura, y se enuncian algunas críticas que dan cuenta de las limitaciones e insuficiencias que contiene la propuesta para adecuarse plenamente a las exigencias internacionales.

## 1. EL TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LA TORTURA EN CHILE Y SUS CRÍTICAS

### 1.1 ANTECEDENTES GENERALES

La regulación de la tortura tiene una larga tradición en el derecho chileno. Las primeras fuentes de su prohibición ya se encontraban en el Proyecto de Reglamento Constitucional de 1812, consolidadas posteriormente en la Constitución de 1833 y continuadas en la Constitución de 1925<sup>1</sup>. Por su

parte, la Constitución Política vigente desde 1980, prohíbe en su artículo 19 número 1º la aplicación de cualquier apremio ilegítimo<sup>2</sup>. De igual manera, en el Código Procesal Penal se contemplan disposiciones que protegen la garantía constitucional reconociendo el derecho de verse libre de

1 El Proyecto de Reglamento Constitucional de 1812, en su artículo 1º: “XXI. Las prisiones serán lugares cómodos y seguros para la detención de personas, contra quienes existan fundados motivos de recelo, y mientras duren estos; y de ningún modo servirán para mortificar delincuentes”. En cambio, en la Constitución de 1833, en el artículo 145 se leía: “No podrá aplicarse tormento ni imponerse en caso alguno la pena de confiscación de bienes. Ninguno

---

na pena infamante pasará jamás de la persona del condenado”, fórmula que pasó casi idéntica a la Constitución de 1925 en el inciso segundo del artículo 18: “No podrá aplicarse tormento, ni imponerse, en caso alguno, la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio de comiso en los casos establecidos por las leyes”. También ver referencia a la fuente Constitucional, Vera Robustiano, *Código Penal de la República Comentado*, Imprenta de P. Carot, Santiago, 1883.

2 Artículo 19: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona (...) se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo”.

cualquier apremio, tales como el derecho de todo imputado de no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, derecho que se refuerza con lo prevenido en el artículo 195 del mismo texto, que señala los métodos de investigación prohibidos<sup>3</sup>.

En cuanto a la regulación como delito, el Código Penal (en adelante CP) de 1874 contemplaba en su artículo 150 la prohibición de aplicación de tormentos, precepto inspirado en la fórmula utilizada por el Código Penal Español de 1848, que castigaba a quienes aplicaren tormentos o usaren de un rigor innecesario en contra de un reo<sup>4</sup>.

La ley 19.567 del año 1998 introdujo la actual regulación de la tortura en el CP chileno, con la incorporación de los artículos 150 A y 150 B, los que fueron ubicados en el párrafo cuarto del Libro II del mencionado Código<sup>5</sup>. El objetivo de la referida modificación legal fue el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos por el Estado de Chile al ratificar los principales tratados de derechos humanos, especialmente respecto de aquellas obligaciones específicas sobre la regulación de la tortura contenidas en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>6</sup>.

3 Artículo 93 letra h) y artículo 195 respectivamente, del Código Procesal Penal (2000).

4 El artículo 150 original de 1874, disponía que: “Sufrirán las penas de presidio o reclusión menores i suspensión en cualesquiera de sus grados: 1. Los que decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario (...)”. Este artículo a su vez tuvo como modelo en su formulación original en el Código Penal español de 1848, para más detalle, ver Barquin Sans, J. *Los Delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Editorial Depalma, 1992.

5 Publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 1998 y que modificó el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dictó normas de protección a los derechos del ciudadano.

6 Respecto del fundamento de la citada ley, así quedó registrado en un informe ante la sala de la Cámara de Diputados, que afirma “se agrega un artículo 150 bis para hacer operativa la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, estableciendo una pena para el delito de tortura”. BCN. Historia de la Ley N° 19567. Discusión en Sala, Cámara de Diputados. p.

