

Problemas de aplicación de los delitos de tortura y de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, especialmente desde el punto de vista de las exigencias subjetivas

Héctor Hernández Basualto*

El presente estudio aborda una serie de cuestiones problemáticas que plantea la aplicación práctica de los delitos de tortura (art. 150 A del Código penal¹) y de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 150 D), particularmente en el ámbito de las exigencias subjetivas. Se ha elaborado a solicitud del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) con el fin de orientar la intervención de dicho organismo en procedimientos penales en que actúa como querellante. El estudio se construye a partir de la comprensión personal del autor sobre las disposiciones legales pertinentes y sobre el estado de la discusión existente en nuestro medio en torno a los requisitos generales de la responsabilidad penal, de modo que su texto y conclusiones sólo comprometen al autor y no al INDH en su calidad de organismo mandante.

1. Cuestión previa: los delitos de los arts. 150 A y 150 D como delitos de resultado

La cuestión sobre el cumplimiento de las exigencias subjetivas de un tipo penal en la práctica está fuertemente condicionada por la estructura que éste exhibe, en concreto, si constituye un delito de mera actividad o uno de resultado, pues mientras en los delitos de mera actividad la posible concurrencia de dolo eventual o culpa sólo puede descansar en un defecto cognitivo (error) respecto del sentido de la conducta realizada, en los delitos de resultado el dolo ha de abarcar un estado de cosas separado temporal y hasta espacialmente de la conducta, de modo que dolo eventual y culpa pueden descansar no ya en un defecto cognitivo sino que también y principalmente en una desviación entre una representación del futuro y lo que en efecto llega a ocurrir en la realidad (de ahí que sólo de un modo impropio puede hablarse de “error”).

Interesa, entonces, aclarar si los delitos de los arts. 150 A y 150 D son delitos de mera actividad o si, por el contrario, son delitos de resultado. Para el análisis conviene tener a la vista el núcleo de las tipificaciones en cuestión. En el caso del art. 150 A el delito se establece en los siguientes términos (incisos primero y segundo):

“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.

* Doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia). Profesor titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales.

¹ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal chileno.

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”.

Lo que se complementa con dos definiciones de lo que debe entenderse por “tortura”, del siguiente tenor (incisos tercero y cuarto):

“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”².

Por su parte, el tipo del art. 150 D está así formulado (inciso primero):

“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”³.

Pues bien, contra lo que pudiera creerse a primera vista, todo indica que se está frente a delitos de resultado. Esta afirmación puede resultar desconcertante si se considera que para ambos tipos penales se prevén figuras calificadas precisamente por las consecuencias lesivas a las que, de modo contingente, pueden conducir, a saber, lesiones gravísimas dolosas y cuasidelitos de homicidio y de lesiones que, de ser dolosas, serían crímenes (arts. 150 B y 150 E). Pero si lo único decisivo para que se pueda apreciar un delito de resultado es que haya casos en los que la conducta del agente que va dirigida al maltrato puede estar completa

² En términos negativos, el inciso quinto y final dispone: “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”.

³ También en este caso se aclara, en términos negativos, lo siguiente (inciso tercero): “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”.

y, no obstante, no se ve efectivamente comprometido el cuerpo o el bienestar psicológico de otro, entonces queda claro que se trata de delitos de resultado. Así, por ejemplo, puede ser que la descarga eléctrica sobre el cuerpo de un prisionero no tenga lugar por un defecto técnico imprevisto, que la víctima eluda el golpe de bastón que se le dirige o que el proyectil no dé en blanco. En la medida en que probablemente nadie estaría dispuesto a decir que se ha torturado o que se le han aplicado tratos crueles o inhumanos a alguien sin que su cuerpo ni su mente se hayan visto comprometidos, habrá que coincidir en que los supuestos mencionados esos delitos han quedado en grado de *frustración*, con lo cual se reconoce que se trata de delitos de resultado, en concreto, de delitos cuya consumación supone que se le haya irrogado dolor o sufrimiento a la víctima, dolor o sufrimiento que son distinguibles, tanto en el plano conceptual como eventualmente también en el plano espacio-temporal, de la conducta (activación del sistema eléctrico, ataque con el bastón, disparo del proyectil) desplegada por el agente, con lo cual constituyen *resultados típicos* de la conducta. La relación con las figuras calificadas de los arts. 150 B y 150 E viene dada o bien porque la manera de infligir tal dolor o sufrimiento adopta una forma que es típica en sus propios términos (como cuando se comete violación o abusos sexuales calificados), o bien porque se producen ciertos efectos que van más allá o son más específicos que la simple irrogación de dolor o sufrimiento, como en el caso de las mutilaciones o lesiones gravísimas. En este último caso se trata también de resultados típicos, pero que no son los únicos sino sólo unos más específicos, pues ya la figura básica considera como resultado la efectiva irrogación de dolor o sufrimiento.

Ahora bien, debe reconocerse que lo anteriormente dicho sólo es indiscutible respecto de la conducta típica consistente en *aplicar* tortura o apremios ilegítimos u otros tratos, respectivamente, pero no lo es, al menos a primera vista, en lo que dice relación con las variantes de *ordenar* o *consentir* en la aplicación de tales formas de maltrato⁴. Porque podría entenderse, con base en la literalidad del texto, que la sola orden o el solo consentimiento a unas torturas o apremios que aún no han tenido lugar ya constituirían delito consumado en

⁴ El problema que se trata en el cuerpo del texto podría sugerir una conexión con el carácter de *delitos especiales* de estos tipos penales, pero no es el caso. Por cierto se trata de delitos especiales, porque deben ser cometidos en principio por un empleado público, pero esto no acarrea consecuencias destacables desde el punto de vista de las exigencias subjetivas, sino sólo en el plano objetivo, a saber, si pueden responder por ellos quienes no tengan esa calidad especial. Cabe destacar, sin embargo, que ese problema viene expresamente resuelto, al menos en parte, por la ley. El particular que incurre en las conductas típicas sufre las mismas penas que el funcionario, a condición de que obre a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de una persona que tenga tal calidad (art. 150 A inciso segundo, art. 150 F), es decir, se requiere la intervención siquiera pasiva de un funcionario, de lo contrario la conducta del particular no es típica bajo estos títulos. Pero dado el requisito, se produce una equiparación total entre *extraneus* e *intraneus*. Queda por resolver el clásico problema de la comunicabilidad, que no viene zanjado por la ley (sí lo estaba bajo la Ley N° 19.567, art. 150 B del Código), a saber, si el particular que no realiza conductas típicas, sino que sólo interviene en el hecho del funcionario (inducción y complicidad, equiparada o no a la autoría), es también punible bajo estos títulos. Sin perjuicio de la remisión a la discusión general (sobre esto puede verse un panorama en *Hernández, Héctor*: Art. 14, en *Couso, Jaime / Hernández, Héctor* [directores]: Código penal comentado. Parte general, Thomson Reuters, Santiago 2011, p. 372 ss.), en este contexto específico habla a favor de la comunicabilidad la decisión legislativa de equiparar completamente al particular con el funcionario a condición de que este último intervenga, lo que torna poco plausible que quisiera negarles relevancia a este título cuando cooperan al funcionario o lo determinan a la comisión del delito. Más aún, respecto del *extraneus* es manifiesto que la ley de 2016 quiso agravar su tratamiento (compárese el antiguo art. 150 B con el régimen actual), lo que no se condice con la posible incomunicabilidad.

los términos de los arts. 150 A y 150 D. En efecto, la equiparación entre la conducta lesiva en sí y conductas sólo tendientes a ella, como son la orden o el consentimiento a dicha conducta, plantea la duda de si la orden o el consentimiento operaban como conductas *accesorias* a la aplicación misma del tormento o apremio (sólo punibles desde la tentativa de ésta, según su propio grado de ejecución) o como conductas *principales*, punibles como delito consumado desde que tenían lugar, con independencia de que se hubieran aplicado tormentos o apremios. El problema se daba ya bajo la Ley N° 19.567, de 1 de julio de 1998, que introdujo la primera tipificación “moderna” de la tortura, sin que, hasta donde se alcance a ver, haya sido abordado explícitamente por la literatura⁵. Bajo la nueva regulación legal se ha afirmado puntualmente la segunda posición⁶, aunque sin mayor discusión. Tratándose de una cuestión de verdad discutible, al menos puede vaticinarse que la segunda posición difícilmente podrá tener éxito en la jurisprudencia chilena, pues, en efecto, resulta más que improbable que nuestros tribunales estén dispuestos a condenar al alguien por el delito *consumado* de tortura o de apremios u otros tratos cuando ni siquiera haya habido la tentativa de algo que pueda calificarse como tal⁷. De comprobarse el vaticinio, se confirmaría que se está en todos los casos ante delitos de resultado, en el sentido que se acaba de explicar.

A partir de esta base se pueden analizar ahora las exigencias subjetivas de los delitos en cuestión. Se comenzará con el delito de *apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*, por tener una estructura que, aunque siendo prácticamente idéntica a la del tipo de tortura, es menos compleja.

