

**LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS**

Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas
Marcela Andrea Segovia Embry

LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE

Introducción	5
Capítulo 1: La tortura como fenómeno social	8
1. Concepto de tortura	8
2. Evolución histórica	9
2.1. Tortura legal	9
2.2. Abolicionismo	14
2.3. Actualidad	18
3. Clasificación de tortura	21
3.1. Atendiendo a su finalidad.....	21
3.2. Atendiendo a sus métodos de aplicación	22
3.3. Atendido al sujeto pasivo	23
4. Efectos individuales y sociales de la tortura	23
Capítulo 2: La tortura en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	27
1. Obligaciones de los Estados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	27
1.1. Deber de respetar y garantizar	28
1.2. Deber de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos por el Pacto	31
1.3. Deber de cooperar con la supervisión internacional ...	33
2. Concepto de tortura. Distinción entre tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes	33
3. Alcances del mandato internacional de prohibición de la tortura a la luz de las obligaciones de los Estados	46

3.1. Deber de respetar y garantizar. Sanción penal de la tortura	46
3.2. Adopción de otras medidas para hacer efectivo el derecho a la integridad personal.....	48
3.3. Deber de cooperación con la supervisión internacional ...	49
4. Recepción en los ordenamientos internos de los Estados parte. Derecho comparado	49
4.1. Recepción en el derecho interno europeo	49
4.2. Recepción en el derecho interno latinoamericano	54

Capítulo 3: Sanción del delito de aplicación de tortura, tormentos o uso de rigor innecesario en Chile

1. Marco constitucional. Adopción, incorporación y jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos	61
2. Autoejecutabilidad de las normas de derechos humanos consagradas en tratados internacionales	66
3. Catálogo constitucional de derechos humanos y acciones constitucionales de amparo y protección	67
4. Reconocimiento e incorporación del delito de tortura en la legislación penal chilena	71
4.1. Desde 1810 hasta la entrada en vigor de la Ley 19.567 ...	71
4.2. Bajo la vigencia de la Ley 19.567	74
5. Análisis de los delitos contemplados en los artículos 150 A y 150 B del Código Penal	80
5.1. Tipicidad	80
5.2. Antijuridicidad y obediencia debida	83
5.3. Culpabilidad	87
6. Nuevas propuestas de sanción penal	87

Capítulo 4: La Tortura en el Derecho Procesal y Administrativo

1. Marco internacional	90
------------------------------	----

2. Reforma procesal penal y tortura	92
2.1. Cambios en el diseño estructural del sistema de persecución penal	93
2.2. Creación de mecanismos específicos de protección	94
2.3. Presunción de inocencia y prisión preventiva	97
3. Tortura y sistema penitenciario	98
3.1. Derecho de ejecución penal chileno	98
3.2. Condiciones carcelarias y tortura	101
CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍA	106

INTRODUCCIÓN

“Quien ha padecido la tortura, será para siempre un apátrida. La ignominia del exterminio es inextirpable. La vivencia de haber sentido a otros seres humanos, deshumanos, perdura en el torturado como miedo latente. Por encima de ello, nadie se asoma a un mundo en el que domina el principio de la esperanza. Quien ha sido martirizado, está entregado al mundo, inerme. Y será el miedo el que, en adelante, le domine”.¹

La cita precedente, correspondiente a Jean Améry, sobreviviente de los campos de concentración de Auschwitz, Buchenwald y Bergen – Belsen, da cuenta de la profunda necesidad de abordar la tortura desde una perspectiva integral, en cuanto ella, como fenómeno, atendidas sus particulares características, no reconoce como víctima sólo al sujeto pasivo del maltrato, sino que, por el contrario, vulnera a la sociedad toda.

A veinte años del advenimiento de la democracia en Chile, esta necesidad se ha vuelto urgencia. La tortura, lejos de ser un tema político o, incluso, histórico, mantiene plena vigencia. Según el estudio “Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile” del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, de un total de 160 denuncias relevantes de tortura presentadas ante la Corporación de Asistencia Judicial entre los años 1995 y 2001, 157 dan cuenta de golpes diversos; 82, de golpes de puños y patadas, 21 de éstos, con resultado de rompimiento de cabeza, 18, con resultado de quebradura de alguna parte del cuerpo, 8, con pérdida de conciencia de

¹ *Más allá del crimen y el castigo. Intentos de Liberación de un Sometido.* Améry, Jean; Stuttgart, 1988, en *Matar el Alma. Aspectos psicosociales de la Tortura*, págs. 3 y 4.

la víctima y 4 con resultado de muerte. Más del 85% de estas denuncias inculpan a funcionarios de Carabineros de Chile².

Al año 2010, nuevos problemas contribuyen a la perpetuación de estas prácticas. A mayor abundamiento, la sobrepoblación, el hacinamiento y la violencia al interior de las cárceles, no se ha superado por la entrada en vigor del sistema de centros de detención licitados y, en el caso de los adolescentes infractores a la ley penal, se agrava por deficiencias detectadas en la implementación y puesta en marcha de la Ley 20.191; la discriminación de grupos particularmente vulnerables, como minorías sexuales, expuestos a situaciones de extrema violencia física y verbal y el surgimiento de nuevos fenómenos, como la masiva inmigración irregular y acogida de refugiados, se detectan, entre otros, como nuevos factores que concommitan en su permanencia.

La existencia de obstáculos estructurales en la forma de administrar justicia, la formación militar entregada a los cuadros de Carabineros de Chile³, el desconocimiento gubernamental de la existencia del problema⁴ y la debilidad de la sociedad civil, entre otros factores, contribuyen a que, en el país, haya sido imposible desarrollar un pleno estado de derecho respetuoso de las garantías fundamentales, configurándose un marco institucional que, actualmente, ampara la práctica de la tortura.

Parafraseando al profesor don Manuel de Rivacoba y Rivacoba, entendemos el Derecho como una manifestación de la cultura, siendo, el

² En 1997, organizaciones no-gubernamentales denunciaron 20 casos de tortura y tratos abusivos de parte de la policía civil y uniformada. La Corporación de Asistencia Judicial denunció 400 casos de abusos el mismo año, conllevando un aumento de un 100% sobre 1996.

³ El artículo 1 de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile los define como “(...) una institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho (...)”. Se integra con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República, dependiendo, directamente, del Ministerio de Defensa Nacional.

⁴ A vía de ejemplo, en 1996, en visita *in loco* del relator especial de Naciones Unidas, Nigel Rodley, éste informa que “(...) si bien la tortura no es practicada en Chile de una manera sistemática ni como resultado de una política gubernamental, los casos que se producen en la actualidad son suficientemente numerosos y serios como para que las autoridades continúen otorgando atención al problema y el rechazo institucional hacia la tortura se traduzca en la adopción de medidas específicas”. La respuesta del entonces presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle fue la siguiente: “(...) al Ejecutivo no le preocupa en absoluto que se den a conocer este tipo de informes que tienen para el gobierno de Chile una importancia limitada”.

actual, “(...) un momento de un fluir incesante, que se origina en los que le preceden y origina, a su vez, los que le siguen”⁵. Es por ello que, más allá de la mera exégesis del delito de tortura o malos tratos, pretendemos, a partir de la observación del grado de recepción, en nuestro ordenamiento sustantivo y adjetivo, del amplio desarrollo que el tema presenta en el derecho internacional de los derechos humanos, acercarnos a la noción e importancia que nuestra sociedad tiene y da al fenómeno en estudio. En otros términos, responder la pregunta de cómo nuestro Derecho aborda la tortura nos permitirá responder cómo nuestra cultura piensa la tortura.

⁵ *La reforma penal de la Ilustración*, en *Violencia y Justicia*. De Rivacoba, Manuel; Universidad de Valparaíso Editorial, Valparaíso, 2002.

CAPÍTULO I

LA TORTURA COMO FENÓMENO SOCIAL

1. CONCEPTO DE TORTURA:

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término tortura como *un grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de ella una confesión, o como medio de castigo*. En otra de sus acepciones, como *dolor o aflicción grandes, o cosa que lo produce*. Por su parte, conceptualiza la voz tormento como la *acción de efecto de atormentar o atormentarse; angustia o dolor físico; congoja o aflicción; dolor corporal que se causaba al reo para obligarle a confesar o declarar*. Define atormentar, en la misma línea, como *causar dolor o molestia corporal; causar aflicción, disgusto o enfado; dar tormento al reo o a un testigo para obtener una confesión*.

De los conceptos antes señalados se desprende que el objeto de la tortura trasciende el mero dolor o sufrimiento de la víctima, radicándose en el “(...) intento consciente de destruir la personalidad de la víctima, aplicando, en forma sistemática y permanente, un tratamiento doloroso y psíquicamente desmoralizante (...)”.⁶ Lo que la define y la diferencia de otras formas de violentación, sean lícitas o ilícitas, es el empleo del sufrimiento como instrumento de coacción. El infligir dolor de manera sistemática no sólo amenaza el sentido de sobrevivencia del torturado, sino que, al impedirle toda forma de protesta o resistencia activa, produce una crisis existencial profunda, definida por el sentimiento de culpa, la pérdida del auto respeto y la desconfianza respecto del entorno.

Ahora bien, lo que perfila la tortura como ilícito penal, tipificado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es que la calidad de sujeto activo recae en un funcionario público, como se

⁶ Métodos de Tortura, Consecuencias de la Tortura y el Tratamiento médico de las Víctimas. Juhler, Marianne, en Matar el Alma. Aspectos psicosociales de la Tortura, pág. 25.

desprende de la Declaración 3452 sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes adoptada por la XXX Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975. El agente debe ser un empleado o funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, que, con ocasión de su cargo, pero excediendo el legítimo ejercicio del *ius puniendi*, aplica, intencionadamente, un tratamiento doloroso, sea directamente, en complicidad a otro, sea a instigación o por inducción suya, sea por acción o por omisión, esto es, no impidiendo su comisión estando en condiciones de hacerlo.

Es la especial calidad que reviste al sujeto activo lo que marca la diferencia, ya mencionada, con otras formas de violentación. Generalmente, el torturador, en cuanto agente del Estado, se reconoce y define como parte de un cuerpo y sujeto a una autoridad que ve revestida de sabiduría e infalibilidad. Es la escisión radical de la sociedad en un “nosotros” y un “ellos”, lo que fundamenta su accionar. El sujeto pasivo, por su parte, frente al comportamiento del torturador, opuesto “(...) a las normas vigentes, en lo que respecta al trato social con las demás personas, (se) suprime toda capacidad de predecir o prever la reacción y los actos de los demás. Con violencia y coacción, la confianza se torna en desconfianza, la seguridad en miedo, el respeto propio en sentimiento de vergüenza, la alegría en depresión y el sentimiento de bienestar en enfermedad”⁷.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

2.1. Tortura legal:

Los primeros antecedentes de la práctica de tormentos como fuente probatoria, o bien, con una finalidad punitiva, se remontan al antiguo Egipto, en donde registros arqueológicos evidencian el uso de golpes en las plantas de los pies, por parte de funcionarios a cargo de la

⁷ Juhler, Marianne, en ob.cit. , pág. 25.

recaudación de impuestos, aplicados a campesinos con el objeto de que éstos revelasen la ubicación de almacenes de trigo.

Si bien en Grecia aparece integrando el sistema procesal, restringiendo su aplicación a los esclavos y, excepcionalmente, a ciudadanos, por la comisión de crímenes de Estado, es el Derecho romano el que institucionaliza su aplicación, regulándola en forma detallada.