## 1.2 PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL “DELITO DE TORTURA” EN CHILE

En general hay consenso en que, si bien no existe *nomine iuris* un delito de tortura en el CP, este se encontraría regulado en el artículo 150 A del mismo texto legal<sup>7</sup>. El tipo penal se encuentra tratado bajo el epígrafe “de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantizados por la Constitución”, por lo que algunos autores han creído que lo protegido en esta figura (bien jurídico) sería la libertad y seguridad individual de la víctima, por sobre otras consideraciones<sup>8</sup>.

La norma estudiada castiga al “empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación (...)”. Como se puede apreciar, el elemento material del tipo penal reside en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos a una persona privada de libertad, expresiones que, según la doctrina nacional predominante, deben interpretarse conforme al artículo 1° de la Convención contra la Tortura, instrumento donde se encuentra una definición de tortura que ha sido legalmente incorporada al ordenamiento jurídico chileno<sup>9</sup>.

En cuanto a los restantes requisitos del tipo penal, se requiere de la concurrencia de un sujeto activo cualificado, en cuanto exige la calidad de

96. Recuperado de [http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19567&anio=2015](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19567&anio=2015). El Estado de Chile suscribió la Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, mediante el Decreto 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado el 26 de noviembre de 1989; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, fue incorporada por el Decreto 809, del mismo Ministerio en la misma fecha que la Convención ONU.

7 En este sentido Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. *Leciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Segunda Edición, 2013, p. 217 y ss. También Garrido Montt, M. *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica, Segunda Edición, 2010. Igualmente la jurisprudencia ha sostenido el criterio anterior, ver sentencia Rol 121-2013, del TOP (Tribunal Oral en lo Penal) de Puerto Montt; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 53-2008.

8 Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. op. cit., p. 217.

9 Por todos, Garrido, M. op. cit., p. 407.

empleado público de quien realiza la conducta, por lo que se trata entonces de un delito especial. Por su parte, el artículo 150 B contempla los casos en que intervienen particulares en la realización de estas conductas, es decir, castiga los supuestos en que los partícipes del delito no revisten la calidad de funcionarios (*extraneus*), a los cuales se les aplica la misma pena del autor cualificado<sup>10</sup>.

En relación al sujeto pasivo, este tiene que ser una persona que se encuentre privada de libertad, entendiéndose que ello ocurre cuando la persona se encuentra imposibilitada de ejercer su libertad de desplazamiento y se encuentre de facto en una posición de sujeción o control respecto del autor, no siendo correcta una verificación meramente formal de que una persona se encuentra detenida o presa<sup>11</sup>.

También se consagra, lo que algunos autores han denominado una figura agravada de apremios ilegítimos, contenida en el inciso tercero del artículo 150 A, que eleva la penalidad del autor cuando la conducta típica se realiza con la finalidad de obtener la confesión, algún tipo de declaración o cualquier información respecto del ofendido o de un tercero, casos en los que se aumenta la pena contemplada en el inciso primero de la norma comentada<sup>12</sup>.

10 En el sentido contrario, la doctrina predominante sostiene para estos casos una distinción entre la pena del autor cualificado y el partícipe no cualificado, puesto que este último se haya en una posición secundaria respecto del autor, ver Mir Puig, S. *Derecho Penal*, Parte General, 8ª ed., Reppertor, 2009, p. 400.

11 En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que se debe entender por privación de libertad: “Cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria” (CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, p. 14 y ss).

12 Matus afirma que para que “se realice esta disposición y en consecuencia se aumente su penalidad, el autor debe obtener su propósito, es decir, obtener la confesión o información requerida” (Politoff, S. Matus, J. y Ramírez, M. op. cit., p. 219). Lo anterior nos parece infundado, puesto que el legislador utiliza la voz *compeler* de la cual no es posible inferir tal conclusión. En contra también Garrido, para quien “que esta calificante exige que el propósito se

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo analizado establece una regla concursal entre las conductas descritas, y los delitos de lesiones graves y homicidio, pero siempre que, la responsabilidad por estas últimas sea a título de imprudencia o negligencia del autor o autores del mismo. Sin embargo, si la muerte o las lesiones graves se cometieren con dolo, entonces se deberá proceder conforme a las reglas generales<sup>13</sup>. En nuestra opinión, este supuesto se corresponde a lo que en doctrina se conoce como una figura preterintencional.