2. Exigencias subjetivas del art. 150 D

2.1. Descripción de las exigencias comunes a todas las hipótesis

La exigencia subjetiva básica y “por defecto” del derecho penal chileno es la exigencia de *dolo*. Conforme a los arts. 1° y 10 N° 13 si la ley nada dice, la punibilidad de la conducta amenazada con pena requiere que el agente la realice dolosamente. Por otra parte, el dolo debe “abarcar” (debe haber conocimiento y voluntad de realización de) todas y cada una de

⁵ Con todo, cabía entender que estaban por la primera solución, conforme a la “solución global” en materia de tentativa y autoría mediata (el principio de ejecución para el conjunto de todos los sujetos [la globalidad] se da atendiendo al comportamiento del hombre de adelante, no del de atrás) que al parecer abrazaban, *Bascuñán*, Antonio: Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución (Materiales de estudio), Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 1998, p. 62 (“autoría mediata o participación”); y *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial, T. I, 3° edición, Thomson Reuters, Santiago 2014, p. 277 s. (“autoría mediata”).

⁶ Así *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: Manual de derecho penal chileno. Parte especial, 3° edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 133. Si bien los autores citados hablan de la posibilidad de apreciar tentativa o frustración, los ejemplos que dan versan sobre casos en que lo que no se consuma es la conducta de ordenar o consentir, entendida como una forma de comunicación, no sobre casos en los que falta sea la tortura.

⁷ Cabe destacar que semejante adelantamiento de la barrera de protección no viene impuesto por el derecho internacional. En efecto, el deber de tipificación penal previsto en el art. 4° de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes sólo tiene por objeto que todos los actos de tortura constituyan delito, y que sean punibles también la tentativa y toda forma de complicidad o participación en la tortura. Por su parte, el art. 6 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura ordena que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delito.

las exigencias objetivas del respectivo tipo penal, de modo que es el tipo objetivo de cada delito el que determina los alcances del dolo en cada caso. Sólo excepcionalmente se prevén exigencias subjetivas adicionales (*elementos subjetivos del tipo o del injusto, distintos o trascendentes del dolo*), que se distinguen del dolo precisamente porque su objeto de referencia no es una exigencia del tipo objetivo, como ocurre, por ejemplo, en el art. 411 ter, con la finalidad de que las personas cuya entrada o salida del país se promueve o se facilita ejerzan la prostitución: no es necesario que efectivamente las personas desarrollen esa actividad para que haya delito, pero sí se necesita que la conducta objetivamente exigida (promover o facilitar la entrada o salida de personas del país) y a la cual está referida el dolo, esté presidida por esa finalidad específica que trasciende de dicha exigencia subjetiva básica. Como se verá luego (*infra* 3), esta es la situación también del delito de tortura del art. 150 A.

Con esto en mente se debe analizar ahora el art. 150 D. El tipo objetivo del tipo penal requiere que un empleado público *aplique* (o bien *ordene* o *consienta* la aplicación de) apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, “que no alcancen a constituir tortura”, y que lo haga “abusando de su cargo o sus funciones”. La ley no explicita qué debe entenderse por apremios ilegítimos o, en general, por tratos crueles, inhumanos o degradantes, pero de la determinación negativa “que no alcancen a constituir tortura” se desprende que se trata de conductas que comparten al menos parcialmente las características de la tortura, definida en el art. 150 A, definición de la cual puede extraerse como conducta objetiva elemental la de infligir dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos.

Si esto es así, el dolo del delito del art. 150 D supone que el sujeto sepa que lo que está haciendo irroga o irrogará dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, y que, no obstante ese conocimiento (respecto del dolor o sufrimiento presente) o representación (respecto del dolor o sufrimiento inminente o futuro), persista en su actividad asumiendo esa consecuencia. Esto se sigue simplemente del reconocimiento entre nosotros del *dolo eventual* como regla general en materia de dolo: en ausencia de notas legales que, real o presuntamente, impliquen una exigencia específica de dolo directo⁸, o bien de exigencias subjetivas adicionales (los ya mencionados elementos subjetivos del tipo o del injusto), el dolo eventual basta como soporte subjetivo de la punibilidad de la conducta. Esto es lo que debe regir, inequívocamente con el tipo de apremios ilegítimos u otros tratos del art. 150 E.

En efecto, debe descartarse en primer lugar que el art. 150 E contenga exigencias subjetivas más allá del dolo, desde luego porque, en manifiesto contraste con el art. 150 A, que considera un catálogo de finalidades que deben perseguirse con la irrogación de dolor o sufrimiento, o de otras razones que deben presidir la conducta, el art. 150 D guarda riguroso silencio al respecto. Pero más allá del tenor literal de la ley, probablemente lo decisivo es que una de las diferencias reconocidas entre ambas figuras penales (aunque no suficiente como para servir de criterio de delimitación, como se verá luego *infra* 4) es, precisamente, que los otros tratos, a diferencia de la tortura, no exigen ningún propósito ni razón especial.

⁸ Alcance que conforme a la opinión mayoritaria (aunque discutible) en Chile cabe atribuirles a expresiones legales tales como “a sabiendas” o “maliciosamente”, entre otras. Sobre esto, *Hernández*, Art. 1º, en *Couso / Hernández* (directores): Código penal comentado, PG, p. 74 s.

Es lo que se desprende, en el plano internacional, de las definiciones pertinentes, y vinculantes para el derecho chileno, de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984. Así, mientras el art. 1 de dicho instrumento define *tortura* aludiendo, además de a un comportamiento “intencional”⁹, a ciertos fines o propósitos específicos (“*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”), el art. 16 del mismo cuerpo normativo se refiere a la obligación adicional de prohibir los tratos crueles, inhumanos o degradantes con total prescindencia de esos u otros fines o razones¹⁰. Incluso, si se atiende a la Convención Interamericana para la prevención y sanción de la tortura, de 1985, también vinculante para Chile, cuya definición de tortura, recogida en su art. 2, en definitiva se satisface con cualquier finalidad (se refiere a la irrogación de 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*”), tiene esa característica de asociar siquiera *prima facie* la tortura a ciertos fines o propósitos, lo que no hace con los otros tratos, cubiertos pero no definidos por su art. 6 inciso tercero¹¹. Así las cosas, en ausencia de texto legal expreso en sentido contrario, una interpretación restrictiva del concepto de otros tratos, por la vía de incorporarle exigencias subjetivas previstas exclusivamente para la tortura, podría representar el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado de Chile en la materia. Siendo evidente que la legislación chilena ha seguido en esto a los mencionados tratados internacionales, principalmente en la transcripción casi literal de la definición de tortura, debería estar fuera de toda discusión que la exigencia de finalidades o razones solo es pertinente para el delito de tortura del art. 150 A y no para el de apremios ilegítimos u otros tratos del art. 150 D.

Como fuera, aunque lo anterior sea clarísimo, se verá luego (*infra* 3), que la exigencia de finalidades o razones propia de la tortura no tiene consecuencias prácticas tan significativas como las que a primera vista pudiera creerse. Si aquí se insiste en negar que el art. 150 D sea un tipo penal con elementos subjetivos que trasciendan del dolo, es solo por rigor analítico, porque si se quisiera poner en duda la conclusión, los resultados serían prácticamente los mismos. Ahora, si se asume como una conclusión correcta, ya *a priori* sería manifiesto que el art. 150 D se satisface sin problemas con dolo eventual.

En lo que concierne ahora a una actuación del funcionario “abusando de su cargo o sus funciones”, lo único que se requiere en el plano *objetivo* es que la conducta ilícita se ejecute

⁹ *Intentionally, intentionnellement, intencionadamente*, que se puede entender sin dificultades como la formulación común para diversos sistemas jurídicos de la simple exigencia de *dolo*.

¹⁰ Art. 16.1: “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

¹¹ Que establece la obligación de los Estados de tomar “medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción”.

en tal condición, porque, en la medida en que el cargo y las funciones ponen al sujeto en mejor posición para cometer el delito (su identificación con la autoridad, los medios especiales con que cuenta para desempeñarse, etc.), en circunstancias en que la mejor posición se ha establecido con fines legítimos, no delictivos, la sola comisión en esa mejor posición, su aprovechamiento delictivo, resulta abusiva¹². La interpretación debe ser, entonces, la misma que rige, por ejemplo, para el aborto calificado de facultativo conforme al art. 345 (“[e]l facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto”), conforme a la cual lo único que importa, supuesta la ilicitud de la conducta, es que el médico cause el aborto actuando como tal (y no, por ejemplo, como pareja de la mujer embarazada que le provoca el aborto a golpes)¹³. Siendo esto así, ahora en el plano *subjetivo*, lo único que exige el dolo a ese respecto es que el agente advierta que está actuando en su calidad de empleado público y no en otra calidad. El correlato subjetivo de la exigencia de un actuar abusivo no debe entenderse entonces como la demostración de una especial perversidad del sujeto o de la persecución de fines espurios, sino simplemente como la constancia de que el sujeto que cometió el delito en su calidad de funcionario, abusando consecuentemente de su cargo o funciones, era consciente de estar (sabía, advertía que estaba) actuando en esa calidad. Y eso, como es obvio, salvo en casos excepcionalísimos y más bien “de laboratorio”, se dará prácticamente siempre

Cosa distinta es el posible error del funcionario sobre el alcance de las facultades que le asisten, lo que, sin embargo, según opinión ampliamente dominante en nuestro medio, nada tiene que ver con el dolo, sino que exclusivamente con una eventual atenuación y, en casos muy excepcionales, con una exención de la responsabilidad por el delito doloso por la vía del reconocimiento de un *error de prohibición* (vencible en el primer caso, invencible en el segundo). El único caso en que un error sobre la legitimidad del propio desempeño funcionario puede eximir de la responsabilidad por el delito doloso (y, en este caso, de responsabilidad penal en general) de modo más o menos regular, se da cuando el error del funcionario se funda en una incorrecta apreciación de las *circunstancias fácticas* (cree, por ejemplo, que el manifestante está armado y se apresta a agredirlo a él o a terceros o que el sujeto que está deteniendo es quien efectivamente acaba de incurrir en el delito, etc.), en la medida en que ese error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación se asimila en la actualidad mayoritariamente, al margen de la exacta calificación dogmática de esta forma de error, al error de tipo, al menos en sus consecuencias, con lo cual se niega el dolo y se considera una posible responsabilidad por imprudencia¹⁴, siempre que el tipo penal en cuestión tenga un correlato imprudente (como sería el caso de los delitos de homicidio o de lesiones, pero no el del delito del art. 150 D).