La institución del tormento reconoce un primer fundamento legitimador en su práctica, por parte del *dominus*, sobre sus esclavos, como una manifestación de su *plena in re potestas*. La construcción romana de la noción de sujeto sobre la base de los elementos de libertad y ciudadanía justifica, en el ámbito procesal, la práctica de la tortura judicial al esclavo que se negare a decir la verdad aún apelando a su sentido moral o cívico. “*Por su consideración de cosa, se entendía normal obtenerla por la fuerza*”.⁸

Respecto de los ciudadanos, la aplicación de tormentos se prohíbe durante la República, sin embargo, en la época imperial, junto con regularse su ejercicio sobre esclavos en el ámbito doméstico, se permite, respecto de los primeros, ante determinados delitos de gravedad, tales como los de lesa majestad. No obstante su uso, ya surgen voces que critican acerbamente la institución.⁹

Con las sucesivas invasiones germánicas la tortura como medio probatorio pierde, progresivamente, su importancia, en cuanto el derecho penal germánico, de tinte marcadamente privado, no consideraba tarea de la sociedad el esclarecimiento y castigo del delito, siendo reemplazada por la práctica de las ordalías, “*(...) consistentes en invocar y en interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos*

⁸ *Los Delitos de Tortura y de Tratos degradantes por Funcionarios públicos*. Grima Lizandra, Vicente; Tirant lo Blanch, Universitat de València, València, 1998, pág. 25.

⁹ “*Las declaraciones arrancadas mediante tortura son poco seguras, incluso peligrosas y traicionan a la verdad; puesto que unos están endurecidos y desprecian el dolor hasta el punto de que no puede sacárseles nada, mientras que otros prefieren el dolor no importa qué mentira. No es preciso ni dar fe en todo caso a tal procedimiento, ni negarle toda confianza.*” Ulpiano. Digesto XLVIII, 18, 23 en Grima, Vicente. Ob. cit. , pág. 26.

rituales y sensibles, de cuyo resultado se infería la inocencia o la culpabilidad del acusado.”¹⁰ Por otra parte, cabe señalar, el excesivo ritualismo que acompaña la aplicación de tormentos no se condice con el primitivismo propio de los pueblos germanos.

La inexistencia de la tortura judicial se mantiene durante la Alta Edad Media. Es al advenimiento de la Baja Edad Media que, debido a la labor de los glosadores y al estudio del Derecho romano en el seno de las nacientes universidades, unido a la condena formal del papa Inocencio III a la práctica de las ordalías en el IV Concilio de Letrán de 1215 y a la nueva Teoría de la Prueba desarrollada por el Derecho Canónico y su amplio reconocimiento a la confesión como medio probatorio por excelencia¹¹, se admite nuevamente la tortura judicial, extendiéndose en Italia a través de los estatutos municipales y, en el resto de Europa, por medio de las legislaciones reales¹². La doctrina se ocupa, ampliamente, de desarrollarla de forma sistemática hasta mediados del siglo XVII.

Así, el sistema jurídico penal y procesal medieval descansa en un derecho real caracterizado por un exceso de leyes penales, derivado de la intención de la autoridad monárquica de intervenir en los diversos ámbitos de la vida social, donde la obligatoriedad de cada precepto es respaldada de una sanción penal.

En cuanto al derecho sustantivo vigente en el centro y occidente europeo, éste se caracteriza por la falta de tipificación de las conductas ilícitas, contenidas en leyes meramente descriptivas, las que, en muchos

¹⁰ *La Tortura en España*. Tomás y Valiente Francisco. Editorial Ariel; Barcelona, 1973. Pág. 212.

¹¹ “*Nótese la analogía entre el sacramento de la Penitencia, en el que el sacerdote impone una pena espiritual o penitencia con base sólo en la autoacusación, esto es, en la confesión del penitente, y la tortura como medio coactivo para desencadenar igualmente la confesión (entiéndase bien: la confesión de la culpa) del reo indiciado de culpabilidad.*” Tomás y Valiente Francisco. Ob. cit. , pág. 214.

¹² A pesar de las resistencias de un pueblo marcado por un derecho consuetudinario, de raíz popular, la noción del tormento como prueba legal desarrollada por el derecho romano canónico termina por imponerse aún en el mundo germánico, desde la dictación de la Constitutio Criminalis Carolina, que lo incorpora en la legislación imperial.

casos, remiten al intérprete la fijación de la pena, permitiéndole, asimismo, extender el delito a casos no previstos por el legislador.

De este modo, si bien, a cada delito, la ley le asigna una pena (pena legal u ordinaria), el amplio arbitrio judicial permite valorar las circunstancias atenuantes y agravantes de modo de disminuir o aumentar la pena, sin *minimus* o *maximus* legales (pena arbitraria, extraordinaria o efectiva)¹³.

En oposición a la escasez e insuficiencia de tipos penales, el ordenamiento medieval desarrolla ampliamente el sistema punitivo¹⁴. Éste se fundamenta en la noción de pecado, en cuya virtud, la violación de la ley penal justa ofende a Dios. Al equiparar al delincuente con el pecador, la pena adquiere una dimensión purgatoria, la que, unido a su supuesta eficacia represiva, contribuiría a aplacar la *vindicta publica*.

En consonancia con lo anterior, se configura un procedimiento penal inquisitorial, secreto y claramente desigual para las partes.

Por un lado, al ya referido arbitrio judicial, se suma el carácter secreto del proceso y un sistema de pruebas legales y elásticas presunciones¹⁵, con una clara supremacía de la confesión de culpabilidad¹⁶, en la que la tortura presentaría, en principio, un carácter excepcional, a falta de otros medios que permitan, al juez, alcanzar convicción de culpabilidad. La prueba que aparece insuficiente, en este sentido, puede constituir, por regla general, indicio suficiente para

¹³ Legislaciones como la castellana se caracterizaban por la ausencia de fundamentos de hecho y de derecho en la sentencia penal.

¹⁴ Dentro del repertorio de sanciones encontramos, como penas suaves, las de destierro, prisión por corto tiempo, vergüenza pública y sanciones pecuniarias. Dentro de las duras, por su parte, los azotes, presidio en minas o arsenales, mutilaciones, galeras y muerte, la que, a su vez, puede ser suave o dolorosa.

¹⁵ A mayor abundamiento, ante ciertos delitos cuya represión era de especial interés monárquico, como la falsificación de moneda, las legislaciones reales facilitaban su persecución y condena dotando de pleno valor a ciertas pruebas incompletas, como el testimonio de un solo testigo o la delación compensada.

¹⁶ Cabe tener presente que la declaración de inocencia del acusado carecía de toda valoración en el proceso.

justificar la aplicación de tormentos¹⁷. Ahora, si bien la confesión de culpabilidad obtenida bajo tortura debía ser ratificada posteriormente para su validez, de no refrendarla, el acusado podía ser sometido nuevamente a tormentos, lo que, evidentemente, restaba toda eficacia a tal garantía.

En general, la doctrina española identifica, como requisitos de aplicación del tormento, oír previamente al reo y darle a conocer a éste los indicios que justifiquen aquélla, en el marco del conocimiento de una causa definida, legítimamente instruida y conducida.

Excepcionalmente, ante delitos de extrema gravedad, se admitía la aplicación de tormentos *ex summaria informatione*, basándose en indagaciones incompletas, sin comunicar al reo los indicios, admitiéndose el principio que los jueces pueden transgredir las leyes en cuanto a la imposición de la pena y al modo ordinario de proceder, al estar frente a delitos notablemente graves.

El derecho procesal penal español, según sistematización del valenciano Francisco Tomás y Valiente, admite la aplicación de tormentos en los siguientes casos:

A. Tortura *un caput aliena*: Dirigida a los testigos de un hecho, verosíblemente informados de la verdad relativa al delito perseguido, a objeto de ponerla en claro, o bien, a testigos viles o cuyas declaraciones sean contradictorias, a objeto de hacer más creíbles sus testimonios, al quedar purgada, en el tormento, su condición vil, o superadas tales contradicciones.

B. Tortura *in caput proprium*: Dirigida al acusado de un delito, ante su negativa a contestar, o bien, con el fin de verificar si los indicios de culpabilidad obtenidos corresponden a su verdadera culpa.

C. Tortura *tanquam cadaver*: Dirigida contra el reo ya condenado por delito que estuviere sancionado con pena aflictiva, excluyéndose como sujetos pasivos, de modo general, a los menores de catorce años, a

¹⁷ Sin embargo, señala el profesor Vicente Grima, la mera vacilación del interrogado podía considerarse indicio suficiente.

las mujeres embarazadas y a los viejos decrepitos y, de modo especial, a los militares, nobles e hijosdalgos, salvo en el caso que fueren acusados de delitos atroces¹⁸.

Se contemplan dos hipótesis: si el reo es condenado a pena no capital y tiene fama de delincuente, la aplicación de tormento tiene por objeto inquirir sobre su participación en otros delitos. Si el reo es condenado a pena capital, su aplicación mira a obtener la delación de cómplices, auxiliadores o receptadores.

En definitiva, el sistema procesal penal medieval transforma al acusado o, incluso, a terceros, en meros objetos, y al deber jurídico de colaborar, en uno de exigencia coactiva.

2.2. Abolicionismo:

Sin embargo, con el advenimiento del llamado Siglo de las Luces, en que el imperio de la razón trae consigo la humanización de las costumbres, surgen férreos detractores de la institución del tormento.

Luego que la firma del Tratado de Paz de Westfalia, en 1648, pusiera fin a la Guerra de los Treinta Años, que comprometió irreversiblemente los equilibrios políticos de las monarquías europeas, nació, en el continente, una profunda necesidad de tranquilidad, bienestar y convivencia pacífica, a través del cultivo de los valores de la tolerancia y el humanismo. Éste es el escenario que propicia la evolución del sistema de gobierno, naciendo el Despotismo Ilustrado, cuyo fin, centrado en el logro de la felicidad máxima de los súbditos y la garantía de la libertad humana, conlleva la muerte de *l'ancienne régime*.

Para asegurar la naciente concepción de Estado y de ciudadano, se requiere un cambio radical en las legislaciones penal y procesal penal vigentes. Así, la Reforma asienta los siguientes principios penales:

A. Principio de legalidad, que se configura y consagra como dogma del período¹⁹.

¹⁸ El estamento nobiliario gozaba de un amplio fuero, en cuya virtud eran sometidos a jurisdicción personal, estando prohibida, a su respecto, la aplicación de penas aflictivas, sino sólo respecto de delitos de lesa majestad.

B. Corolario del anterior surge el principio de culpabilidad, en cuanto, si la noción de legalidad busca garantizar la certeza jurídica y libertad de la persona frente a la significación y resultados de sus actos y sus posibles consecuencias penales, no habría tal certeza ni libertad si se responsabilizara a un individuo de resultados que no se ha representado o no ha podido representarse, o, habiéndoselas representado, no estaba en él evitarlas, o bien, no podía reprochársele.

C. Principio de despenalización, en cuya virtud se atenúan o suprimen delitos cuya tipificación y sanción no se condice con los valores de la época. Así, *verbi gratia*, se deroga la categoría de delitos de lesa majestad en la legislación toscana, así como los de magia, hechicería y similares, racionalizando y laicizando el derecho criminal. En la misma línea, se redimensiona la gravedad de otros delitos, como la sodomía, el contrabando o la caza.

D. Humanización o mitigación de las penas, de acuerdo a la sensibilidad de la época. Se critican penas como la de muerte, mutilación, confiscación y marca; se consagra el principio de personalidad del castigo y de su proporcionalidad en relación al delito.

Fruto de la especial valoración de la libertad personal, nacen en propiedad, en este período, las penas privativas y restrictivas de libertad, excluyendo a las restantes, en su desarrollo, de los diversos elencos punitivos.