Por último, es importante hacer referencia a la regla del inciso segundo del artículo 150 A, que previene un tipo de omisión propia, al castigar también a aquel o aquellos que teniendo conocimiento de la realización de las conductas descritas en el inciso primero, no las impidieren o hicieran cesar, siempre y cuando tuvieran la autoridad para ello, caso en el cual la pena a imponérseles deberá rebajarse en un grado en relación a la pena prevista en el inciso primero, cuestión (la rebaja de pena por la omisión) que no encuentra algún fundamento razonable y es discutible en la doctrina<sup>14</sup>.

### 1.3 LAS CRÍTICAS A LA REGULACIÓN ACTUAL

No obstante la existencia del artículo 150 A y B en el CP chileno, el modelo de regulación adoptado sigue siendo objeto de numerosas críticas<sup>15</sup>. El Comité contra la Tortura ha señalado su preocupación “[p]or 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”<sup>16</sup>. En efecto, el Comité ha agregado que esta preocupación subsiste aún cuando “la afirmación del Estado parte de que, según el Código Penal chileno, todos los actos que pueden calificarse de “tortura” en el sentido

cumpla, no tiene respaldo en el tenor de la disposición”, Garrido, M. op. cit., p. 411.

13 En el mismo sentido, Garrido, M. op. cit., p. 411

14 *Ibidem*, p. 410.

15 “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, Instituto Nacional de Derechos Humanos, p. 77 y ss.

16 Comité contra la Tortura CAT/C/CHL/5/ 14 de mayo de 2009, párr. 10.

del artículo 1 de la Convención están penados”<sup>17</sup>.

Efectivamente nuestra actual tipificación sobre este ilícito es claramente más restrictiva que la propuesta de criminalización de la Convención ONU. Lo anterior implica, en los términos del Comité, que las regulaciones más restringidas son contrarias a la Convención. El principal aspecto en que se basa esta crítica radica en la exigencia de que el sujeto pasivo se encuentre privado de libertad, cuestión que no se contempla en el mandato de la Convención<sup>18</sup>. En el mismo sentido, en el Informe Anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos, se señala que este requisito de “la privación de libertad” no se encuentra en ningún instrumento internacional<sup>19</sup>.

Sumado a lo anterior, también se han objetado las bajas penas que contemplan la figuras analizadas, especialmente en relación a la gravedad de los supuestos que las fundamentan, lo que no guardaría correspondencia con la exigencia de imposición de “penas adecuadas a su gravedad” en los términos del artículo 4º de la Convención<sup>20</sup>. Por último, se ha observado igualmente que la falta de una denominación expresa de delito de tortura es una deficiencia que genera distorsiones para el tratamiento de la misma<sup>21</sup>.

## 2. EL MARCO DE REFERENCIA MÍNIMO PARA LA TIPIFICACIÓN DE LA TORTURA

El marco jurídico que circunscribe la tipificación de la tortura se encuentra expresamente consagrado en el derecho internacional<sup>22</sup>. Su prohibición

absoluta constituye la base de toda la regulación que se ha desarrollado en torno a su configuración<sup>23</sup>. Dos son las principales características del modelo de protección adoptado: la primera de ellas es que la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen una vulneración del derecho a la integridad física y psíquica de las personas; la segunda, por su parte, indica que las conductas prohibidas (tortura y otros tratos) deben ser criminalizadas por los Estados parte, cuyo modelo de referencia mínimo se encuentra en la definición de la Convención contra la Tortura.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos “considera claramente que los pasos necesarios para evitar violaciones del artículo 7 incluyen criminalizar los actos de tortura y malos tratos y señaló, en su Observación General al artículo 7, que “[a]l presentar sus informes, los Estados Parte deberán indicar las disposiciones de su derecho penal que sancionan la tortura y los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, y especificar las sanciones aplicables a esos actos, sean estos cometidos por funcionarios públicos u otras personas que actúen en nombre del Estado o por particulares”<sup>24</sup>. Lo anterior además deja claro que, para el estándar de derechos humanos, la obligación de tipificar como delito pesa tanto respecto de la tortura como en los malos tratos.