¹² Se dice, a veces, que lo abusivo viene dado por la ilicitud del comportamiento, lo que en sus propios términos no parece correcto, aunque los resultados pueden ser coincidentes. Desde luego no puede considerarse abusivo un comportamiento legítimo, pero lo ilícito y lo abusivo son dimensiones diferentes de un hecho: matar a otro sin justificación es ilícito para cualquiera, pero solo se dirá que hay abuso del cargo o funciones respecto de quien lo hace al amparo de una calidad especial que lo pone en mejor posición para matar.

¹³ *Etcheberry*, Alfredo: Derecho penal, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, T. III, p. 104; *Matus / Ramírez*, Manual, PE, p. 84.

¹⁴ Sobre el estado de la discusión en Chile, una síntesis en *Hernández*, Art. 1º, en *Couso / Hernández*, (directores), Código penal comentado, PG, p. 64 ss., con referencias doctrinales y jurisprudenciales.

2.2. El dolo de la figura básica y su prueba

Dicho esto, la cuestión ahora es ilustrar sobre los posibles alcances de la afirmación en cuanto a que el delito del art. 150 D se satisface con dolo eventual. Lo fundamental es que no es necesario que el empleado público *persiga* la irrogación del dolor o sufrimiento, sino que basta con que actúe *asumiendo* que tal irrogación es una consecuencia posible su acto. A este respecto, el problema práctico básico que aqueja la aplicación del art. 150 D es común a la aplicación de todos los delitos de resultado, a saber, el de la *prueba del dolo* respecto de los resultados exigidos por el tipo penal (en este caso, la irrogación de dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales)¹⁵, específicamente el de la prueba del dolo eventual.

En términos generales, el dolo del agente se podrá colegir de las circunstancias y de las concretas formas que adopte su comportamiento. En esto la experiencia común (las “máximas de la experiencia”) es decisiva. Un buen criterio para ordenar la propia argumentación en esta materia es el propuesto por *Puppe*, consistente en que debe afirmarse dolo (al menos eventual) cada vez que se observe en el comportamiento del agente, supuesto su conocimiento de las circunstancias concomitantes, un *método idóneo* para la consecución del resultado en cuestión¹⁶. Desde luego se trata de un criterio de algún modo restrictivo, pero, en cuanto es difícilmente controvertible, debiera servir de punto de partida seguro para despejar un gran número de casos y, a partir de esa base, aventurarse luego en la discusión de casos más complejos.

En este contexto, no ofrecen mayores dificultades los casos en que existe *contacto físico* entre el agresor y la persona agredida, sea inmediato, sea a través de instrumentos cuyo efecto sobre la víctima sea relativamente inescindible de su manipulación por parte del agresor. Esto es así porque, al no existir mayor separación entre conducta y resultado, lo que torna improbable una desviación significativa entre lo que se podía esperar de ella y su efecto concreto (sobre todo cuando el efecto relevante es uno tan grueso como el dolor o el sufrimiento), serán precisamente las características objetivas de dicha conducta las que sugerirán con relativa claridad lo que el sujeto se representaba y asumía. Así, difícilmente se puede poner en duda el dolo de infligir dolores o sufrimientos del funcionario público que golpea con puños, codos o pies o con cualquier tipo de instrumento a otra persona, o que, viéndola, la atropella o golpea con el vehículo que conduce, o que la empuja con su propio cuerpo, etc. Los casos dudosos serán más bien escasos, sólo cuando las circunstancias que rodean el hecho sugieran que el funcionario o bien no advertía los efectos de su conducta (no veía a la persona atropellada) o su gravedad (el empujón no tendía a una caída brusca, la presión sobre el brazo no pretendía ser dolorosa, etc.)¹⁷, o bien creía estar obrando amparado

¹⁵ Las explicaciones siguientes se centran en los dolores o sufrimientos *físicos*, no solo porque no existe claridad, ni en Chile ni en el derecho comparado, sobre la commensuración de los sufrimientos mentales, sino sobre todo porque los casos en que se llegue a plantear una imputación exclusiva por ese concepto serán, con seguridad, casos claros en materia de dolo. Respecto de los dolores o sufrimientos *sexuales*, se entiende que o son físicos o son mentales (o una mezcla de ambos), de modo que, en cuanto sean físicos, valen también a su respecto las explicaciones siguientes.

¹⁶ Así, entre otras fuentes posibles, *Puppe*, Ingeborg: La distinción entre dolo e imprudencia (trad. *Sancinetti*, rev. *Galli*), Hammurabi, Buenos Aires 2010, p. 93 ss. (marg. 69 ss.).

¹⁷ Cabe destacar, sin embargo, que al margen de la corrección conceptual de esta posible discusión, que viene impuesta por la exigencia de gravedad del art. 150 A, que, aunque atenuada, se traslada en principio al art. 150

por una causa de justificación que en los hechos no se daba (creía que se estaba defendiendo a sí mismo o a terceros, creía que estaba impidiendo la fuga de quien debía ser detenido y todo esto bajo la creencia de estar cumpliendo las normas que regulan su actividad atendidas las circunstancias concretas)¹⁸.

El asunto se hace ciertamente más complejo cuando se trata de *acciones a distancia*, las que desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.968 son también típicas¹⁹. Con todo, en términos generales pueden aplicarse con relativo éxito los mismos criterios de atribución (y acreditación) del dolo que se acaban de esbozar. Las situaciones habituales que habrá que resolver dicen relación con el lanzamiento de proyectiles, particularmente con algún tipo de arma de fuego²⁰.

No debería haber duda sobre la existencia de dolo de apremios ilegítimos u otros cuando se dispara directamente hacia una *persona determinada* que se encuentra a una distancia cubierta por el alcance estándar del arma. Lo relevante será establecer en el plano objetivo que, en efecto, se le disparó directamente a la persona, lo que dependerá de los movimientos del tirador, de la distancia entre él y la víctima, de la interacción previa, si la hubo, del ángulo de tiro y de la trayectoria del proyectil, de la existencia o no de explicaciones alternativas que hagan plausible la alegación de que no se le disparó a la persona. Habiéndosele disparado a ella, sólo se podrá negar el dolo en casos muy particulares en que circunstancias adicionales sugieran la posibilidad de error.

Tampoco debería haber dudas sobre el dolo de apremios ilegítimos u otros tratos cuando se le dispara a un grupo de personas a una distancia cubierta por el alcance estándar del arma. Curiosamente, este caso es aún más claro que el anterior, en la medida en que es mucho más improbable la desviación entre lo que es esperable del disparo y el resultado típico, porque la posibilidad de alcanzar a un miembro del grupo es mayor que la de alcanzar a una única persona sola. Dispararle a un grupo de personas sin tomar ningún resguardo tendiente a evitar que sean alcanzadas es, ciertamente, un *método idóneo* (en los términos de *Puppe*) para irrogarle dolor cuando menos a alguna de ellas. Aunque no exista ninguna seguridad de que el proyectil pueda alcanzar efectivamente a una persona (lo que depende de muchos factores, incluyendo la distancia, la densidad del grupo, su disposición, el ángulo de tiro, etc.), la sola decisión de disparar directamente hacia un grupo de personas es incompatible con un juicio de mera imprudencia en relación con un posible resultado lesivo. Nótese que “disparar a un grupo” no significa nada más que dirigir el arma hacia un lugar en que se encuentren personas

D (que éste requiere un umbral mínimo de relevancia, que lo delimite de las vejaciones injustas del art. 255, es un punto relativamente pacífico), en la práctica sólo se dará en casos muy especiales, en que el tipo de conducta desplegada, establecida con cierta claridad, sugiera fuertemente que el agente excluía estar causando con ella dolores o sufrimientos relevantes. La discusión parece más plausible, en rigor, respecto de las posibles consecuencias lesivas que vayan más allá del dolor o sufrimiento (*infra* 2.3).

¹⁸ Como ya se dijo, en la actualidad este tipo de errores recibe el mismo tratamiento del error de tipo.