En el ámbito procesal penal, por su parte, como clara consecuencia de las reformas introducidas en lo sustantivo, se configuran los siguientes principios:

A. Publicidad de los juicios: Las acusaciones y delaciones secretas, frecuentes en el Medioevo, son calificadas, en el período, como “(...) *desórdenes evidentes pero consagrados y hechos necesarios en*

¹⁹ Article VIII Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789: La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.

muchas naciones por la debilidad de la constitución”²⁰. Frente a la calumnia levantada a través de la delación y protegida por el secreto, no hay defensa posible. Frente a ella, guardan mayor conformidad con el espíritu republicano, sostiene Montesquieu, las acusaciones públicas, en cuanto el bien público es el fin del quehacer del ciudadano.

B. Independencia de los jueces: Elemento integrante de la noción de Estado y la separación de los poderes públicos, resulta esencial para evitar la injerencia de la autoridad política en las decisiones de los tribunales de justicia.

C. Principio de inocencia: Consagrado en el artículo IX de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su virtud todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable. Por ello, si se estima necesario detenerle, todo rigor innecesario para lograrlo debe ser severamente reprimido por la ley.

D. Carácter excepcional de la privación de libertad: El encarcelamiento del acusado cumple una finalidad de custodia, para asegurar la presencia de éste en el juicio y la integridad de la prueba, como se refleja en la reforma toscana de 1786. Por lo anterior, atendido el alto valor otorgado a la libertad personal, su privación debe durar el menor tiempo posible y su rigor debe ser el estrictamente necesario para evitar la fuga.

E. En materia probatoria, se condena el juramento de decir verdad, tanto respecto de hechos propios como ajenos, y se proscriben el uso de pruebas privilegiadas, las que, siendo, en general, inhábiles, se admitían en la investigación de ciertos delitos, atendida su naturaleza y gravedad.

Y, con seguridad, la mayor innovación, en esta materia, la constituye la progresiva exclusión de la tortura de los diversos cuerpos normativos, hasta su eliminación total, generalizándose una convicción adversa, tanto desde la doctrina como de la autoridad, de la barbaridad de este método para obtener la verdad. Así, si en 1751, el Código

²⁰ *De los Delitos y las Penas*. Beccaria, Cesare; Ediciones Folio S. A., Barcelona, 2001, pág. 56.

Bávaro sancionaba con la pena de muerte en la hoguera el comercio sexual con el diablo, y en 1768 la *Constitutio Criminalis Theresiana* aún admitía la tortura, prescribiendo, minuciosamente, su aplicación, mediante cuarenta y ocho tablillas ilustradas, desde mediados del siglo XVIII, los monarcas de Europa occidental derogan, paulatinamente, su práctica.

En la doctrina, Voltaire admitía la tortura, excepcionalmente, para los “(...) *malvados empedernidos que hayan asesinado a un padre de familia o de la patria, y para el solo caso en que la tortura parece necesaria: el asesinato de Enrique IV, el amigo de nuestra república, el amigo de Europa, el del género humano (...)*”²¹; Sonnenfels, Lardizábal, Verri y Beccaria se oponen a ella sin excepciones; en el ámbito legislativo, a vía de ejemplo, Federico II, en el año 1740, a sólo tres días de asumir el trono prusiano, suprime la tortura, salvo para delitos de extrema gravedad como la traición, para ordenar, catorce años más tarde, su abolición total; en 1773, cinco años después de su *Constitutio Criminalis*, María Teresa de Austria ordena suspender su aplicación, para abolirla, sin limitación alguna, tres años más tarde, en todos los miembros del Imperio, y en los estados italianos, mediando el voto favorable de sus respectivos órganos gubernativos supremos²²; en 1786, su hijo, Pedro Leopoldo, archiduque de Toscana, introdujo en su legislación criminal profundas reformas en la misma línea, y, al año 1787, su hermano José II dicta el *Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafen*, conocido también como la *Constitutio Criminalis Josephina*, culmen de la Reforma Penal ilustrada, en cuya virtud desaparece, definitivamente, la tortura, de todo el territorio del Imperio.

²¹ *Violencia y Justicia*. De Rivacoba y Rivacoba, Manuel; Universidad de Valparaíso Editorial, Valparaíso, 2002.

²² El Senado de Milán se mostró propicio a la supresión del tormento, a diferencia del Consejo de Mantua, que mantuvo su vigencia hasta el año 1787.

2.3. Actualidad:

No obstante la profunda transformación cultural que significó, para la cultura occidental, el desarrollo de los principios y valores inspiradores del Siglo de las Luces, se adviene el siglo XX con cambios bruscos en el orden mundial. En esta época, la humanidad es testigo de las mayores atrocidades contra la persona humana, como ambas guerras mundiales y la posterior configuración del mundo occidental, que se enfrenta en la llamada Guerra Fría, alcanzando niveles de tensión, polarización e intervención internacionales quizás nunca antes vistos, las que generan una respuesta mundial manifestada en la creación de la Organización de Naciones Unidas, el 24 de octubre de 1945, la cual integra, como una de sus finalidades, la promoción y defensa de los derechos humanos²³.

La primera iniciativa de importancia es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en cuanto marca un hito en el desarrollo minucioso de salvaguardas para la prevención de la tortura y la creación de mecanismos de resolución de conflictos, a través de una multiplicidad de instrumentos, internacionales y regionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950; la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, sin perjuicio del amplio desarrollo del derecho internacional humanitario, contenidos en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977.

Sin embargo y, pese a que la reaparición de la tortura en el siglo XX ha sido fuertemente condenada por la comunidad internacional, su

²³ "La promoción y protección de los derechos humanos, que antes correspondía a los Estados, se ha convertido en una responsabilidad internacional. Esta responsabilidad no se limitó simplemente a un compromiso internacional establecido en términos generales. Se convirtió en parte de un programa internacional, auspiciado por los principales organismos y agencias de las Naciones Unidas y articulado en los programas de trabajo de las comisiones, los comités y los subcomités correspondientes". O. N. U., Departamento de Información Pública, en *Contra la Tortura. Manual de Acción, Amnistía internacional*. Editorial Amnistía Internacional; Madrid, 2003, pág. 22.

supervivencia en la práctica, acotada a la persona privada de libertad²⁴, ha sido tolerada y, en ocasiones, querida, tanto por quienes ejercen la potestad punitiva del Estado, como por la misma sociedad, la que, en lo profundo de su imaginario, la admite como justo precio a su tranquilidad y seguridad.

La tortura, antaño instrumento del poder público para obtener la verdad, en el marco de una investigación judicial, se reformula, persiguiendo nuevos fines.

Así, a la tortura sufrida al interior de recintos policiales, se suma la experimentada en lugares ilegales de detención y en el marco de conflictos armados. Como sujeto pasivo, al supuesto delincuente común se añade el disidente o preso político o religioso y el tercero sin responsabilidad en los hechos que buscan justificar su aplicación.

A la tortura con fines indagatorios y punitivos, se suma aquella empleada como herramienta de represión política; la experimentación médica y científica sin consentimiento como forma de maltrato y el castigo corporal, especialmente relacionado con condiciones inhumanas de detención. Además de ejercerse bajo la custodia policial, encuentra nuevos escenarios en los conflictos armados y lugares clandestinos de detención.

Aparece, en este período, una importante relación entre tortura y discriminación, contra mujeres, grupos étnicos, raciales o políticos y minorías sexuales, así como la especial necesidad de brindar protección especial a sectores más vulnerables, como los niños, los pacientes de instituciones médicas o los refugiados. En esta línea, aparecen abusos específicos relacionados con el género, sexualizando la tortura; el reclutamiento de niños en conflictos armados, su internación en recintos penales, su maltrato en contexto de situación de calle o su victimización por aplicación de tortura oblicua o indirecta.

²⁴ Entre 1997 y 2000, Amnistía Internacional recibe, en el marco de la primera campaña de sensibilización frente este fenómeno, denuncias de torturas aplicadas en más de 150 estados, en 130 de ellos, contra presuntos delincuentes comunes y, en los restantes, contra presos políticos.

El Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, a mayor abundamiento, ha sostenido que la discriminación interviene como un elemento facilitador de la aplicación de malos tratos, incrementando la vulnerabilidad de ciertos grupos, incluso, frente a la aplicación de prácticas discriminatorias destinadas a hacer cumplir la ley, negando, a sus víctimas, el derecho a la igualdad ante la misma ley que busca imponer²⁵.

Lo anterior hace necesario centrar la mirada sobre este fenómeno, abordándolo de manera específica, por lo que la comunidad internacional adopta, en 1975, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, dando inicio, con ello, a un profuso tratamiento, a través de instrumentos vinculantes, recomendaciones y directrices, aplicables a los distintos actores de la administración de justicia en los estados²⁶. No obstante, subsisten, en la actualidad, intentos sostenidos de dar un barniz de legalidad a la aplicación de malos tratos, en que, por motivos de seguridad, la tesis del “mal menor”, justificaría excepciones a las estrictas reglas nacionales e internacionales que reglan la detención, interrogatorio y acceso a la justicia de personas privadas de libertad²⁷, convirtiéndose, el castigo, como sostuviera

²⁵ Contribución del Comité contra la Tortura al proceso preparatorio de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en ob. cit., pág. 27.

²⁶ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1948; Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobada en 1977; Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de 1990; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988; Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad de 1990; Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1982; Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 2000; Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1979; Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley de 1990; Directrices sobre la Función de los Fiscales de 1990; Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores Reglas de Beijing de 1985 y Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 1985.

²⁷ La comisión de investigación presidida por el ex presidente del Tribunal Supremo de Israel, Moshe Landau, justificó, en informe publicado en octubre de 1987, la inevitable aplicación de “un grado moderado de presión física” durante interrogatorios de detenidos por actividad terrorista hostil u otros

Michel Foucault, “(...) *de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos*”²⁸.

3. CLASIFICACIÓN DE TORTURA:

La tortura admite diversas clasificaciones, atendiendo a los siguientes criterios:

3.1. Atendiendo a su finalidad:

A. *Tortura indagatoria*: La aplicación de tormentos es utilizada como una forma para pesquisar los hechos, íntimamente ligado con la confesión como medio probatorio.

Legal en el Medioevo, pervive, en la actualidad, en prácticas informales, generalmente, por parte de funcionarios encargados de la custodia de los presuntos culpables.

B. *Tortura intimidatoria*: De más reciente aparición, busca amedrentar a la víctima o a un grupo social, a fin de inhibir determinadas conductas, vistas como inadecuadas o indeseables para el sector representado en el torturador.

C. *Tortura punitiva*: La acción sobre el cuerpo aparece como un suplemento punitivo derivado del encierro. A decir de Foucault, éste es

motivos de seguridad, en el contexto de la ocupación israelí de Gaza y Cisjordania, criterio que imperó hasta 1999 y, en menor medida, hasta la actualidad, amparando la práctica de torturas y malos tratos. En la misma línea, la USA Patriotic Act, promulgada el 26 de octubre de 2001, tan sólo 15 días después del atentado al World Trade Center, descansando en la necesidad de prevenir, detectar e interrumpir la amenaza terrorista, limitó profundamente las libertades civiles, autorizando la intervención de la autoridad en diversos ámbitos de la vida privada de las personas, entregando amplias facultades a las agencias de inteligencia para interceptar comunicaciones, ingresar y allanar viviendas, aún sin autorización judicial; autorizando un alto grado de discrecionalidad en el actuar de las autoridades migratorias, en especial, en la detención indefinida de inmigrantes sospechosos de actividades terroristas; lo que, junto a la existencia de diversos recintos de detención ubicados en el extranjero, al margen de la jurisdicción nacional, han devenido, a vista y paciencia de la comunidad internacional, en un reducto de impunidad que protege y justifica los malos tratos a prisioneros, cuyas condiciones de detención indefinida, por sí solas, constituyen tortura.