17 Ídem.

18 “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, op. cit, p.77 y ss.

19 Ibídem, p. 80.

20 Comité contra la Tortura, op. cit, p. 10.

21 Por ejemplo, el INDH ha observado que “las críticas a la definición ofrecida por el ordenamiento chileno dicen relación, entre otras cosas, con que no explicita el hecho punible como tortura. El Código Penal hace referencia a tormentos y apremios ilegítimos. Por poder prestarse a una interpretación equivocada y ambigua, nuestra legislación debe adoptar los conceptos consolidados en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”. “Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile (2013)”, op. cit, p. 80.

22 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7) prohíbe la tortura y los tratos crueles, inhumanos

o degradantes, por constituir una violación al derecho a la libertad personal. En el mismo sentido, el Convenio Europeo (art. 3) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5) configuran las conductas prohibidas como atentatorias del derecho a la integridad personal como bien jurídico cuya protección encierra la finalidad principal de la protección. En el Derecho Internacional Humanitario (principalmente en los cuatro Convenios de Ginebra) y también en el Derecho Penal Internacional a través del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, se ha proscrito la tortura y los malos de forma absoluta.

23 La prohibición de someter a personas a torturas, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes, se considera una norma de *ius cogens*, es decir, una norma imperativa que forma parte del orden público internacional, no admitiendo reservas o estipulaciones convencionales en contrario (Convención de Viena de Derecho de los Tratados, artículo 53 y 71. Adoptada el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor: 27 de enero de 1980. Ratificado por el Estado de Chile el 9 de abril de 1981).

24 CDH, Observación General N° 20, párr. 13.

## 2.1 LA NOCIÓN DE TORTURA COMO UN “MÍNIMO” PARA EL CUMPLIMIENTO DEL MANDATO DE TIPIFICACIÓN

La Convención contra la Tortura dispone que los actos de tortura deben constituir delito en los ordenamientos internos de los Estados signatarios<sup>25</sup>. Por su parte, el artículo 2 señala que la definición de tortura se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance<sup>26</sup>. Entonces, de lo anterior se concluye que la noción de tortura objeto de la criminalización (lo que se debe tipificar) es la entregada por la Convención, la cual expresa: “[t]odo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sea físico o mental, 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 haya cometido o de intimidar o coaccionar a una persona o a otras o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación cuando dichos dolores sean ocasionados por funcionarios públicos u otras personas en 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 sean inherentes o incidentales a estas”.

Así las cosas, para que los Estados signatarios puedan satisfacer íntegramente la obligación anterior, deben adecuar en sus ordenamientos figuras

penales que en ningún caso sean más restrictivas o limitadas que esta noción del artículo 1, en caso contrario, no se realiza el mandato “mínimo” y el cumplimiento de la obligación es deficiente. Sin embargo, las figuras que resulten más amplias que la propuesta por el estándar están permitidas, así lo afirma el punto 2 del artículo 1 de la misma Convención, mencionado más arriba, que autoriza expresamente instrumentos internacionales o nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura<sup>27</sup>, entrega una noción de mayor alcance al señalar en su artículo 2: “[se] entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”.

Estas dos definiciones contienen las nociones que configuran el concepto de tortura, de las cuales se extraen sus elementos constitutivos. La CIDH entiende que un acto que constituya tortura existe cuando los malos tratos son: (a) intencionales; (b) causan sufrimiento físico o mental severo, y (c) son cometidos con un propósito u objetivo, incluyendo la investigación de delitos. Debe tomarse en cuenta que la definición de la tortura está sometida a revisión continua a la luz de las condiciones actuales y los valores cambiantes de las sociedades democráticas<sup>28</sup>.

Por otra parte, junto con la obligación de castigar como delito los actos que queden comprendidos en estas definiciones de tortura, la Convención

<sup>25</sup> Artículo 4: “todo Estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura. Asimismo todo Estado castigará estos delitos con penas adecuadas a su gravedad”. La penalización de todos los actos de tortura, incluida la complicidad o la participación en ellos, también se encuentra reconocida en el Principio 7 del Conjunto de Principios sobre la Detención, en el artículo 7 de la Declaración de Protección contra la Tortura y párrafos 31 a 33 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.