¹⁹ Recuérdese que el art. 150 A original, introducido por la Ley N° 19.567 el año 1998, sólo eran punibles los tormentos o apremios ilegítimos contra personas privadas de libertad, lo que en los hechos hacía muy poco plausible que se tratara de maltratos a distancia. En la actualidad, sin embargo, en la medida en que la privación de libertad o, mejor, el sometimiento al control del agente es sólo una circunstancia que califica el hecho (art. 150 C e inciso segundo del art. 150 D), eso ha dejado de ser así.

²⁰ Otros casos posibles son el lanzamiento de un chorro de agua, el hecho de azuzar a un animal para que ataque a la víctima, etc.

y que el dolo lo único que requiere es que el sujeto advierta la presencia de dichas personas, porque disparar con esa conciencia implica asumir las consecuencias, que, según el caso, serán prácticamente seguras o, al menos, altamente probables. La única diferencia será que, en el primer caso, se hablará de *dolo directo* (al menos dolo directo de 2º grado o de las consecuencias necesarias, sin necesidad de indagar si *quería* el resultado²¹), en tanto que, en el segundo, habrá de afirmarse dolo eventual. Como no se requiere ningún propósito especial, también actuará con dolo del art. 150 D el funcionario que lo hace desaprensivamente o con desidia, pero con conciencia de las circunstancias fácticas.

Sólo puede excluir el dolo el *error* sobre estas circunstancias, lo que debe poder colegirse de indicios concretos dados por ellas mismas, así como particularidades fácticas que alteren las características objetivas del caso tal como se ha definido aquí, como sería, por ejemplo, que las personas se encontraran fuera del alcance estándar del arma, o que el disparo se hubiera realizado de un modo que debiera excluir la producción de resultados como los provocados.

Ahora bien, en ausencia de contextos de riesgo tan claros, la cuestión es irremediablemente más dudosa y debe abordarse caso a caso. En esta materia son de invaluable ayuda, como fuente de “máximas de la experiencia”, las reglas que disciplinan los procedimientos de los funcionarios públicos y, en particular, el uso de instrumentos potencialmente dañinos. En la medida en que compendian la experiencia con tales instrumentos, dichas reglas expresan cuando menos el límite del llamado *riesgo permitido*, es decir, el límite del comportamiento peligroso pero legítimo que no puede dar lugar a consecuencias penales ni aun cuando excepcionalmente provocan, sin dolo, un resultado típico. Pero, a la vez, dan pistas sobre el posible dolo del agente en cuanto definen circunstancias bajo las cuales el posible efecto dañino simplemente no es más controlable, de modo que la realización de la conducta sólo puede considerarse dolosa²². El trabajo analítico y argumentativo de la parte acusadora en este contexto es extraer de las reglas que gobiernan la respectiva actividad funcionaria no ya confirmación de lo obvio (el carácter ilícito de la conducta), sino la identificación de riesgos cuya asunción es necesariamente dolosa²³.

Por último, cabe mencionar dos cuestiones complementarias a respecto de la figura básica del art. 150 D y su dolo:

La *primera* es despejar posibles malos entendidos y la tentación de aplicar a casos como los que nos ocupan la figura de la *aberratio ictus* o error en el golpe. Como se sabe, la figura da cuenta de casos en los que el sujeto dirige su conducta contra un objeto y, por una desviación del curso causal, termina afectando otro. Conforme a la opinión ampliamente dominante en nuestro medio (aunque con cierta vacilación en la jurisprudencia), la situación descrita da

²¹ Con independencia de que, desde un punto de vista probatorio, sea ciertamente muy difícil negar que quien le dispara a una multitud no quería darle a alguien, aunque sea indeterminado.

²² Para evitar malos entendidos, no se está equiparando aquí infracción de reglas de cuidado sectoriales con dolo, lo que se sería un craso error (lo ilícito no es necesariamente doloso). Simplemente se trata de destacar que esas reglas no sólo definen el ámbito de lo lícito, sino que también grafican distintos niveles de riesgo, algunos tan altos que su asunción (expresada en la realización de la conducta no obstante ello) sólo puede calificarse como dolo.

²³ Aquí ya se ha identificado uno: disparar directamente a un grupo de personas bajo circunstancias en que es esperable (aunque no seguro) que alguna o algunas de dichas personas pueden ser alcanzadas.

lugar a un concurso entre el delito (doloso) no consumado que se pretendía (o al menos se asumía) consumar y el o los delitos efectivamente consumados que no se entendía cometer, aunque era previsible hacerlo (por ende, sólo culposos, aunque tengan su origen en un hecho doloso)²⁴, concurso que debe recibir el tratamiento previsto en el art. 75. Casos paradigmáticos son, precisamente, aquéllos en los que se pretende afectar a una determinada persona (en términos de ser humano situado en un determinado lugar, con independencia de su identidad) y, por una desviación causal, se afecta a otra. Pues bien, en la medida en que la aplicación del art. 75 puede dar lugar a penas inferiores a las que corresponderían si se aprecia que el resultado efectivamente provocado se produjo dolosamente, podría plantearse como defensa, por ejemplo, de quien le dispara a una multitud, que el tirador tenía dolo respecto de un sujeto determinado que no fue alcanzado, pero no respecto del que recibió en definitiva el balazo. Tal defensa sería, sin embargo, falaz, al menos por regla generalísima. Que se tenga dolo directo (o dolo directo de 1º grado) respecto de un sujeto no excluye que se tenga dolo respecto de otros, como lo demuestra el ejemplo paradigmático del dolo de las consecuencias necesarias, el de la bomba en el avión, caso en que nadie osaría poner en duda el dolo homicida respecto de los demás tripulantes que, naturalmente, también mueren a causa de la explosión en el espacio aéreo. Desde luego puede afirmarse, y con razón, que el disparo a una multitud no implica necesariamente que éste alcance a alguien (dependerá, como se ha dicho, de la densidad del grupo, entre otros factores), pero nadie puede negar que la probabilidad es tan alta que hacerlo conociendo las circunstancias implica inequívocamente asumir el resultado típico, es decir, implica dolo, al menos eventual, respecto de *cualquiera* de los integrantes del grupo. Por tal razón, la afectación de la persona alcanzada será sin duda dolosa y no imprudente, al margen de los posibles propósitos específicos del agente. Para él la alegación debería implicar, más que una imputación menos severa, todo lo contrario, porque debería apreciarse un concurso entre un delito doloso consumado (respecto de la persona efectivamente alcanzada) y al menos un delito frustrado (respecto de aquél a quien supuestamente quería alcanzar en exclusiva)²⁵. Los únicos casos en los que la figura puede ser atendible, y aun con dudas, son aquéllos en los que la conducta estuvo rodeada de circunstancias que le dieran al sujeto un grado importante de control sobre los posibles resultados, como por ejemplo, el del francotirador experto premunido de un rifle de precisión (con mira telescópica, proyectiles especiales, etc.), nada de lo cual es predicable de los casos cotidianos.

La *segunda*, es que si, contra todo pronóstico racional, la conducta dolosa tendiente a infligir dolor o sufrimiento a otro, no tuviera ese efecto (por ejemplo, el disparo a la multitud, providencialmente, no alcanza a nadie), debería apreciarse un delito *frustrado* de apremios ilegítimos u otros tratos. Es cierto que la ausencia de resultado siembra dudas sobre la idoneidad de la conducta y, con ello, sobre el dolo del agente que la realizó (en la medida en que éste se concibe como la asunción de consecuencias para cuya producción la conducta conscientemente realizada era idónea), pero al margen de esas legítimas dudas procesales, debe combatirse la incomprensible tendencia práctica de los tribunales chilenos, contra texto

²⁴ Una síntesis de la discusión en nuestro país, con referencias, puede verse en *Hernández*, Art. 1º, en *Couso / Hernández* (directores), Código penal comentado, PG, p. 60 ss.

²⁵ Sin entrar a considerar que respecto del resto de los integrantes del grupo, al menos de algunos de ellos, en puridad también debería apreciarse un delito frustrado, aunque empiece a resultar contraintuitivo sumarlos en la cuenta de cargos contra el sujeto. Como fuera, la dinámica de nuestro art. 75 impide, al menos de los supuestos de concurso ideal homogéneo (el conjunto de los homicidios frustrados) consecuencias penológicas dramáticas.

legal expreso (art. 7), a no reconocerle relevancia a las formas imperfectas de ejecución de delitos similares, como las lesiones. La única duda conceptual que cabría conceder al respecto versa sobre los casos de dolo eventual, en la medida en que entre nosotros existe una opinión extendida (también en la jurisprudencia de la Corte Suprema), pero muy poco convincente, conforme a la cual el dolo eventual no sería capaz de sostener una imputación por tentativa o delito frustrado²⁶.