²⁸*Vigilar y Castigar*. Foucault, Michel; Decimosegunda edición, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2000, pág. 18.

un postulado que jamás se ha suprimido francamente: es justo que un condenado sufra físicamente más que otros hombres”²⁹.

3.2. Atendiendo a sus métodos de aplicación:

La tradicional sistematización que, desde su objeto, distingue entre tortura física y psicológica, ha dado paso al actual criterio que clasifica la tortura atendiendo a sus métodos, toda vez que, sin perjuicio de la técnica ocupada, la tortura siempre implica sufrimiento psicológico y, aunque recae primeramente en el cuerpo de la víctima, vulnera, en definitiva, su alma.

A. *Métodos predominantemente corporales*: Ocupan técnicas que agreden el cuerpo humano a través del dolor y el agotamiento, como golpes, golpes cortantes, aplicación generalizada o específica de electricidad, posiciones forzadas e inmovilizaciones, agresiones por instrumentos puntiagudos, quemaduras, entre otras.

B. *Métodos predominantemente biológicos*: Buscan, indirectamente, socavar la integridad psicológica de la víctima, a través, *verbi gratia*, de la privación de comida, agua o sueño, influencia térmica, obligación a comer inmundicias, asfixia e impedimento de las funciones biológicas.

C. *Métodos predominantemente psicológicos*: Buscan destruir la psiquis de la víctima, creando confusión y desorientación, que impide el razonamiento lógico y la capacidad interpretativa, a través, por ejemplo, de privación sensorial, comunicaciones falsas o confusas, sometimiento a insultos y humillaciones, desnudez forzada, obligación de presenciar torturas de compañeros de reclusión o a familiares, ejecuciones falsas, simulacros de sepultación, confinamiento solitarios, aplicación de drogas que producen adicción, como neurolépticos, alucinógenos o pentotal.

²⁹ Foucault, Michel; ob.cit., pág. 23.

D. *Métodos predominantemente sexuales*: La sexualización de la tortura es un fenómeno de reciente identificación. Cabe señalar, al respecto, que, aunque la tortura recae, obviamente, con la anatomía sexual de sus víctimas, técnicas como los insultos sexuales, la violación y el abuso sexual, más otras formas de violencia y humillación sexuales, la concepción forzada, la prueba de virginidad, el aborto provocado y la prostitución forzada, dirigidas contra la víctima o contra sus familiares, añaden un efecto adicional al tormento, al forzar a aquélla a participar en la agresión contra sí, adulterando los sentimientos propios a través de la sensación de complicidad.

3.3. Atendiendo a su sujeto pasivo:

A. *Tortura directa*: Se aplica inmediatamente sobre el cuerpo de la persona en que se quiere influir, sea para intimidarlo, sea para castigarlo, sea para obtener información.

B. *Tortura indirecta u oblicua*: Surgida en el siglo pasado, a juicio de Rivacoba, aún más vil que la tradicional, busca, al atormentar a quien es inocente o no sabe nada respecto de lo que se indaga, forzar a un tercero a declarar o castigarlo. Amnistía Internacional ha constatado la relación creciente entre ésta y la tortura a través de métodos predominantemente sexuales, en aquellos casos de mujeres violadas como sustitutas del auténtico objetivo, que puede ser su esposo, familiar o amigo.

4. EFECTOS INDIVIDUALES Y SOCIALES DE LA TORTURA:

La tortura en general, como estrategia represiva, golpea, no sólo a la persona en su condición de individuo, sino que afecta, también, a las relaciones sociales. Es por ello que se hace necesario, para una cabal comprensión de este fenómeno, abordar sus efectos, tanto en las

víctimas, como en su entorno inmediato y, en definitiva, en el conjunto social.

Según Inger Agger y Sören Buus Jenser, psicóloga y psiquiatra daneses, autores del estudio “*Trauma y Cura en Situaciones de Terrorismo de Estado*”, la tortura actúa como *stressor*³⁰ múltiple, que implica, tanto amenazas visibles, como exposición a un daño físico, social, político y psicológico. Es un proceso complejo, toda vez que lleva, a la víctima, a adoptar elecciones conflictivas.

Es así como, en el individuo, el sometimiento deliberado a estos *stressor*, puede producir una crisis existencial, caracterizada por dos procesos, la disociación y la victimización.

El primero corresponde a la alteración cognitiva caracterizada por la no integración de la experiencia traumática. Opera como medio de supervivencia psicológica detonado durante la aplicación de torturas, en que el yo se fragmenta parcialmente para evitar verse sobrepasado por la situación de angustia y, con ello, salvar una desintegración mayor.

Este proceso alcanza la dimensión tanto cognitiva como emocional de la persona, separándose, los sentimientos generados por la situación traumática, de la conciencia de su ocurrencia.

Este mecanismo provoca que, tanto la víctima como el torturador, se transformen en meros objetos. En la primera, además, se altera el contacto con la realidad (despersonalización); la fragmentación conlleva la posterior proyección de los aspectos disociados en los vínculos íntimos de la persona; se modifica su auto imagen, ante la imposibilidad de unir, posteriormente, tales fragmentos; se alteran los límites entre fantasía y realidad y se distorsiona el proceso de simbolización, al requerir la creación de nuevos signos a través de los cuales el mundo exterior, el propio cuerpo, los sentimientos y hasta las palabras adquieran nuevos significados, asociados a la experiencia de la tortura.

La victimización, por su parte, es definida como el trauma moral que cambia los sentimientos de dignidad e integridad moral de la

³⁰ Se entiende por *stressor* a aquellos elementos generadores de ansiedad y depresión.

persona. Sus consecuencias se dan, principalmente, en sus relaciones con los otros y con el mundo.

Es así como, durante la tortura, se establece una relación de poder en que la víctima asume una posición de inferioridad, que, posteriormente, puede activarse, conciente o inconscientemente, en su relación consigo mismo y con personas significativas. El proceso de victimización se asocia con las reacciones esperables en la víctima al momento de su aplicación, en especial, con el significado que atribuye a conductas como “hablar”, “traicionar” o “entregar información”, y la culpa que tales conductas genera en su fuero interno.

Una dimensión particular de la victimización se da frente a la tortura por medios predominantemente sexuales, en que la culpa se transforma en vergüenza. La llamada *elección imposible* que plantea aquélla, en que el agredido debe optar entre su sobrevivencia y la culpa o la vergüenza, entre su integridad física y su integridad psíquica, se transforman en una verdadera trampa para la víctima, en que la elección forzada lleva a la autodestrucción.

Ahora bien, los efectos del trauma alcanzan distintas dimensiones, atendida la distancia entre el *stressor* y su objeto.

Una primera dimensión es la denominada *traumatización primaria*, en la que, claramente, el objeto es el blanco directo del factor *stressor*.

Sin embargo, el trauma también acarrea efectos sociales, en sus dimensiones secundaria y terciaria.

En la *traumatización secundaria*, el factor *stressor*, esto es, el hecho que origina la situación de ansiedad, ya no es la tortura, si no la traumatización primaria de un objeto a través de la traumatización de otro.

En la *traumatización terciaria*, por su parte, el factor *stressor* es la traumatización primaria o secundaria de otro, que no está directamente relacionado emocional o socialmente al objeto generador. En este ámbito, la traumatización terciaria afecta seriamente la dinámica

social, erosionando la noción clásica de ciudadanía (apertura de espacios a la configuración de nuevos formatos de representación de la sociedad civil) y fomentando la aparición de comunidades interpretativas con un horizonte autoritario, que privilegia la reducción del alcance de la noción de justicia, ciñéndola a la idea de la reparación del daño causado por la vía de la venganza particular o privada.

Corolario de lo anterior es la sensación de impunidad, que opera como mecanismo de alteración psicológica, constituyendo una nueva agresión que se suma a la dinámica de la tortura. *“Los dos pilares en que se sustenta la impunidad son la negación de la verdad, referida a los hechos y al ocultamiento de los responsables y la ausencia total o parcial de justicia. Falta de justicia para las víctimas, los familiares y también para la sociedad. Estas dos ausencias trastocan o pervierten las más altas funciones mentales del hombre. La verdad, lo real, lo objetivo como base de la percepción del mundo exterior que es un elemento esencial en la construcción de todo el proceso del conocer, del saber e incluso del imaginar, con la impunidad queda en las sombras”*³¹.

De esta forma, según estudios en comunidades profundamente victimizadas por la dinámica del trauma, se instaura un fenómeno dialéctico en que, por un lado, están las personas directamente afectadas por la violencia, traumatizadas, aisladas y marginadas y, por otro, su colectividad, con rasgos de una sociedad enferma o insana³². El carácter social de tales comunidades se reconfigura a partir de un núcleo anormal, formado por el miedo internalizado y el quiebre radical de principios tradicionales como la solidaridad humana, la confianza y la justicia, en que, la presencia constante de la simbolización de la muerte no permite, a la colectividad, actuar libre y abiertamente, predominando la denegación de lo sucedido y la instalación de la impunidad.

³¹ *Alteraciones en la Salud Mental por Ausencia de Verdad y Justicia*. Rojas Baeza, Paz; CODEPU, Croacia, 2001, pág. 3.

³² Que, en dichos de Erich Fromm, corresponde a aquella que crea hostilidad, mentira y recelo.

CAPITULO II

LA TORTURA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

La prohibición internacional de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes trasciende la mera tipificación del ilícito, en cuanto requiere, de los Estados miembros de la comunidad internacional, el cumplimiento de un conjunto de preceptos, con miras a su efectiva erradicación.

Si bien cada instrumento internacional establece obligaciones específicas para los Estados parte, atendida su materia, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla deberes generales, comunes a todos los preceptos reconocidos por dicho Pacto, entre ellos, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Cabe señalar que, si bien los preceptos contenidos en el Pacto regulan la relación de cada Estado Parte con los individuos bajo su jurisdicción, tal Estado tiene, a su vez, un interés jurídico en el cumplimiento de sus preceptos, por parte de los demás, toda vez que la dimensión contractual de los tratados obliga, naturalmente, a cada parte a cumplir, para con las demás, los compromisos pactados en dicho instrumento, en armonía con el deber impuesto en la Carta de Naciones Unidas de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos. Es por ello que la violación de alguno de los derechos consagrados en el Pacto trasciende de una mera cuestión de derecho interno, mereciendo ser objeto de atención de toda la comunidad internacional.

Tales deberes son:

1.1. Deber de respetar y garantizar:

El Pacto dispone, en el párrafo primero de su artículo 2, que *“cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos³³ que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

De su tenor se desprenden dos obligaciones, respetar los derechos reconocidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción³⁴ y garantizar, a éstos, su ejercicio y goce, ambos, deberes de exigibilidad inmediata.

La primera corresponde a una obligación negativa, en cuya virtud el Estado y sus agentes deben abstenerse de violar los derechos reconocidos por el Pacto, comprendiendo a todos los poderes de éste, así como a toda autoridad estatal, nacional, regional o local, no pudiendo, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, invocarse disposiciones de derecho interno con el fin de eximir o atenuar la responsabilidad que al Estado le compete.

Si bien se admite la introducción de restricciones al ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto, ellas deben ser motivadas, publicitadas, temporales, proporcionales, necesarias y generales, de modo tal que no menoscaben la esencia de tales derechos ni se alejen de su protección constante y eficaz.