<sup>26</sup> Ejemplo de lo anterior, de una definición de mayor alcance, es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual entrega una noción mucho más amplia en su artículo 2.

<sup>27</sup> Adoptada en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985 y entrada en vigor el 28 de febrero de 1987.

<sup>28</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe “Hacia el Cierre de Guantánamo”, 2015. Ver también Corte IDH, Caso *Cantoral Benavides vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 99.

ONU exige también en su artículo 4 que se castigue la tentativa de cometer tortura y todo acto que constituya complicidad o participación en la misma, y que todos ellos sean sancionados con penas adecuadas a su gravedad.

Asimismo, el alcance de lo anterior no se agota solo con los actos de tortura, sino que también se extiende a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo cual se deriva de lo señalado en el artículo 16 de la Convención, que prescribe que los Estados igualmente se comprometan a sancionar estos hechos cuando no alcancen a constituir tortura.

### 3. EL ACTUAL PROYECTO DE LEY PARA TIPIFICAR LA TORTURA

#### 3.1 LOS ANTERIORES PROYECTOS DE REFORMA

Con posterioridad a la entrada en vigor de la ley 19.567 y el actual tratamiento penal de la tortura, se han sucedido al menos cuatro iniciativas legales para superar, en general, las críticas efectuadas. Sin embargo, ninguna de ellas ha logrado proponer un modelo de tipificación que satisfaga las exigencias internacionales en los términos mínimos antes vistos.

Sobre los proyectos de reforma en cuestión, dos de ellos corresponden a intentos específicos de adecuación del régimen de la tortura a los estándares internacionales. Los restantes, son consecuencia de iniciativas (generales) que han tenido por objeto la implementación de un nuevo Código Penal. Sobre estos últimos, se cuenta el Proyecto de Reforma al Código Penal del año 2005<sup>29</sup>, y el actual Proyecto de Nuevo Código Penal (2014)<sup>30</sup>. En ambos casos, y entre otras cuestiones, las figuras contempladas insisten en la exigencia de que la víctima de la tortura sea una persona privada de libertad, en los mismos términos de la situación actual, con lo que en nada responden a las

29 Anteproyecto de nuevo Código Penal, Comisión Foro Penal (2005), Ministerio de Justicia.

30 Proyecto de Nuevo Código Penal 2014, Boletín N° 9.274-07, disponible en sitio web Biblioteca del Congreso Nacional (BCN) <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

observaciones del Comité contra la Tortura, que como se dijo, ha manifestado su preocupación especialmente sobre este aspecto que restringe la definición convencional<sup>31</sup>.

En lo que refiere a los proyectos particulares, el presentado el año 2009<sup>32</sup> y el reciente ingresado al Parlamento en 2014<sup>33</sup>, las cosas no son muy distintas. El primero de ellos sigue la definición de la Convención pero incurre en otras inconsistencias al tratar de emular casi en su totalidad el modelo Español recogido en su Código Penal del año 1995, que castiga la tortura y otros delitos como atentados a la integridad moral, en lo que significó la mayor novedad de su reformulación, la cual empero, no ha estado ajena de una intensa crítica<sup>34</sup>.

#### 3.2 EL ACTUAL PROYECTO

El proyecto de ley actual se encuentra en el primer trámite Constitucional y dista mucho de su propuesta inicial. El proyecto original presentado adoptaba una definición, en principio, adecuada (a la Convención) se aleja de ella de un modo diametral al considerar el tipo penal de tortura como un tipo penal de sujeto común, es decir, que se puede cometer por cualquier persona. Aquella propuesta era mucho más amplia que el modelo de referencia, y por tanto permitida desde los estándares de derechos humanos, sin embargo, desde el punto de vista penal las problemáticas eran complejas y desaconsejables<sup>35</sup>.