2.3. Las hipótesis concursales, el dolo y su prueba

Ahora bien, en casos en que efectivamente se consumen los apremios ilegítimos u otros tratos puede ser perfectamente posible que el delito se dé en concurso con un delito o cuasidelito de homicidio o lesiones, y en el primer caso (dolo) ora como delito consumado, ora como tentativa o delito frustrado. En efecto, los eventuales delitos contra la vida o contra la salud individual o la integridad corporal de las personas no pueden desplazar al delito de apremios ilegítimos u otros tratos, por la sencilla razón de que no se hacen cargo del disvalor de *abuso de la función pública* que sólo este último expresa. Esto lo confirma elocuentemente la regulación concursal del art. 150 E, cuya función no es aclarar lo que en rigor es evidente, sino simplemente sustraer ciertos supuestos del régimen concursal general y asegurar la imposición de penas mayores que las que corresponderían de acuerdo con dicho régimen general. Toda concurrencia delictiva que no reciba regulación especial bajo el art. 150 E debe tratarse en principio²⁷ conforme a las reglas concursales comunes, de modo que, por ejemplo, los casos de apremios ilegítimos u otros tratos con lesiones simplemente graves deben someterse a la regla del art. 75 y no tratarse como un concurso aparente de leyes.

No puede ser correcta, en consecuencia, la calificación exclusiva como *homicidio frustrado* que hace, por ejemplo, el Juzgado de Garantía de Rancagua en el caso de un carabinero que a una distancia de 8 metros y medio le dispara una bomba lacrimógena directamente a la cabeza a un manifestante que huía del lugar²⁸, calificación que no se hace cargo del abuso del cargo implicado en el art. 150 D²⁹. En este aspecto específico es correcta, al menos a primera vista, la decisión de la Corte de Apelaciones de Temuco que, en el caso de un carabinero que, luego de haber reducido a un menor de edad que se encuentra boca abajo sobre el suelo, le dispara con una escopeta en la cadera, en cuanto reconoce el concurso entre un delito contra un bien jurídico individual y un delito funcionario, al margen de las críticas que puedan merecer las calificaciones jurídicas concretas³⁰. En efecto, es desconcertante no

²⁶ Véanse al respecto *Londoño*, Fernando: El caso de la “llave del gas del frustrado suicida-parricida”: sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, en *Vargas*, Tatiana (editora): Casos destacados. Derecho penal. Parte general, Thomson Reuters, Santiago 2015, p. 223 ss.; y *Mañalich*, Juan Pablo: ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? Comentario a la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 19.008-17, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 27 (2017), p. 171 ss., ambos con referencias.

²⁷ Es plausible sostener, sin embargo, tal como ocurre en otros contextos, que las lesiones que no excedan el umbral de las lesiones menos graves son absorbidas por el tipo de apremios ilegítimos u otros tratos, pero es indudable que las lesiones simplemente graves, no recogidas en la regulación concursal especial, no pueden entenderse absorbidas, de modo que dan lugar necesariamente a un concurso ideal de delitos, a tratarse conforme al art. 75.

²⁸ SJG Rancagua, de 3 de agosto de 2020, RIT 957-2020.

²⁹ Que se tratara de un procedimiento abreviado explica, pero no justifica la calificación errónea.

³⁰ SCA Temuco, de 10 de mayo de 2019, Rol N° 102-2019.

sólo que la Corte vea en un caso como éste sólo lesiones graves y no un homicidio frustrado, sino que también, y especialmente, que no vea apremios ilegítimos sino una simple vejación injusta en los términos del art. 255. La explicación (ya que no justificación) de estas calificaciones se encuentran en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Angol³¹, que, en el fondo, si bien aprecia un concurso, no ve un concurso ideal, sino dos hechos separados que admiten calificaciones jurídicas igualmente separadas. Así, por una parte, ve una vejación injusta en el hecho de que el carabinero hubiera puesto un pie sobre el cuerpo del menor reducido y lo hubiera mantenido en esa posición (cons. 16° y 17°), lo que, sin considerar ningún otro elemento, parece plausible; pero al valorar, por otra parte, el disparo (cons. 19°), le quita toda relevancia al hecho de tratarse de un acto realizado por un empleado público en ejercicio de sus funciones y sólo ve un delito como el que hubiera cometido cualquier particular en cualquier circunstancia, negando, además, el dolo homicida, de un modo harto curioso, si se considera que no duda en afirmar que el carabinero sí tuvo dolo de lesiones graves (cons. 21° y 22°)³². La Corte no corrige el error de derecho, haciendo valer, erróneamente, que se trataba de hechos inamovibles (cons. 6°), en circunstancias en que no estaban en discusión los hechos establecidos en el juicio, sino exclusivamente la calificación jurídica que merecían. De ahí que no sea tan claro que pueda considerarse que esta sentencia ve efectivamente el concurso que debe apreciarse entre un delito contra bienes jurídicos personalísimos y el delito funcionario que reprime el abuso en el ejercicio de funciones públicas.

Cabe destacar que la importancia de distinguir entre el delito común y el delito funcionario, así como de reconocer que éstos concurrirán por regla general cuando el sujeto activo sea un empleado público que actúa en ejercicio de sus funciones, no radica sólo en la aludida cuestión concursal, sino que ilustra también sobre cuál es el análisis correcto al que deben someterse los casos concretos, pues la falta de distinción lleva a confundir las cosas y a decisiones erróneas. Un buen ejemplo al respecto lo ofrece un caso conocido por la justicia militar y que llegó a conocimiento de la Corte Suprema. Si bien en la especie se discutía la posible aplicación del delito de violencias innecesarias con resultado de muerte, previsto y sancionado en el art. 330 N° 1 del Código de Justicia Militar, sobre cuya aplicabilidad se discutirá más adelante, *infra* 5 (el caso es anterior a la Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que reformuló los delitos de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos), hoy bien podría discutirse también la aplicación del delito del art. 150 D.

El caso es, muy sintéticamente, el siguiente: En el contexto de una protesta, con lanzamiento de objetos contundentes a la línea del Metro y a una autopista urbana, principalmente desde una pasarela peatonal de la autopista, ataques a un servicentro y a funcionarios policiales, la dotación de distintos vehículos de Carabineros se despliega en el lugar para sofocar los desmanes. Inmediatamente después de que, mediante el lanzamiento de gas lacrimógeno, se lograra que los manifestantes que se encuentran arriba de la pasarela comiencen a dispersarse, un carabinero parapetado tras unos bloques de cemento que sirven de separación entre la

³¹ STOP Angol, de 24 de enero de 2019, RIT 71-2018.

³² Parecería que el TOP asume que tal vez al carabinero se le “arrancó” el disparo, pero si tal hubiera sido realmente el caso, lo correcto hubiera sido afirmar un cuasidelito de lesiones y no lesiones graves. Podría ser también que el TOP asumiera dolo eventual y no creyera que pueda haber delito frustrado sobre la base de esa forma de dolo (véase *supra*), pero, por cierto, no lo explicita.

autopista y la caletera, dispara con una subametralladora UZI supuestamente al aire, pero, en rigor, con un ángulo de elevación de sólo 24°, en dirección a la pasarela. Dos proyectiles rebotan en la base de la viga inferior de la pasarela y se desvían impactando a dos peatones que se encontraban al otro lado de la autopista, a más de 70 metros del carabinero que disparó. Uno de los peatones, menor de edad, muere en el lugar y el otro queda con heridas de mediana gravedad.

El Segundo Juzgado Militar de Santiago calificó los hechos como dos delitos de violencias innecesarias, uno de ellos con resultado de muerte (art. 330 N° 1 CJM) y el otro con resultado de lesiones menos graves (art. 330 N° 3 CJM)³³, calificación que fue revocada por la Corte Marcial, la que sólo apreció dos cuasidelitos, uno de homicidio y otro de lesiones menos graves (art. 490 N° 1 y N° 2 en relación con los arts. 391 y 399, respectivamente)³⁴. Finalmente, conociendo de sendos recursos de casación interpuestos por distintas partes, la Segunda Sala de la Corte Suprema mantuvo la calificación de la Corte Marcial, aunque con dos votos disidentes que estuvieron por la calificación del Juzgado Militar³⁵. Si bien todos los fallos aprecian la realización de dos delitos, los hacen consistir en el daño sufrido por las dos personas que fueron alcanzadas por los disparos del carabinero, sin ver que, al margen de ello, el hecho enjuiciado exhibe dos dimensiones nítidamente separadas. La discrepancia entre los distintos juzgadores radica precisamente en la distinta dimensión en que centran su mirada, con desprecio total o parcial de la otra, en circunstancias en que la correcta valoración del caso supone hacerse cargo de ambas dimensiones.

En efecto, la Corte Marcial y la mayoría de la Segunda Sala aprecian, con razón, que la muerte y las lesiones sufridas por los peatones al otro lado de la autopista no pueden imputarse al dolo, sino sólo a la culpa de un carabinero que, desde una posición muy incómoda, no dispara en esa dirección, sino que dispara hacia arriba, en circunstancias en que las víctimas fueron alcanzadas por proyectiles que iban hacia abajo luego de haber rebotado en la base de la pasarela (SCS cons. 8° a 13°). Su error (en rigor, de la Corte Marcial, pues fija como hecho dado para la Corte Suprema que los disparos fueron realmente “al aire”, SCM cons. 3°)³⁶ consiste en no atender a la evidencia en cuanto a que el carabinero sí habría tenido dolo de disparar contra los manifestantes que se encontraban sobre la pasarela, sin necesidad ni justificación para ello, atendido a que éstos se estaban empezando a dispersar y habían dejado de agredir a los funcionarios policiales, dolo que permitiría al menos apreciar un delito frustrado de violencias innecesarias. Este aspecto es reconocido, correctamente, por el Juzgado Militar y por los ministros disidentes de la Segunda Sala (voto de minoría, cons. 4°); su error consiste en ver un delito consumado de violencias innecesarias, siendo que la violencia ejercida simplemente no alcanzó a quienes estaba dirigida (los manifestantes), lo que no se ve alterado por la circunstancias de que hubiera habido un muerto y un herido a consecuencia de los disparos, tampoco si se acepta que los resultados recogidos en el art. 330

³³ SJM (2°) Santiago, de 6 de mayo de 2014, Rol N° 2142-2011.