³³ El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha entendido que esta protección comprende solamente a personas naturales, lo que no impide que éstas pretendan que acciones u omisiones que afecten ciertas libertades, como las de asociación o de culto, que, por su naturaleza, son ejercidas en el seno de personas jurídicas u otras entidades colectivas, sean asimiladas a la violación de sus propios derechos.

³⁴ El mencionado Comité ha interpretado la norma precitada en el sentido de que ambas condiciones no son copulativas, por lo que la protección de los derechos se extiende tanto a los individuos que estén en el territorio nacional como a aquéllos que, sin estarlo, se encuentren sometidos a la jurisdicción del Estado. Incluso, en su Observación General 31, de 2004, ha entendido que comprende a toda persona que se encuentre bajo el poder efectivo de un Estado parte que actúe fuera de su territorio, en el marco, *verbi gratia*, de una operación internacional de paz.

La obligación de garantizar el goce de los derechos reconocidos en el Pacto, por su parte, compartiendo el carácter *self executing* de la anterior, es de carácter positiva, en cuya virtud se exige, a los Estados parte, emprender las acciones necesarias para asegurar que todos los habitantes del territorio nacional, así como todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, estén en condiciones de ejercerlos.

Las acciones que el Estado emprenda en cumplimiento de este deber trascienden la mera formalidad. Como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “(...) *esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*”³⁵

De esta manera, se desprende, como primer deber del Estado, el de adecuar su normativa interna, a fin de dar plena operatividad a las normas de derecho internacional dentro de su jurisdicción, a través de la incorporación de éstas o de la dictación de disposiciones de tenor y alcance similar; de la revisión de aquella dirigida a eliminar eventuales discrepancias y del establecimiento de recursos judiciales adecuados y eficaces ante su violación o amenaza, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 2.3 del Pacto³⁶. El carácter adecuado de un recurso, según

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez; sentencia de 29 de julio de 1988, considerando 166.

³⁶ *Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*
a) *Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;*
b) *La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;*

la Corte, implica que éste sea idóneo, dentro del derecho interno, para proteger la situación jurídica específicamente infringida. En el caso Velásquez Rodríguez con Honduras, relativo a la investigación de la detención clandestina y posterior desaparición del ciudadano hondureño Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, el Estado de Honduras menciona, como recurso judicial interno apto en la especie, entre otros, el procedimiento civil de declaración de muerte presunta. Claramente, a la luz del criterio sustentando por la Corte, tal acción no es adecuada para la cautela y restitución de los derechos vulnerados. La eficacia, por su parte, conlleva la capacidad de producir el resultado para el que ha sido concebido. Si, por ejemplo, el ejercicio del *habeas corpus* u otra acción *ad effectum vivendi*, evidentemente adecuados frente al caso supra, es subordinado a exigencias procesales, como la identificación, por parte del recurrente, del lugar de detención y la autoridad bajo la cual se encuentra el detenido, se le priva de toda eficacia, puesto que en casos de esta naturaleza sólo existe prueba referencial de la detención clandestina y se ignora el paradero de la víctima.

También el acceso a recursos efectivos o eficaces importa el derecho a reparación³⁷, la que, en términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser justa.

Sin embargo, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos “(...) *no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*”³⁸.” Ello apunta a la generación de otras condiciones necesarias para el ejercicio

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

³⁷ Artículos 5 párrafo noveno y 14 párrafo sexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 10 y 63 párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ob. cit., considerando 167.

de los derechos, tanto en el ordenamiento gubernamental y de administración de justicia, como en la cultura social, desde la estructuración de un poder judicial imparcial, el acceso igualitario a la defensa judicial y la educación de los agentes encargados de hacer cumplir la ley, hasta la promoción de los derechos humanos y el diseño de políticas públicas conducentes a hacerlos efectivos para todos los individuos y grupos sociales, especialmente para aquéllos afectos a cualquier tipo de discriminación.

Ahora bien, es menester destacar que, no obstante el Comité de Derechos Humanos señala que las obligaciones del Pacto no son vinculantes de forma directa u horizontal, como cuestión de derecho internacional, por cuanto dicho instrumento no sustituye el derecho interno, su cumplimiento pleno no se agota con el respeto y garantía de los derechos contemplados en el Pacto por parte del Estado y sus agentes, sino, también, respecto de actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculicen el ejercicio de aquellos derechos, en la medida que el Estado no haya adoptado todas las medidas tendientes a prevenir, evitar y, en su caso, investigar, sancionar y reparar las violaciones que, de dichos actos de privados, se derivaren. El Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha sostenido, en este sentido, que la indiferencia o inacción de un Estado frente a actos constitutivos de violencia de género, tales como la violación, la violencia doméstica o la mutilación genital femenina, constituiría una suerte de estímulo o autorización *de facto* para su comisión.³⁹

1.2. Deber de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos por el Pacto:

El Pacto dispone, en el párrafo segundo de la norma en comento, que *“cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente*

³⁹ Comité contra la Tortura. Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, General Comment n°. 2, implementation of article 2 by States Parties, pág. 4.

Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”.

Esta obligación, en plena armonía con lo preceptuado en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁰, se confunde, en principio, con el deber de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto. La historia fidedigna de su establecimiento da cuenta de la intención original, de algunos estados participantes en su redacción, de introducir un elemento que les permitiera gozar de un tiempo para adecuar su legislación interna a los preceptos contenidos en el Pacto, privándole, con ello, de exigibilidad inmediata⁴¹. Sin embargo, la interpretación, tanto del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como de la Corte Interamericana ha sido taxativa en orden a exigir que los cambios de los derechos y prácticas internas necesarios para garantizar su conformidad con el Pacto sean introducidos al momento de su ratificación.

En cuanto al alcance de esta obligación, si bien, en la mayoría de los sistemas constitucionales, a lo menos, de los Estados americanos, las disposiciones de los tratados internacionales se incorporan al derecho interno en virtud de su ratificación, sin necesidad de ley especial, la adopción de medidas legislativas o de otro carácter en el derecho interno mira, no sólo a reforzar el deber de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto, sino a contribuir a la determinación de la obligación, para

⁴⁰ *Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*

⁴¹ En la discusión del actual artículo 2 de la Convención Americana, propuesto por Chile, el delegado de Estados Unidos apoyó dicha propuesta, afirmando, en una declaración formal, que “(...) ayuda a clarificar el efecto legal de la ratificación en la legislación interna de las partes respectivas (...)”, resaltando la flexibilidad de la disposición que permitía a cada país “(...) implementar el tratado en consecuencia con su práctica interna (...)” ya que “(...) no es la intención de los Estados Unidos interpretar los artículos de la Parte I del tratado como autoejecutables”. En *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Medina, Cecilia y Mera, Jorge; Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pág. 75.

no dejarla al arbitrio de la interpretación judicial, así como a asegurar la operatividad plena de aquellos derechos de compleja implementación, como, por ejemplo, los derechos políticos, cuyo ejercicio requiere, no sólo una norma que los reconozca y ampare, sino, además, de medidas complementarias, como la existencia de padrones electorales, juntas electorales, plazos y centros para el ejercicio del sufragio.

1.3. Deber de cooperar con la supervisión internacional:

El artículo 40 del Pacto dispone, en su párrafo primero, que “*los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos (...)*”.

Esta obligación, garantía del principio de *bona fides* en el cumplimiento de los tratados, consiste en el deber de proporcionar información oportuna, pertinente y veraz respecto de la situación general de un Estado o bien de un hecho particular, en conocimiento del Comité de Derechos Humanos. Su importancia es tal, que este organismo ha decidido cuestiones sometidas a la competencia que su Protocolo facultativo le otorga sobre la base del incumplimiento de esta obligación, entendiendo que el Estado la incumple al refutar una denuncia en términos generales, sin proporcionar antecedentes específicos y pruebas pertinentes⁴².

2. CONCEPTO DE TORTURA. DISTINCIÓN ENTRE TORTURA Y TRATOS CRUELES, INHUMANOS Y DEGRADANTES:

El marco en que el sistema internacional desarrolla el concepto de tortura está contenido en la Declaración sobre la Protección de todas las

⁴² Vs. Caso Santulli contra Uruguay, en Medina, Cecilia y Mera, Jorge, ob. cit.; Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pág. 52.

Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada en resolución 3452 por la Trigésima Asamblea General de Naciones Unidas en su 2433ª. sesión plenaria, de 9 de diciembre de 1975.

Dicha declaración, teniendo en cuenta los artículos 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴³, en virtud de los cuales nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, obedeciendo el mandato de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, contenido en el artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas, aprueba, por vez primera, un catálogo de normas orientadoras dirigidas a los Estados miembros.

En ella se entiende por tortura *todo acto por el cual un funcionario público u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras, a excepción de las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta*, en la medida que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁴⁴. Constituye, según su artículo 1, una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante, ofendiendo la dignidad humana y

⁴³ El artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. El artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por su parte, preceptúa que *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos*.

⁴⁴ Adoptadas en el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra y aprobadas por el Consejo Económico y Social con fecha 31 de julio de 1957 y 13 de mayo de 1977.

vulnerando, tanto la Carta de Naciones Unidas, como la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Todo acto de tortura debe ser tipificado como delito en las legislaciones penales internas, como se dispone en su artículo 7, sancionando, también, la participación a título de complicidad, incitación o tentativa.

Dicho concepto recoge el amplio desarrollo jurisprudencial que las nociones de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contenidas en los artículos 3 y 5 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, presentaron en el Derecho Internacional Europeo⁴⁵.

En efecto, atendido a que la normativa europea no definía ni distinguía entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y, ante la falta de instrumentos internacionales específicos, la Comisión Europea de Derechos Humanos realizó un primer acercamiento al concepto, en 1969, en el conocimiento del caso Dinamarca, Noruega, Suecia y Países Bajos con Grecia, entendiendo, como trato inhumano, aquél que causa sufrimiento físico o mental severo, injustificadamente y, como tortura, una forma agravada de tratamiento inhumano, llevada a cabo con un propósito determinado. En tal sentido, son el grado de sufrimiento y la intencionalidad lo que distinguiría ambos conceptos.

En esta línea, la Comisión establecería una jerarquización de las nociones de tratos degradantes, inhumanos y tortura⁴⁶. Es así como constituye trato degradante, aquél que humilla a la víctima de forma grosera frente a otros o la lleva a actuar contra su voluntad o conciencia. Constituye trato inhumano, por su parte, aquel tratamiento degradante

⁴⁵ El artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948, dispone que *nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*. El artículo 3 de la Convención Europea, adoptada en 1950, dispone, por su parte, que *nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*.

⁴⁶ No hay constancia de las razones del Consejo de Europa para omitir, en el artículo 3, la voz *crueles*.

que, además, causa severo sufrimiento físico y mental sin justificación. Y, finalmente, la tortura es una forma agravada de trato inhumano, que persigue un propósito determinado, sea indagatorio o punitivo.

Adoptando, parcialmente, tales nociones, la Corte Europea de Derechos Humanos distingue, por vez primera, en el caso Irlanda con Reino Unido, de 1978, la tortura de otros tratos inhumanos o degradantes, atendiendo a la intensidad del sufrimiento infligido y prescindiendo del propósito de la acción. En el caso de Marras, la aplicación de técnicas combinadas de desorientación y privación sensorial, en el marco de interrogatorios a sospechosos de participar en el Ejército Republicano Irlandés, detenidos en centros no identificados, consistentes en la permanencia forzada, durante horas, apoyados contra la pared en una posición determinada, con la cabeza cubierta permanentemente con una bolsa negra, en habitaciones con un fuerte ruido constante, bajo dieta reducida de agua y comida y privándoseles de la posibilidad de dormir, con el objeto de obtener información relativa a actividades terroristas carecieron, a juicio de la Corte, de la severidad o intensidad necesaria para constituir tortura.