31 Ver supra 1.2, citas 12 y 13.

32 Boletín N° 6644 07, que contiene el proyecto de ley que “Tipifica y castiga el delito de tortura”, año 2009, disponible en web BCN: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

33 Boletín N° 9589-17, que contiene el proyecto de ley que “Modifica la tipificación del delito de tortura, eleva sustancialmente su penalidad y establece su imprescriptibilidad”, 2014. Ver en web BCN: <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>

34 Para un panorama de la situación de los delitos contra la integridad moral en el Código Penal Español, ver Muñoz Sánchez, J. *Los Delitos contra la Integridad Moral*, Tirant lo Blanch, 1999; también fundamental Barquin, J. *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2011.

35 La idea de un delito de tortura de sujeto común, es rechazada por la doctrina mayoritaria, como afirma De La Cuesta Arzamendi “[la] condición de funcionario público o persona de algún modo ligada al ejercicio de funciones

Con el avance de la tramitación, el contenido del proyecto ha cambiado totalmente en relación a la moción original. El texto aprobado hasta ahora, contiene la incorporación de seis nuevos artículos al CP, y varias modificaciones que van desde el artículo 147 al artículo 255 del CP vigente. Entre sus principales características destaca la creación de un tipo penal que castiga los tratos degradantes y un nuevo delito de tortura que se contempla en un nuevo párrafo, donde se propone también una figura agravada de tortura por el hecho de cometerse en contra de personas privadas de libertad. Por último se considera una figura que castiga el concurso real de la tortura con el homicidio, la violación o las lesiones graves.

En cuanto a la definición de tortura, se eligió una fórmula que sigue, en general, la definición Convencional y que se complementa con la noción de la Convención Interamericana en cuanto a incluir también como conducta típica “los métodos que anulan la personalidad”. Así, el tipo penal se recoge en un nuevo artículo 161 bis, que dispone: “El empleado público o el particular que, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia, aplicare tortura a una persona, será penado con presidio mayor en su grado mínimo.

El encubridor de tal conducta será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionadamente 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 la raza o etnia, nacionalidad, ideología u opinión política, religión o creencia, u orientación sexual.

Se entenderá también por tortura la aplicación sobre una persona de métodos aptos para anular completamente su personalidad, entendida como aquella que consigue la supresión de la voluntad, discernimiento y decisión”

Posteriormente, en el artículo 161 ter se castiga los casos en que “con motivo u ocasión de la tortura, se cometiere además homicidio, o alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397 N° 1...”, figura que es sancionada con la pena mayor que contempla el Código. Por su parte, el artículo 161 quáter establece que se aumentará la pena del delito de tortura del 161 bis, cuando la víctima se encuentre legítima o ilegítimamente privada de libertad, en cuyo caso le corresponderá al autor la pena aumentada en un grado.

Por último el proyecto prohíbe la aplicación para este grupo de delitos, de las causales de extinción de la responsabilidad penal contenidas en los números 6 y 7 del artículo 93 del CP. Finalmente también se consideran reglas de competencia en cuanto a excluir a la justicia militar de estos delitos y se modifican las penas del artículo 255 del mismo texto legal.

#### 4. BALANCE Y CRÍTICAS AL PROYECTO

Como se ha visto, la regulación nacional del delito de tortura no se adecua a las exigencias internacionales. A partir de esta constatación han existido varios intentos legislativos para superar tal insuficiencia y cumplir con las obligaciones del Estado en esta materia. No obstante ello, lo cierto es que aún nos mantenemos con una tipificación insatisfactoria y, por ello, cualquier propuesta destinada a corregirla debe ser valorada positivamente.

Efectivamente hay una propuesta que en general es compatible con los estándares internacionales. Al respecto, el punto más destacable en este sentido dice relación con los marcos penales propuestos, los cuales son coherentes con la obligación de establecer penas proporcionadas a la gravedad de este tipo de delitos.