³⁴ SCM, de 7 de mayo de 2015, Rol N° 71-2015.

³⁵ SCS, de 14 de diciembre de 2015, Rol N° 7.315-15.

³⁶ Aunque se puede discutir si la *interpretación* del dato objetivamente establecido (disparo ascendente con ángulo de 24° hacia la pasarela) forma parte también del hecho probado en cuanto tal. De esto depende que los jueces del voto de minoría no se hayan excedido de sus atribuciones.

CJM pueden (más aún, en ciertos casos: deben)³⁷ ser culposos, por la sencilla razón de que son resultados que deben aquejar al “ofendido” por las violencias innecesarias, no a cualquier persona en el mundo.

En conclusión, la correcta calificación jurídica de los hechos era la de un delito doloso frustrado de violencias innecesarias (contra los manifestantes que se encontraban en la pasarela) en concurso con un cuasidelito de homicidio y un cuasidelito de lesiones menos graves (contra los peatones alcanzados). Si bien se mira, en este caso sí se trata de un supuesto de *aberratio ictus* o error en el golpe, que da lugar a un concurso ideal, a resolver conforme al art. 75, entre el delito no consumado que se pretendía consumir y el o los delitos efectivamente consumados que no se entendía cometer, aunque era previsible hacerlo (cfr. *supra* 2.2).

El principal problema práctico que ofrecía esta solución para los tribunales que conocieron del caso era el de la determinación de cuál era el supuesto específico que se consideraba frustrado, considerando que el inciso primero del art. 330 CJM contempla 4 supuestos distintos y que, admitido que los resultados que definen esos supuestos son imputables a culpa, no es posible, al menos respecto de esos resultados, una determinación en base al dolo del agente. Probablemente la solución correcta hubiera sido apreciar como frustrada la figura básica del N° 4 (violencia sin causar lesiones), en exclusiva o en concurso con los delitos frustrados contra la vida o la salud de los manifestantes respecto de los cuales pudiera haberse imputado dolo al agente, todo esto en concurso con los dos cuasidelitos contra los peatones. En la actualidad, si se aplicara el art. 150 D, esta solución sería aún más clara: habría apremios ilegítimos u otros tratos frustrados en concurso con los delitos frustrados contra la vida o la salud individual (de las personas que se encontraban en la pasarela, a quienes se disparó) atribuibles al agente (en principio conforme a las reglas generales, pues el art. 150 E contiene sólo reglas concursales, no figuras típicas susceptibles de ejecución imperfecta, de modo que debería aplicarse sólo cuando los delitos allí previstos estén consumados) y esto en concurso con dos cuasidelitos (respecto de los peatones alcanzados por los disparos).

En lo que concierne ahora a la *prueba del dolo* respecto de estos resultados adicionales a que puede dar lugar la conducta del art. 150 D, deben aplicarse, de nuevo, los criterios ya mencionados *supra* 2.2. También a este respecto los casos más sencillos serán aquéllos en que existe *contacto físico* entre el agresor y la persona agredida. Por cierto se podrá discutir si el posible resultado más grave del maltrato, como la muerte o las lesiones gravísimas, estaban, en efecto, cubiertas por el dolo del agente o no, pero, al margen de que el art. 150 E N° 3 garantice penas más altas que las que resultarían de la aplicación de las reglas generales cuando tales resultados sean sólo imputables a culpa, en general el dolo del agente se podrá colegir de las circunstancias y de las concretas formas que adopte el comportamiento del

³⁷ En caso contrario habría que extraer la conclusión sencillamente absurda de que la ley ha querido establecer un privilegio para los militares (y carabineros) que dolosamente matan o provocan lesiones gravísimas ejerciendo violencias innecesarias, pues en efecto, el supuesto del art. 330 N° 1 CJM prevé la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio cuando se ocasiona la muerte del ofendido, en circunstancias en que la pena del homicidio simple es de presidio mayor en su grado medio y la del homicidio calificado la de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. Con las lesiones gravísimas, la situación es similar. Sólo respecto de las lesiones menos graves y leves es más severa la ley especial, aun si se considerara que esta ley exige que dichas lesiones sean dolosas.

agente. Así, por ejemplo, golpes deliberados en la cabeza u otras partes delicadas del cuerpo y/o el uso de instrumentos de reconocido potencial letal sin la adopción en el caso concreto de resguardos funcionales a la exclusión o morigeración del riesgo de muerte, son fuertemente indiciarios de dolo homicida, siquiera eventual (porque se trata de *métodos idóneos* para causar la muerte, en el sentido de *Puppe*), en tanto que un empujón al suelo, por violento que sea, no sugiere ni el propósito de matar o de provocar lesiones graves ni la asunción de la muerte del otro o que sufra dichas lesiones.

Respecto de las *acciones a distancia*, en términos generales pueden aplicarse con relativo éxito los mismos criterios de atribución (y acreditación) del dolo ya mencionados. Los disparos que pueden provocar dolor o sufrimiento a las personas son, por regla generalísima, capaces de provocar adicionalmente lesiones o la muerte de las personas alcanzadas, de modo que el dolo de apremios ilegítimos u otros tratos coincidirá con el dolo homicida y/o de lesiones. Valen aquí, entonces, respecto de la prueba del dolo en estos contextos específicos, las explicaciones contenidas *supra* 2.2 en cuanto al resultado típico dolor o sufrimiento de la figura básica del art. 150 D.

3. Exigencias subjetivas del art. 150 A

Buena parte de lo que se acaba de decir respecto del delito del art. 150 D y de su posible concurrencia con otros delitos de resultado conforme al art. 150 E o a las reglas concursales generales, vale también para el delito de tortura del art. 150 A, pero con una diferencia muy significativa, como es que este delito, además del dolo, exige un *elemento subjetivo del tipo*, lo que, al menos en parte, limita las posibilidades de hacer bastar la presencia de dolo eventual.

En efecto, si bien las conductas típicas consisten simplemente en aplicar la tortura o en ordenar o consentir en su aplicación, la definición legal de tortura del inciso tercero del art. 150 A exige que la irrogación de los dolores o sufrimientos graves se realice o bien *con el fin* de obtener información de una persona, de castigar, intimidar o coaccionar a alguien, o bien *en razón* de una discriminación fundada en diversos motivos que la ley enuncia a título ejemplar. Consecuentemente, no basta para que haya delito de tortura que el agente sepa o se represente que su conducta inflige o infligirá dolores o sufrimientos graves a una persona y que sepa que lo está haciendo en el ejercicio de su cargo o función pública, sino que, además, debe hacerlo *para* alcanzar algunos de los fines mencionados o *discriminando* de este modo a la víctima. Y debe reconocerse que tales exigencias subjetivas operan del modo en que opera el dolo directo (sin ser dolo, como ya se ha dicho), no siendo compatibles con ninguna concepción al uso de lo que es el dolo eventual. Ahora bien, lo anterior no debe ser sobreestimado, por dos razones:

La *primera* es que la exigencia de un elemento subjetivo del tipo sólo excluye la posibilidad de dolo eventual o de una disposición subjetiva equivalente respecto del *objeto específico* de dicho elemento, pero no respecto de las restantes exigencias del tipo. Así, para explicarlo primero con un ejemplo de supuesta exigencia legal de dolo directo, como se interpreta en general la exigencia de conocimiento de las relaciones que ligan a los sujetos en el delito de parricidio del art. 390, no puede haber parricidio si el sujeto sólo intuye o cree, pero no le

consta, que la persona a quien está matando es su padre o su hijo, pero no hay nada que se oponga a apreciar parricidio con dolo eventual cuando el agente duda sobre si la conducta que está desplegando matará o no a la persona que sabe positivamente es su padre o su hijo. Para mostrarlo ahora con un genuino elemento subjetivo del tipo, no puede darse el delito del art. 411 ter si el sujeto no actúa para que las personas cuya entrada o salida del país promueve o facilita ejerzan la prostitución, pero no hay dificultad en apreciar el delito si el sujeto tiene dudas respecto de la eficacia de su conducta de promoción o facilitación.

La *segunda* es que los fines y razones a que hace referencia el art. 150 A son tan amplios y ubicuos que difícilmente se encontrarán casos en los que un agente estatal que, en el ejercicio de su cargo, inflija dolores o sufrimientos graves a una persona no actúe con alguno de ellos. Sólo casos de laboratorio, de funcionarios que andan por la vida maltratando a la gente sin ninguna razón podrían quedar *a priori* fuera del ámbito de aplicación del tipo penal, pues lo absolutamente normal será que maltraten al menos para castigar, intimidar o coaccionar a otros. Por lo mismo, la cuestión probatoria, contra lo que a primera vista pudiera haberse creído, no debiera ser tan compleja, porque lo de verdad excepcional será que el sujeto no actúe con un fin o razón típicos.