Es así como la Corte, definiendo trato degradante como aquél que, deliberadamente, provoca en la víctima sentimientos de miedo, angustia e inferioridad, capaz de humillarla y romper su resistencia física y moral; trato inhumano, como aquél que, deliberadamente, causa un intenso sufrimiento físico o mental y, tortura, como aquel trato inhumano que causa un sufrimiento muy serio y cruel, sostuvo, en la especie, que las antes mencionadas técnicas de interrogación, si bien constituían tratos inhumanos y degradantes, no provocaron en sus víctimas un sufrimiento de tal intensidad y gravedad como para ser consideradas actos de tortura, omitiendo que su aplicación perseguía el claro propósito de obtener confesiones e información relativa a actividades ilícitas pesquisadas.

Los estándares de gravedad e intensidad, sostuvo la Corte, son relativos, dependiendo de las circunstancias del caso y características de

la víctima, tales como duración, efectos físicos y mentales, sexo, edad y estado de salud.

Tal decisión, ampliamente controvertida, se opuso a las conclusiones de la Comisión que, frente al mismo caso, sostuvo que la aplicación combinada de técnicas de privación sensorial visual y auditiva en alto grado, con el propósito de obtener información, claramente constituía tortura, toda vez que afectan directamente la personalidad de la víctima, tanto física como mentalmente, y persiguen un fin determinado.

Por su parte, los votos disidentes al interior de la Corte plantearon la necesidad de distinguir el concepto convencional de tortura, heredado del Medioevo, de las modernas técnicas de sufrimiento y opresión concebidas a partir de la investigación científica multidisciplinaria, las que tienden a provocar, más que dolor, la desintegración de la personalidad de la víctima, la destrucción de su equilibrio mental y el sometimiento de su voluntad.

La postura minoritaria de la Corte sostuvo, asimismo, que el propósito del acto no debe limitarse sólo al de castigar a la víctima u obtener una confesión o información, sino también, al de, únicamente, causar daño.

En el mismo caso, se estableció que la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes deben ser deliberados, esto es, con el propósito serio de causar daño. Sin embargo, la propia Comisión, en fallos posteriores, sostuvo que, frente a actos objetivamente inhumanos, tales como privar a detenidos de agua, comida y asistencia médica, pierde relevancia la intencionalidad.

Ahora bien, atendido el amplio desarrollo jurisprudencial en el ámbito regional europeo, en contraposición a los pronunciamientos del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, limitados a un acercamiento global al sentido y alcance de la prohibición genérica

contenida en el artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁴⁷, dos años después de la adopción de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas recibe el mandato de la Asamblea General, en su resolución 32/62, de elaborar un proyecto de convención, siguiendo la línea de la Resolución 3452 y sobre la base del presentado por el gobierno de Suecia que recoge, mayoritariamente, la doctrina europea desarrollada por la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, el que es, finalmente, aprobado, en la Resolución 39/46, en su trigésimo noveno período de sesiones, con fecha 10 de diciembre de 1984.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, fruto de dicha labor, ratificada por Chile el 30 de septiembre de 1988, define tortura, en su artículo primero, como *todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.* Todo acto constitutivo de tortura deberá ser tipificado como delito en los ordenamientos penales internos, según dispone la Convención en su artículo 4, en similares términos al artículo 7 de la Declaración.

⁴⁷ Sólo en su observación general número 7, de 1982, relativa al artículo 7 del Pacto, asienta una distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la que dependería de la naturaleza, finalidad y trato particular, abarcando, no sólo a los privados de libertad, sino, también, a pacientes de instituciones médicas o estudiantes de establecimientos de enseñanza, incluyéndose, en éstos, los castigos corporales excesivos aplicados como medida disciplinaria o pedagógica.

Claramente, la antes mencionada definición recoge los tres elementos que definen un acto de tortura en la doctrina europea, a saber, un grave sufrimiento físico o mental, la intencionalidad y el propósito u objeto. Resulta altamente valorable la equiparación del sufrimiento físico al mental, dando cabida, con ello, a las modernas técnicas de tortura, cuyo objeto apunta a la destrucción de la personalidad de la víctima.

Sin embargo, el concepto adolece de falencias similares al desarrollado por el sistema europeo.

En primer lugar, no avanza en la precisión de la gravedad o intensidad del sufrimiento infligido por un acto, para su calificación de tortura, quedando, por ende, el alcance cautelar de la definición, supeditado a valoraciones casuísticas subjetivas.

En segundo lugar, si bien amplía el objeto del acto constitutivo de tortura, incorporando, además de los fines punitivos e indagatorios, el propósito intimidatorio o, genéricamente, el basado en cualquier tipo de discriminación, la exigencia de la concurrencia de una intención específica sigue siendo esencial al concepto, lo que excluye la tortura inmotivada, o por puro lujo de males.

En tercer lugar, la excepción de aquellos dolores o sufrimientos provocados a consecuencia de sanciones legítimas o inherentes o incidentales a éstas deja en la impunidad castigos corporales graves, en la medida que éstos sean contemplados dentro de la legislación de un país, como el caso de la *shari'a*, vigente en los estados islámicos.

No obstante lo anterior, la Convención recoge la noción diferenciada de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en su artículo 16⁴⁸. Si bien no los define, de su tenor se desprende que, ante la

⁴⁸ 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.*

falta de requisitos para configurar el delito de tortura contemplado en el artículo 1 de la Convención, estaríamos frente a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aplicándose, particularmente, las obligaciones previstas en los artículos 10, 11, 12 y 13, a saber, la inclusión de su prohibición en la formación profesional del personal encargado de hacer cumplir la ley o que participe en la custodia, interrogatorio o tratamiento de personas privadas de libertad; el examen constante de las normas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como de las disposiciones de custodia y tratamiento de personas privadas de libertad; la investigación pronta e imparcial frente a su comisión y el derecho de la víctima a presentar una queja y a su examen pronto e imparcial⁴⁹.

En cuanto a la interpretación que el sistema internacional ha dado a las nociones de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes contenidas en la Convención, la Comisión contra la Tortura de Naciones Unidas ha entendido, al igual que el sistema europeo, que éstos se distinguen de aquélla, por la severidad de los dolores y sufrimientos infligidos.

Ahora bien y, sin perjuicio de la ausencia de definición, los diversos pronunciamientos de Naciones Unidas han perfilado el alcance de los demás tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, entendidos, por el Comité contra la Tortura, como condiciones que, con frecuencia, facilitan la comisión de ésta⁵⁰. En informes del Relator Especial sobre Tortura y otros tratos, Manfred Nowak, relativos a las misiones a Nigeria y Togo, de marzo de 2007 y enero de 2008, respectivamente, se entienden como tratos inhumanos las condiciones de

2. La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión.

⁴⁹ No obstante el tenor del artículo 16, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha entendido, en su Recomendación General número 2, de noviembre de 2007, que el alcance de la voz “*en particular*”, no excluye el cumplimiento de las restantes obligaciones emanadas de la Convención, *verbi gratia*, el derecho de la víctima a reparación e indemnización justa y adecuada, consagrado en su artículo 14.

⁵⁰ Organización de Naciones Unidas, Comité contra la Tortura, ob. cit..

detenidos en prisiones y dependencias policiales y de gendarmería y mayoría de prisiones, en celdas de pequeñas dimensiones o superpobladas, en deplorable situación de higiene y saneamiento, la alimentación insuficiente y de deficiente calidad, el acceso limitado a atención médica, la prisión preventiva sin formulación de cargos por tiempos prolongados, el aislamiento e incomunicación o confinamiento extensos, el retraso excesivo en las resoluciones judiciales y la dilación de la situación de condenados a muerte, y, como trato degradante, la desnudez forzada día y noche de detenidos.

Por su parte, en el ámbito regional, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, adoptada, con fecha 9 de diciembre de 1985, por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su tercera sesión plenaria, es, claramente, la que presenta un mayor desarrollo en los conceptos en estudio, al prohibir la tortura, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵¹, definiendo tortura, en su artículo 2, como *todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia síquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.* Son sujetos activos, según su artículo 3, los empleados o funcionarios públicos que, actuando en ese carácter,

⁵¹ “Artículo 5.1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. 2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, la cometan directamente o que, pudiendo impedirla, no lo hagan, así como toda persona que, a instigación de tales funcionarios, ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Llama la atención que la Convención Interamericana, no sólo prescinde de la gravedad del sufrimiento para la calificación de un acto como tortura, erradicando, por ende, interpretaciones subjetivas, si no que, más aún, deja de exigir la concurrencia del dolor o sufrimiento, frente a la utilización de métodos que busquen anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, recogiendo, con ello, las críticas formuladas ya al modelo europeo. En la misma línea, se aprecia que el objeto o propósito pierde toda relevancia, con la inclusión de la frase “(...) o con cualquier otro fin”.

En cuanto al sujeto activo, incorpora a personas ajenas al ámbito del Estado, en cuanto actúen a instigación de un funcionario público, sea en calidad de autor o cómplice, o cuando ordenen, instiguen o induzcan la comisión de un acto constitutivo de tortura, lo que resulta altamente novedoso por cuanto, con ello, pueden ser objeto de sanción aquellos individuos o grupos no gubernamentales que desarrollan su actividad al amparo o con el apoyo de un gobierno, como, por ejemplo, las organizaciones paramilitares.

En cuanto a la distinción entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, si bien la Convención Interamericana no define a éstos ni establece criterios de diferenciación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entrega, en diversos fallos, elementos que permiten perfilar dichos conceptos.

Por una parte, la Corte afirma que “(...) *la infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad*

según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta (...)”⁵².

Prácticas como el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son tomadas, en sí mismas, con prescindencia de su fin o propósito, como formas de tratos crueles e inhumanos, lesivas de la integridad psíquica y moral y del derecho de toda persona privada de libertad al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁵³, las que, no sólo producen sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, si no que, además, colocan a la víctima en una situación de particular vulnerabilidad, acrecentando el riesgo de agresión al interior de los recintos de detención. Otras restricciones al régimen de visitas, así como la exposición pública infamante, la intimidación mediante amenazas de actos violentos y las condiciones deficientes de los recintos de reclusión también constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Sólo el año 2001, con ocasión de la resolución del caso Cantoral Benavides, la Corte formuló definiciones concretas relativas al contenido y alcance del concepto de tortura en el contexto interamericano. Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido en febrero de 1993 por fuerzas de la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú, sin orden judicial, por su presunta participación en el grupo armado Sendero Luminoso, permaneciendo incomunicado durante 8 días, siendo víctima, en dicho lapso, de actos de violencia física y psicológica, dirigidos a la obtención de su confesión. Sin ser aún procesado, fue exhibido ante la opinión pública de manera deshonrosa. En septiembre de 1993 fue absuelto, por la justicia militar, del delito de traición a la patria, remitiéndose a la

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párrafo 57.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Fairén Garbí y Solís Corrales, sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 149; Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrafo 164; Velásquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 156 y Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

justicia civil, para ser juzgado por el delito de terrorismo, siendo condenado, en octubre de 1994, a 20 años de prisión.

Durante la substanciación de ambos procesos, Cantoral Benavides permaneció privado de libertad, en régimen de aislamiento celular continuo durante el primer año y en condiciones particularmente hostiles de reclusión, siendo víctima de numerosas violaciones, tanto a su integridad física y psíquica, como a su derecho a de defensa judicial.