---

públicas es inherente a la historia semántica de la tortura... y esto debe seguir siendo un elemento característico de lo injusto específico de la tortura, que sirva para distinguirla netamente de los actos de crueldad o maltratos físicos o psíquicos cometidos al Estado... es más lo que eleva la tortura al interés internacional es la práctica del Estado en contra de víctimas desprovistas de protección”, De La Cuesta Arzamendi, J. L. *El delito de tortura*. Bosch. Barcelona, 1990. En el mismo sentido Abreu, M. L. M. La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1986, 39(2), 423-486 y Rafecas, D. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Rústica, 2010, p. 108 y ss.

Sin embargo, el proyecto adolece de importantes aspectos que son incompatibles con el objetivo que persigue, esto es, cumplir con las obligaciones contraídas por el Estado. En efecto, una primera crítica alude a la noción de tortura que se recoge, la cual, como se dijo, en general sigue los lineamientos de las convenciones, pero que se aparta de ella en varios aspectos.

En primer lugar, la definición del proyecto establece una cláusula taxativa o cerrada de las finalidades que puede tener la tortura, en abierta contradicción con el estándar internacional que contempla una fórmula general o abierta de la misma, en el sentido de establecer cualquier finalidad que pueda basarse en algún motivo de discriminación (Convención ONU) o cualquiera sea la finalidad perseguida (Convención Interamericana); por el contrario, el proyecto considera “o en razón de una discriminación fundada en la raza o etnia, nacionalidad, ideología u opinión política, religión o creencia, u orientación sexual”, transformando con ello en *númerus clausus* la referencia a los fines, cuestión que es manifiestamente más restringida que el estándar mínimo visto, por lo que resulta incompatible con la obligación internacional.

En el mismo sentido restrictivo incurre el proyecto, en el caso de los métodos para anular la personalidad, ya que exige que estos sean “aptos para anular completamente la personalidad de una persona, entendida como aquella que consigue la supresión de la voluntad, discernimiento y decisión”, cuestión totalmente diversa a la establecida en el artículo 2 de la Convención Interamericana la cual alude a “métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental”, descripción que en ningún caso contiene las limitaciones del proyecto.

En segundo lugar, en nuestra opinión tampoco es acertada la figura que agrava la pena de los casos de tortura (art. 161 quáter) cuando la víctima se encuentre privada de libertad, o bajo alguna forma de custodia o control, ya que estos no son elementos que se encuentren presentes en los estándares vistos y que significan, en todo caso, una aplicación más limitada del concepto. Además de

lo anterior, no se ve el fundamento fáctico para la justificación de la agravación, toda vez que en la generalidad de los casos, las víctimas de tortura o malos tratos se encuentran materialmente a disposición del autor y con su libertad ambulatoria restringida, cuestión que permite la realización de tales conductas, por lo que su consideración especial es redundante con la noción misma de un acto de tortura.

En tercer lugar, el proyecto no deroga ni modifica el régimen actual del artículo 150 A del CP, tipo penal, que como vimos, para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, constituye el tipo que castiga los actos de tortura. Lo anterior es preocupante, ya que parte del contenido actual de la citada norma, se entrelaza con la definición del nuevo artículo 161 bis, originando un posible concurso aparente de leyes penal, cuestión que si bien tendrá que ser resuelta por los jueces en cada caso, de acuerdo a las reglas generales, lo aconsejable sería una distinción de texto de mayor claridad, sobre todo por las diferencias penológicas que hay entre el inciso tercero del actual artículo 150 A, con el sugerido 161 bis, y en forma más patente con la figura agravada del 164 quáter del proyecto.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abreu, M. L. M. “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1986.
- Barquin Sans, J. *Los Delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid: Editorial Depalma, 1992.
- CIDH, *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*, 2011.
- De La Cuesta Arzamendi, J. L. *El delito de tortura*. Barcelona: Bosch, 1990.
- Muñoz Sánchez, J. *Los Delitos contra la Integridad Moral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- Barquin, Jesús *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2011.
- Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal*, Tomo III, Parte Especial, Editorial Jurídica, Segunda Edición, año 2010.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, 8ª Edición, Reppertor, 2009
- Politoff, Matus, Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, 2º ed. 2013.
- Rafecas, D. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Rústica, 2010.
- Vera Robustiano, *Código Penal de la República Comentado*, Imprenta de P. Carot, Santiago, 1883.