Con esto en mente, y a menos que se dé uno de esos casos realmente excepcionales en que el funcionario le irroga sufrimientos graves a una persona sin ninguna finalidad o razón relevante, valen para la prueba del dolo y el tratamiento de las hipótesis concursales (previstas en este caso en el art. 140 B, amén de la aplicación residual de las reglas concursales generales) lo mismo que se ha dicho *supra* 2.

4. Delimitación entre los arts. 150 A y 150 D

Lo anterior obliga a hacerse cargo de la que probablemente sea la pregunta más difícil que plantea el régimen legal establecido mediante la Ley N° 20.968 de 2016, como es el de la delimitación entre los delitos de los arts. 150 A y 150 D. La historia fidedigna del establecimiento de la ley muestra cómo, ya avanzada la tramitación parlamentaria, se optó por establecer un continuo de ilicitudes que fuera, en orden decreciente, de la tortura del art. 150 A hasta las vejaciones injustas del art. 255, pasando por los apremios ilegítimos u otros tratos del art. 150 D. El propósito era evitar posibles vacíos de punibilidad como consecuencia de la sucesión temporal de leyes penales sobre la materia, así como evitar una presión indebida para la aplicación del delito de tortura, que debía reservarse para los casos más graves³⁸, y es evidente que se tomó como distinción de base aquella bien conocida en el derecho internacional de los Derechos Humanos entre tortura, por una parte, y tratos crueles, inhumanos o degradantes, por la otra.

El problema de esta opción es que, contra lo que hubiera podido esperarse, en el derecho internacional dista de haber claridad respecto de los límites entre ambas categorías, entre otras razones porque para los fines de instrumentos concernientes a la responsabilidad de los Estados la delimitación simplemente no es necesaria, como sí lo es, en cambio, para el

³⁸ Véanse las explicaciones del jefe de la División jurídica del Ministerio de Justicia, Ignacio Castillo, en Historia de la Ley N° 20.968 (BCN), p. 190.

derecho penal. De este modo, no es posible encontrar ni en los instrumentos internacionales ni en la jurisprudencia internacional criterios claros de delimitación³⁹. Pero a este problema se suma otro, a saber, el de una defectuosa formulación legal, que, en la medida en que bloquea la posibilidad de acudir a los criterios que, con mayor o menor fortuna, se suelen emplear en el debate internacional con fines de delimitación, hace prácticamente imposible hacer una convincente y satisfactoria para los efectos del derecho chileno⁴⁰.

Desde luego debe descartarse el criterio de la *indefensión asociada al sometimiento* de la víctima al control del victimario como exigencia propia de la tortura⁴¹, no sólo porque se eliminó la exigencia de privación de libertad del antiguo art. 150 A, lo que, en rigor, no hubiera sido un obstáculo para una interpretación restrictiva por razones sistemáticas, sino, sobre todo, porque ese factor es ahora una circunstancia calificante también del tipo penal de tortura, con lo cual se afirma explícitamente que puede haber tortura sin ella.

A primera vista quedaría en pie una delimitación *cuantitativa*, en base a la *gravedad* de los dolores o sufrimientos irrogados, considerando que el tipo de tortura exige explícitamente que éstos sean graves, exigencia no contenida, al menos no de modo explícito, en el art. 150 D. Sin embargo, la plausibilidad de esta delimitación se ve destruida por la circunstancia de que también respecto de los apremios ilegítimos y los otros tratos la ley asume que pueden cometerse mediante graves delitos sexuales o mediante mutilaciones o, en todo caso, con consecuencias lesivas graves al menos previsibles (y hasta dolosas), incluyendo la muerte de la víctima. En efecto, el art. 150 E prevé para los apremios u otros tratos el mismo esquema de calificación concursal previsto para la tortura en el art. 150 B, lo que impide asumir que la diferencia radique en la gravedad de los dolores o sufrimientos irrogados. Si así fuera, difícilmente podría negarse el carácter de tortura de la castración o de la mutilación de las manos de la víctima, así como de la introducción de objetos cortopunzantes en su ano o vagina, no obstante lo cual el art. 150 E afirma explícitamente que esto puede ser también un simple apremio u otro trato (N° 2), al tiempo que aclara que puede serlo también una conducta que persigue o asume la muerte de la víctima (N° 1)⁴².

Por último, si se quisiera recurrir a una delimitación en base a los *fines* o *razones* que específicamente deben presidir los actos de tortura, considerando que la ley no exige nada

³⁹ Una revisión relativamente exhaustiva al respecto puede verse en *Hernández, Héctor: La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización*, en *Couso, Jaime / Hernández, Héctor / Londoño, Fernando* (editores): *Dogmática penal, política criminal y Derechos Humanos. Libro en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Thomson Reuters, Santiago 2021 (en prensa).

⁴⁰ En esto se reproduce básicamente la síntesis de *Hernández, La tortura en el derecho penal chileno*.

⁴¹ Así, Manfred *Nowak* en su Informe como Relator especial de Naciones Unidas en materia de tortura, de 23 de diciembre de 2005, Documento E/CN.4/2006/6, § 39; luego *Nowak, Manfred / McArthur, Elizabeth: The distinction between torture and cruel, inhuman or degrading treatment*, *Torture*, Vol. 16, N° 3 (2006), 147 (150 s.); *Zach, Gerrit: Art. 1 Definition of Torture*, en *Nowak, Manfred / Birk, Moritz / Monina, Giuliana* (editores): *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary*, 2° edición, Oxford University Press, Oxford 2019, p. 56 ss. (marg. 113 ss.). De algún modo puede verse en la definición de tortura como crimen de lesa humanidad del art. 7.2 e) del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional.

⁴² Una distinción por gravedad podría mantenerse si la calificación común se refiriera sólo a las consecuencias culposas del N° 3, poniendo el énfasis en la gravedad de la conducta misma al margen de sus consecuencias (es más, esta interpretación es plenamente aplicable *de lege lata*), pero al agregarse consecuencias dolosas y, sobre todo, graves formas de conducta, la distinción fracasa irremediablemente.

semejante respecto de los apremios u otros tratos, rápidamente se impone la conclusión de que el intento está destinado al fracaso, porque los elementos subjetivos del tipo de tortura son, como se ha dicho, tan amplios y ubicuos⁴³ que es apenas imaginable que un empleado público en el ejercicio de su cargo le cause daño intencional a una persona sin la presencia de alguno de ellos. Formalmente sería una interpretación inobjetable, pero contraria a los claros propósitos legislativos en orden a destacar la posición prominente y no residual de la tortura. Que, a pesar del favor que le prodiga alguna doctrina, no haya sido realmente considerado de un modo útil por la jurisprudencia internacional muestra que no es un criterio idóneo.

En síntesis, la ley ha dejado al intérprete en una situación insostenible, en la cual lo que cabe es o bien una aplicación exclusivamente intuitiva de la distinción o la adhesión a un criterio racional de distinción, a pesar de que éste se vea desautorizado por el sistema de la ley. Aquí se entiende que, en espera del necesario cambio legislativo, la segunda es la actitud más responsable, concretamente de acuerdo con un criterio centrado en la *gravedad* del trato, afirmándose la presencia de tortura sólo en supuestos indiscutibles bajo cualquier jurisdicción internacional. De este modo, debería apreciarse tortura en la aplicación de electricidad, en los colgamientos, en las distintas formas de sofocamiento, en las mutilaciones o extracción de uñas o dientes, en la violación y otras formas graves de agresión sexual, en las quemaduras, en la práctica de golpizas graves y prolongadas, y en otras conductas equivalentes en cuanto a irrogación de dolor, aunque no dejen marcas ni secuelas físicas, así como reconocerse tortura psicológica en situaciones equivalentes a los simulacros de ejecución o en el forzamiento a presenciar la tortura o el asesinato de otros⁴⁴. También debería apreciarse tortura, para los efectos del inciso cuarto del art. 150 A, en la administración de *sustancias* que alteran la conciencia o voluntad de la persona. Más allá de esos límites habría sólo apremios ilegítimos u otros tratos.

5. El problema que plantea la subsistencia del delito de violencias innecesarias⁴⁵

Como es obvio, todas las reflexiones precedentes asumen que los tipos penales analizados son aplicables al conjunto de los empleados públicos, incluyendo desde luego a quienes, por la naturaleza de sus funciones, es más probable que puedan incurrir en las conductas respectivas, como es el caso, paradigmáticamente, de los funcionarios policiales. Ocurre, sin

⁴³ Y deberían serlo conforme al derecho internacional, recuérdese que a la Convención Interamericana sobre la Prevención y Sanción de la Tortura le basta una conducta “con cualquier otro fin” y que el (amplísimo) listado de la Convención de Naciones Unidas sólo es taxativo en la versión española.

⁴⁴ El carácter indiscutible, de tortura *per se*, de estos supuestos se aprecia, entre otras (aunque estos autores puedan abogar por un concepto más extenso), en las exposiciones de *Nowak*, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary, 2º edición, N.P. Engel, Kehl 2005, p. 162 s. (marg. 9 s.); o de *Rodley*, Nigel / *Pollard*, Matt: The Treatment of Prisoners under International Law, 3º edición, Oxford University Press, Oxford 2009, p. 95 s. En Chile, en general están recogidos, si bien junto con otros de menor gravedad, en el “Informe Valech” (Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, Santiago 2005, p. 225 ss.).