Frente a los hechos, la Corte de planteó, por vez primera, la necesidad de dilucidar si éstos constituían tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, o bien, ambos tipos de infracción. Para ello, tomó en cuenta, especialmente, el carácter deliberado que aquéllos tuvieron, así como su doble propósito, esto es, en un primer momento, minar la resistencia física y psíquica de la víctima para obtener su confesión y, después de su condena, castigarle, adicionando las agresiones a la condena privativa de libertad. En cuanto al maltrato psicológico, la Corte sostuvo que la amenaza real e inminente de conductas prohibidas en el artículo 5 de la Convención Americana constituye, a lo menos, tratamiento inhumano, concluyendo, en definitiva, *“(...) que se ha formado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura (...)”* y que *“(...) atendiendo al conjunto de las circunstancias del caso y al contexto en el que se produjeron los hechos (...) sin lugar a duda razonable, (...) cuando menos parte de los actos de agresión examinados (...) pueden ser calificados como torturas, físicas y psíquicas”*.⁵⁴

La Comisión Interamericana, por su parte, gracias a su intervención en numerosas denuncias de violación del derecho a la integridad personal, ha logrado avanzar más sistemáticamente en la definición de tortura y sus distinción de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides, sentencia de 3 de diciembre de 2001, párrafos 103 y 104.

Es así como, a diferencia del sistema europeo de derechos humanos, la Comisión ha entendido que los artículos 2 y 3 de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura establecen los siguientes criterios para calificar un acto como tal, a saber, debe tratarse de un acto intencional o de un método tendiente a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física mental, debe tener un propósito y debe ser perpetrado por un funcionario público o por un privado a instancias del primero, criterios que deben apreciarse con cierto margen de discrecionalidad.

La calificación de un acto como tortura o trato o pena cruel, inhumano o degradante, asimismo, debe hacerse caso a caso, considerando sus singularidades, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales en cada víctima y las circunstancias específicas de ésta⁵⁵.

Así y, sobre la base de estos criterios, la Comisión ha sostenido, por ejemplo, que la prisión prolongada y la incomunicación coactiva, las que, *per se*, son un tipo de trato inhumano, pueden llegar a constituir tortura cuando, deliberadamente, sean aplicadas en forma discrecional, emanando, su severidad, de la continua incertidumbre sobre el futuro del detenido⁵⁶. Respecto de la violación sexual, considerada como trato degradante, es tortura cuando su propósito es humillar y castigar a la víctima⁵⁷.

En conclusión y, pese a que los diversos instrumentos, tanto universales como regionales, no definen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ni otorgan elementos que permitan distinguirlo de los actos constitutivos de tortura, la jurisprudencia internacional ha mostrado sus primeros avances en la integración de ambas nociones, buscando, más que restringir su alcance, incluir,

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, caso 10.832, Luis Lizardo Cabrera con República Dominicana, 7 de abril de 1998, párrafo 83.

⁵⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 35/96, cit., párrafo 85.

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 53/01, caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez con México, párrafo 51.

progresivamente, todos aquellos actos que transgredan, gravemente, el derecho a la integridad física o psíquica de todo ser humano.

3. ALCANCES DEL MANDATO INTERNACIONAL, A LA LUZ DE LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS:

3.1. Deber de respetar y garantizar. Sanción penal de la tortura:

En la conceptualización de la tortura y su tipificación como delito, contenidas, tanto en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, como en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en adelante, la Convención y la Convención Interamericana, respectivamente, se asienta la obligación de los Estados de respetar el derecho a la integridad personal mediante la sanción penal de la tortura, a través de la determinación, como sujeto activo del ilícito, de los funcionarios públicos o agentes del Estado.

Sin perjuicio de ello y, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la obligación del Estado no se agota con la mera observancia del deber de abstención, si no que debe llevar a cabo una serie de actos destinados a garantizar el respeto al mencionado derecho.

Así, ambos instrumentos establecen la obligación de los Estados de tipificar el delito de tortura en sus legislaciones internas, sancionando, con penas acorde a su gravedad, a sus autores, cómplices y partícipes, sea en grado de consumación o de tentativa⁵⁸. La Convención Interamericana extiende el deber de tomar medidas efectivas para

⁵⁸ El artículo 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes dispone que todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, por su parte, señala, en el inciso segundo de su artículo 6, que los Estados partes se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradante en el ámbito de su jurisdicción.

Asimismo, se ocupan de precisar el alcance jurisdiccional, al establecer que los Estados parte tomarán las medidas necesarias para instituir su jurisdicción sobre el delito de tortura cuando se comete en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una nave o buque con matrícula de dicho Estado; cuando el presunto delincuente sea nacional de éste; cuando la víctima sea nacional y el Estado lo juzgue apropiado o cuando, encontrándose el presunto delincuente bajo su jurisdicción, no conceda la extradición a ninguno de los Estados previstos en los casos anteriores, todo ello, sin que se excluya, so pretexto de la aplicación de esta norma, ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad a la legislación interna⁵⁹. Resulta oportuno destacar que las convenciones en comento excluyen como eximente de responsabilidad el criterio de la obediencia debida.

Ahora bien, la sola recepción en el derecho interno de la tortura como ilícito penal es insuficiente para garantizar, eficazmente, su observancia. Es por ello que la Convención dispone, en su artículo 2, la obligación de los Estados parte de adoptar todas las medidas, tanto legislativas como administrativas, judiciales o de otra índole, para impedir la comisión de actos de tortura⁶⁰.

En cuanto a la existencia de recursos adecuados y eficaces, se ordena, en ambos instrumentos, la implementación de las medidas tendientes a asegurar, a la víctima, una investigación pronta e imparcial, protegiéndole de malos tratos o intimidaciones a que diere lugar su queja. La Convención Interamericana va más allá, al disponer el deber de los Estados parte de garantizar “(...) *que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre*

⁵⁹ Artículos 4 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes y 12 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁶⁰ En términos más generales, el inciso primero del artículo 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, preceptúa que “(...) *los Estados partes tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción*”.

el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal. Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.”⁶¹.

Por otra parte, complementando la eficacia de los recursos judiciales, se consagra el derecho de la víctima a una compensación justa y adecuada, incluidos los medios que apunten a una rehabilitación completa, esto último según la Convención, sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren corresponderle según la legislación interna⁶².

3.2. Adopción de otras medidas para hacer efectivo el derecho a la integridad personal:

Dentro de las normas que complementan el deber de garantizar el respeto a la integridad personal, la Convención establece la obligación de incluir información completa sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, civil o militar, personal médico, funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención y prisión. La Convención Interamericana extiende este precepto a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes⁶³.

Adicionalmente, la Convención dispone, en su artículo 11, el deber de revisión sistemática de las normas, instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio y de las disposiciones de custodia y tratamiento de personas sometidas a cualquier forma de arresto,

⁶¹ Artículos 12 y 13 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁶² Artículos 14 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

⁶³ Artículos 10 de la Convención contra la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y 7 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

3.3. Deber de cooperación con la supervisión internacional:

En la línea de lo dispuesto en el artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establece, en su artículo 17, el compromiso de los Estados parte de informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado en aplicación de las disposiciones de la Convención.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes va más allá e instituye, en su artículo 17, un Comité contra la Tortura, ante el cual los Estados parte deben presentar informes periódicos relativos a la adopción de disposiciones relativas al cumplimiento de los compromisos asumidos en su ratificación. También es de competencia del Comité recibir y examinar las comunicaciones que un Estado parte presente, relativas al incumplimiento de los preceptos de la Convención por parte de otro Estado, así como investigar denuncias de práctica sistemática de tortura en el territorio de un Estado parte.

4. RECEPCIÓN DEL CONCEPTO Y SANCIÓN DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRANDANTES EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS. DERECHO COMPARADO:

4.1. Recepción en el Derecho interno europeo:

Llama la atención que, no obstante el profundo desarrollo jurisprudencial que la noción de tortura ha presentado en el derecho internacional europeo, en las legislaciones internas, prácticamente, no ha sido recepcionado. En efecto, legislaciones como la alemana, la italiana

y la suiza no tipifican el delito, limitándose, cuando mucho, a castigar el abuso físico, dentro de los delitos funcionarios.

Mención especial merece el Código Penal español, el que, dentro de los delitos contra la integridad moral, sanciona, en sus artículos 173 y siguientes, tanto los tratos degradantes como la tortura⁶⁴.

Dicho cuerpo legal entiende por tratos degradantes, aquéllos que menoscaben gravemente la integridad moral de la víctima, sancionando su comisión, por un particular, con la pena de prisión de seis meses a dos años. Ahora bien, cuando el atentado a la integridad moral de una persona es cometido por la autoridad o funcionario público, abusando de su cargo, es penado con dos a cuatro años de prisión, si es grave, y de seis meses a dos años, si no lo es, más la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

Cuando dicha autoridad o funcionario público, abusando de su cargo y, con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiére a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral, se entiende que comete tortura, siendo castigado con la pena de prisión de dos a seis años, si el atentado fuere grave, y de prisión de uno a tres años si no lo fuere, más la pena accesoria de inhabilitación absoluta, de ocho a doce años. Este concepto pone el énfasis en el objeto de la acción, consistente en anular o disminuir la personalidad de la víctima, por sobre elementos tradicionales, como la gravedad o intensidad del sufrimiento o la intencionalidad del sujeto activo, en armonía con lo sostenido en postura

⁶⁴ Título VII, de las torturas y otros delitos contra la integridad moral, del Libro II, de los delitos y sus penas, del Código Penal español.

disidente por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Irlanda con Reino Unido, antes reseñado.

Por último, el mencionado código, en su artículo 177, dispone que, si en los delitos sancionados en el título, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley, lo que permite, de cierta manera, dar un tratamiento diferenciado a la tortura, y a los tratos degradantes u otros atentados a la integridad moral, en razón de la gravedad de sus resultados.

También se destaca el Código Penal francés ya que, si bien no define tortura, sanciona su comisión con una elevada penalidad (quince años para la figura simple, aumentada a perpetuidad cuando sea precedida, acompañada o seguida de otro delito, como homicidio, violación, secuestro, rapto, retención o detención sin orden judicial, trata de personas, proxenetismo o robo). Además, reconoce, en forma diferenciada, la práctica masiva y sistemática de tortura u otros actos inhumanos, inspirada en motivos políticos, filosóficos, raciales o religiosos y organizada en ejecución de un plan concertado, contra un grupo de población civil, tipificándole como delito contra la humanidad, asignándole la pena de reclusión perpetua.

La falta de recepción en la legislación interna de los estados se subsana con las normas en materia de derechos humanos de la Unión Europea, la que distingue entre la situación de los derechos fundamentales al interior de la Unión y en sus relaciones con los estados no miembros.

Por una parte, en relación a los estados miembros de la Unión, el artículo 4 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, de 7 de diciembre de 2000, con efecto

vinculante a partir del 1 de enero de 2009⁶⁵, prohíbe la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes, recogiendo, tanto las tradiciones constitucionales de los estados miembros, como los principios derivados de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sin embargo, al no atribuir competencias a los órganos de la Unión en la observancia de los derechos fundamentales consagrados en la Carta, éstos son cautelados por la Unión sólo de manera subsidiaria, según previene el artículo 5 de su tratado constitutivo⁶⁶.

Por otra parte, en las relaciones exteriores de la Unión con los estados no miembros, el respeto, fomento y promoción de los derechos humanos constituye una de sus prioridades fundamentales. Para el cumplimiento de este fin, la Unión diseña una institucionalidad destinada a promover los valores y principios del Derecho Internacional, especialmente, los contenidos en la Carta de Naciones Unidas.