⁴⁵ También en esta parte se sintetiza lo expuesto en *Hernández*, La tortura en el derecho penal chileno.

embargo, que la Ley N° 20.968 no suprimió ni modificó el ya mencionado delito de *violencias innecesarias* del art. 330 CJM, que en la actualidad es del siguiente tenor⁴⁶:

“El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;

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 graves, 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.

Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado”.

El problema es que el delito, que es aplicable a los funcionarios de Carabineros de Chile (art. 6° CJM)⁴⁷, parece superponerse a los tipos penales del Código penal y, por la calidad específica del sujeto, podría entenderse *norma especial* de aplicación preferente, con penas por regla general inferiores, no ya sólo a las de la tortura, sino también a las de los apremios u otros tratos⁴⁸. Esta posible lectura se vería reforzada por la circunstancia de que la ley sí modificó la norma equivalente para los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), el art. 19 del DL N° 2.460, de 1979, ley orgánica de la PDI, sin que, por otra parte, la circunstancia de haberse sustraído los delitos militares del conocimiento de la justicia castrense cuando los ofendidos son civiles (art. 1° de Ley N° 20.477)⁴⁹ resuelva el problema, pues no se trata de una cuestión de competencia, sino del derecho sustantivo aplicable por el tribunal competente.

Como es obvio, sin embargo, semejante trato privilegiado precisamente para carabineros y para militares resulta del todo inverosímil a la luz de la historia, también de la historia de la legislación⁵⁰. Que tal despliegue legislativo tuviera por único objeto la actividad de

⁴⁶ La disposición original del CJM de 1925 consideraba sólo la figura básica y una pena única de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, sin atender a resultados o posibles concursos. El texto vigente proviene de la Ley N° 17.266, de 6 de enero de 1970.

⁴⁷ Desde la Ley N° 4.670, de 2 de noviembre de 1929.

⁴⁸ El único caso en que el art. 330 CJM puede importar más pena que el art. 150 A es aquél en que la violencia innecesaria se ejerce para obtener información de un detenido o preso y se produce imprudentemente su muerte. Respecto del art. 150 D, la norma del CJM importa más pena sólo en los casos de producción imprudente de la muerte y, tratándose de violencia ejercida sobre detenidos o presos para obtener información, en los de producción imprudente de lesiones graves.

⁴⁹ Reforzado precisamente por la Ley N° 20.968, explicitando que la competencia de la justicia ordinaria procede también cuando el civil involucrado es “víctima” del delito.

⁵⁰ El rol represivo que le cupo principalmente a miembros de las Fuerzas Armadas y de Carabineros durante la dictadura militar es el trasfondo de toda la discusión sobre estos delitos: la Ley N° 19.569 surge específicamente como respuesta ante los abusos policiales, en tanto que durante la tramitación de la Ley N° 20.968 se citó

detectives, gendarmes y otros funcionarios simplemente no resiste análisis. Ahora bien, aunque, por lo mismo, sea muy improbable que se imponga la tesis de la especialidad, se necesitan razones que sustenten la aplicación preferente de los nuevos tipos penales, al menos cuando dan lugar a una mayor pena⁵¹. Se pueden mencionar aquí al menos cuatro posibles vías argumentales:

Primero, la *derogación orgánica* del art. 330 CJM, en la medida en que su objeto ha venido a ser abordado exhaustivamente por las nuevas disposiciones del Código penal, con el manifiesto propósito legislativo de que rigieran para todos los empleados públicos y, más aún, en particular para militares y carabineros⁵².

Segundo, la resolución del concurso aparente de leyes de acuerdo con el llamado “*principio de alternatividad*” à la *Binding*, es decir, apartándose de los criterios generales de preferencia cuando, por un error legislativo manifiesto, conducen a resultados contrarios a la clara voluntad legal

Segundo, la resolución del concurso aparente de leyes de acuerdo con el llamado “*principio de alternatividad*” à la *Binding* recogido entre nosotros por Jean Pierre *Matus*, es decir, apartándose de los criterios generales de preferencia cuando, por un error legislativo manifiesto, conducen a resultados contrarios a la clara voluntad legal⁵³, cual sería aquí el caso.

Tercero, asumir, con una comprensión incipiente del concurso aparente en nuestro medio, que, por tener éste sólo fundamento penológico, la norma desplazada puede (y, en algunos

especialmente a las instituciones policiales, también a Carabineros de Chile para conocer su opinión sobre normas que indudablemente las afectaban.

⁵¹ Como se ve, aquí se asume que, de ser aplicables efectivamente ambos tipos penales, se está ante un concurso aparente de leyes y no ante un concurso ideal, por entender que protegen lo mismo frente a la misma forma de ataque.

⁵² Sobre el concepto *Ortega*, Leopoldo: De la derogación de las leyes y especialmente de la derogación orgánica, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, XXXV (1938), 1, p. 5 ss.; respecto de la tipificación de 1998, *Bascuñán*, *Agravios*, p. 69 postulaba la derogación *tácita* del inciso segundo del art. 330 CJM.

⁵³ Para el caso específico aquí tratado, respecto de la tipificación de 1998, había invocado la *alternatividad Bascuñán*, *Agravios*, p. 69. La mayor difusión del concepto en nuestro medio se debe a Jean Pierre *Matus*, por primera vez, al parecer, en *Matus*, Jean Pierre: Artículos 74 a 78, en *Politoff*, Sergio / *Ortiz*, Luis (directores): *Texto y comentario del Código penal chileno*. Libro primero, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, p. 390 s. y en múltiples publicaciones posteriores. En *Matus*, Jean Pierre / *Ramírez*, María Cecilia: *Manual de derecho penal chileno*. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia 2019, p. 326, sin embargo, se abandona sorpresivamente el criterio por supuestas razones de legalidad, las que, a pesar de lo problemático de un criterio que se presenta explícitamente como remedio de errores legislativos, no son pertinentes, porque en estos casos, por definición, todas las soluciones en juego están previstas en la ley. El concurso aparente de leyes es un constructo doctrinario para evitar que se apliquen todas las leyes aplicables, fundando, además, la preferencia de unas sobre otras, de modo que el fundamento de sus soluciones no puede ser la legalidad. En concreto, lo que la ley hace es disponer que el carabinero que tortura sea castigado tanto con las penas del art. 150 A como con las del art. 330 CJM, entre otras posibles si se dan sus requisitos, y lo que hace la doctrina del concurso aparente es dar razones para evitar la aplicación pura y simple de la ley en base a criterios que, salvo en casos excepcionales (subsidiariedad expresa), no están en la ley misma. Como aquí, con fundamentación material adicional, *Couso*, Jaime: *Comentario previo a los arts. 74 y 75*, en *Couso / Hernández* (directores), *Código penal comentado*, PG, p. 664 con nota 178.

casos, debe) tener efectos en la determinación de la pena⁵⁴, en este caso agravatorios, por ausencia de razones para un trato privilegiado.

Cuarto, la comprensión del art. 330 CJM como una figura efectivamente privilegiada, que se hace cargo de la mayor exposición al riesgo penal de los funcionarios encargados del orden público, pero que sólo abarca casos de *exceso intensivo* en una causa de justificación (legítima defensa propia o de extraños, ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento del deber) cuando se den, sin que alcancen a eximir de responsabilidad, condiciones efectivas de menor exigibilidad, que es lo único que podría justificar un trato atenuado⁵⁵.

Cualquiera de estos caminos, o una combinación de ellos, debería evitar el vergonzoso contrasentido que representaría que una legislación nueva y ambiciosa, llamada a superar los supuestos déficit de la anterior desde el punto de vista de las obligaciones internacionales del Estado de Chile, terminara aplicándose sólo a casos exóticos.

⁵⁴ *Mañalich*, Juan Pablo: El concurso aparente como herramienta de cuantificación penológica de hechos punibles, en *Cárdenas*, Claudia / *Ferdman*, Jorge (coordinadores): El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, Thomson Reuters, Santiago 2016, p. 505 ss., 515 s. y *passim*; y de algún modo *Carnevali*, Raúl / *Salazar*, Cristóbal: El principio de alternatividad como cláusula de cierre dentro del concurso de leyes, *Revista de la Facultad de Derecho (Uruguay)*, N° 49 (2020), 1 (18 ss.).

⁵⁵ La debilidad de esta solución radica en que en nuestra Parte general no se requiere efectiva menor exigibilidad para reconocerle efecto atenuante al exceso intensivo. En efecto, no se ha planteado como requisito de los arts. 11 N° 1 y 73 respecto de la legítima defensa (por todos *Cury*, Enrique: Derecho penal. Parte especial, Tomo I, 11° edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago 2020, p. 717; *Matus / Ramírez*, Manual, PG, p. 276), lo que en principio aseguraría una atenuación relevante para quien obra sin derecho y con absoluta sangre fría en circunstancias normales. Por cierto, se estaría aquí ante una solución de Parte especial, pero en la medida en que el tipo penal no contiene la exigencia, ésta sólo podría sostenerse en instituciones de la Parte general.