En esta línea, crea, en el Tratado de Lisboa, el Alto Representante de Política Exterior y de Seguridad, recogiendo principios ya enunciados en el Tratado de Maastricht de 1992. Uno de los objetivos principales del Alto Representante, que cuenta, es oportuno señalar, con una amplia estructura de apoyo, incluyendo una unidad de asesoramiento y alerta rápida sobre situaciones de crisis, un comité político y de seguridad y un comité militar, es, precisamente, fomentar el respeto de los derechos humanos, toda vez que, pese a la existencia de

⁶⁵ El Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, introduce modificaciones importantes en el Tratado de la Unión Europea, entre ellas, su artículo 6, en virtud del cual la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales, la que tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión Europea y de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁶⁶ El artículo 51 de la Carta de Derechos Fundamentales establece, expresamente, en su inciso segundo, que no crea ninguna competencia ni misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados. El artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, por su parte, dispone que la delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de la atribución y, el ejercicio de las competencias atribuidas, por el principio de la subsidiariedad. En virtud del principio de la atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen sus estados miembros en los tratados y, en virtud del principio de la subsidiariedad, la Unión puede actuar en los ámbitos que no son de su competencia exclusiva, sólo en caso que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros.

numerosos instrumentos internacionales que prohíben la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, la lucha por su erradicación es parte de una labor que, a juicio de la Unión, resulta necesaria.

En segundo lugar y, a fin de reforzar el fomento del respeto al Derecho Internacional, crea la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos, sustituida, en el año 2007, por el Instrumento Financiero para la Promoción de la Democracia y los Derechos Humanos.

La ayuda facilitada, en el marco de este instrumento, tiene por objeto reforzar el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, consolidar y promover la democracia y las reformas democráticas en terceros países, apoyar a los defensores de los derechos humanos y a las víctimas de la represión y reforzar a las organizaciones sociales que trabajan en la promoción de los derechos humanos y de la democracia, apoyar y reforzar el marco internacional y regional que trabaja en este ámbito y promover la confianza en los procesos electorales, reforzando su fiabilidad, especialmente mediante misiones de supervisión de elecciones y de apoyo a las organizaciones sociales locales implicadas en estos procesos.

A fin de conseguir estos objetivos, la ayuda comunitaria apoya la promoción de la democracia participativa y representativa y de los procesos de democratización, en especial, de las libertades de asociación, reunión, opinión y expresión, el refuerzo del Estado de Derecho y de la independencia del Poder Judicial, el fomento del pluralismo político y de la representación política democrática, la igualdad entre hombres y mujeres y su participación igualitaria en la vida social, económica y política, así como la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales.

En tercer lugar, prohíbe el comercio de material de tortura, estableciendo un régimen comercial específico que abarca ciertos materiales y productos susceptibles de utilizarse para la práctica de la tortura y la aplicación de la pena de muerte y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como la asistencia técnica en relación con estos productos.

4.2. Recepción en el Derecho interno latinoamericano:

En el ámbito regional, el panorama es distinto, percibiéndose una progresiva recepción de la tortura en las legislaciones penales internas. Así, encontramos que la conducta es tipificada en los códigos penales argentino, colombiano, paraguayo, hondureño y brasilero, entre otros, destacándose el desarrollo dado, tanto al tipo penal como al sujeto activo.

El Código Penal argentino, en el marco de los delitos contra la libertad, en el título V de su libro II, entrega una definición de tortura que resulta claramente insuficiente, restringiéndose a los actos que provoquen sufrimiento físico o psíquico, siempre que este último revista la gravedad suficiente⁶⁷. Sin embargo, la alta penalidad contemplada para el ilícito, a saber, de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión, aumentado a diez a veinticinco años de reclusión o prisión si tuviere resultado de lesiones graves gravísimas y, a prisión o reclusión perpetua si tuviere resultado de muerte⁶⁸, y el detallado tratamiento de su sujeto

⁶⁷ Dispone, en su artículo 144 tercero: *1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.*

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

⁶⁸ Como referencia, las lesiones graves gravísimas reciben una penalidad de tres a diez años de prisión o reclusión; el homicidio simple, de ocho a veinticinco años y, con circunstancias agravantes, de prisión o reclusión perpetuas.

activo, constituyen un avance importante en el concierto latinoamericano.

El verbo rector consiste en imponer cualquier clase de tortura, entendiendo, por tal, tanto los tormentos físicos como la imposición de sufrimientos psíquicos suficientemente graves. El sujeto pasivo es la persona legítima o ilegítimamente privada de libertad y, el sujeto activo, puede revestir la calidad de funcionario público o ser un particular⁶⁹.

Los artículos 144 tercero y siguientes contemplan diversas hipótesis de comisión del delito. Así, se sanciona, no sólo al funcionario que impone a otro cualquier clase de tortura, si no, también, a aquél que no evita su comisión, teniendo competencia para ello, o que, careciendo de ésta, omite denunciarla ante el funcionario, ministerio público o juez competente, dentro de veinticuatro horas⁷⁰.

Si el funcionario público fuere médico, se le impondrá, además, la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión por doble tiempo de la pena de reclusión.

Resulta novedosa la incorporación de la noción de poder de hecho, en virtud de la cual resulta indiferente que el sujeto pasivo se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquél poder de hecho, lo que permite superar la limitación contenida, tanto en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, en virtud de las cuales el agente debe cometer el ilícito en el ejercicio de funciones públicas o actuando en el carácter de funcionario público⁷¹.

⁶⁹ Llama la atención que el particular es sancionado con igual pena que el funcionario público.

⁷⁰ Conductas castigadas con penas de tres a diez y de uno a cinco años de prisión, respectivamente, más la accesoria de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos, comprendiendo, asimismo, la tenencia y porte de armas.

⁷¹ El 4,4% de las denuncias sobre cuya base se elaboró el informe titulado “Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile” elaborado por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, recaen en funcionarios militares, cuya función es la defensa de la patria y el mantenimiento de la seguridad nacional y el orden institucional de la República, según su ley orgánica. Evidentemente, en la comisión de los hechos denunciados, los militares involucrados actuaron amparados, exclusivamente, en su poder de hecho.

Se castiga, además, al funcionario público a cargo de la repartición, establecimiento, departamento o dependencia o cualquier otro organismo dentro del cual se hubiere cometido el hecho sancionado en el artículo 144 tercero, si las circunstancias del caso permitan establecer que aquél no se hubiere cometido de haber mediado la debida vigilancia o de haberse adoptado los recaudos necesarios de su parte.

La sanción del legislador penal alcanza, asimismo, a la autoridad judicial, castigando al juez que tomare conocimiento de la comisión del ilícito en razón de sus funciones y no instruyere sumario o denunciare el hecho ante juez competente dentro de veinticuatro horas⁷².

Ahora bien, la definición de tortura contenida en el título en comento restringe las alternativas de comisión al maltrato físico y psicológico, obviando otras, como la tortura sexual, mas, el legislador penal se ocupa ésta, en el título III del cuerpo legal del ramo, relativo a los delitos contra la integridad sexual.

De esta forma, el artículo 119 sanciona, con pena de prisión o reclusión de seis meses a cuatro años, el abuso sexual de persona de uno u otro sexo, entre otras, cuando mediere violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, penalidad que aumenta a cuatro a diez años cuando aquél, por su duración o circunstancias de realización, configurare un sometimiento sexual gravemente ultrajante y, a seis a quince años, si hubiere acceso carnal por cualquier vía. En todos estos casos, se considera, como circunstancia agravante, que el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones, aumentando la penalidad a tres a diez años de reclusión o prisión, en el abuso sexual simple, y a ocho a veinte años, en las restantes hipótesis.

El legislador penal colombiano da un interesante tratamiento al ilícito en estudio, distinguiendo entre tortura y tortura en personas

⁷² Castigado con la pena de tres a diez años de prisión, más la accesoria de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargos públicos, tener y portar armas.

protegidas por el derecho internacional humanitario, precaviendo, con ello, eventuales restricciones a derechos fundamentales amparadas en la existencia de conflictos armados internos.

La tortura, en términos generales, es tipificada en el artículo 178 del Código Penal colombiano⁷³, siendo, su verbo rector, el infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla, de coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación o con cualquier otro fin, sancionado con pena de prisión de ciento veintiocho a doscientos setenta meses, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, sin que se entienda, por aquélla, el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

Aparece de manifiesto que el legislador colombiano ha seguido la línea de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “graves”, mediante sentencia en juicio constitucional C-148-05, de 22 de febrero de 2005, atendiendo a que el Código Penal, promulgado mediante Ley 599 de 2000, al incluir, en la definición de tortura, la citada expresión, para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos establecidos como elementos del tipo, restringe, abiertamente, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, aprobada por el Estado de Colombia mediante la Ley 409 de 1997, en cuanto ella entiende, por tal, cualquier acto que, en los términos contenidos en su artículo 2, atente contra la autonomía personal, incluso si no causa sufrimiento o dolor.

⁷³ En el Capítulo V, de los delitos contra la autonomía personal, del Título III, de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, del Libro II del Código Penal.

Apartándose de las definiciones tradicionales del delito, el código colombiano no exige la calidad de funcionario público en el sujeto activo, si no que la detentación de tal calidad concurre como circunstancia agravante, así como la del particular que actúa bajo la determinación o con la aquiescencia de aquél y la utilización, en su comisión, de bienes del Estado. Por otra parte, ciertas calidades en el sujeto pasivo también agravan la penalidad, como la de servidor público, periodista, comunicador social, defensor de los derechos humanos, candidato o aspirante a cargos de elección popular, dirigente cívico, comunitario, étnico, sindical, político o religioso, así como otras circunstancias, como ser testigo o víctima de hechos punibles o faltas disciplinarias, o ser cónyuge, compañero o compañera permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de las personas antes mencionadas.

En cuanto al objeto del ilícito, no obstante seguir la línea de la Convención Interamericana, en orden a prescindir de un fin determinado, el artículo 179 considera, como circunstancia agravante, el cometerse con el propósito de preparar, facilitar, ocultar o asegurar el producto o la impunidad de otro delito, o para impedir que la víctima intervenga en actuaciones judiciales o disciplinarias, lo que, en definitiva, eleva la penalidad en ciertos casos de tortura intimidatoria.

No obstante mostrar un acabado desarrollo del concepto en estudio, el cuerpo legal colombiano no considera el abuso sexual como una forma de tortura, incluyendo, solamente, en los delitos de acceso carnal violento y acto sexual violento, la circunstancia agravante de detentar, el sujeto activo, cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre su víctima⁷⁴.

Mención especial merece la tortura a personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, regulada en el Título II del Libro II del Código Penal, que, en su capítulo único, aborda, de manera

⁷⁴ Artículos 205 y siguientes del Código Penal de Colombia.

sistémica, diversas conductas reprochables asociadas a conflictos armados, como el homicidio, la tortura, la violación y otros actos sexuales violentos, la prostitución forzada, los actos de terrorismo y barbarie y, lo que constituye una importante innovación, los tratos inhumanos o degradantes.

Así, en su artículo 137, sanciona a quien, con ocasión y en desarrollo de un conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves⁷⁵, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, con penas de prisión ligeramente más altas que las contempladas en la figura genérica, de ciento sesenta a trescientos sesenta meses, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas⁷⁶.

A diferencia del Capítulo V del Título III del Libro II, el legislador penal trata, a continuación, el acceso carnal⁷⁷ por medios violentos con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, con pena de ciento sesenta a trescientos veinticuatro meses de prisión y multa y, los actos sexuales violentos, con pena de prisión de sesenta y cuatro a ciento sesenta y dos meses y multa⁷⁸, concurriendo las mismas circunstancias agravantes que en las figuras genéricas.

Como se señalara precedentemente, un avance significativo lo constituye la inclusión, como ilícito penal, de los tratos inhumanos y

⁷⁵ Expresión declarada inexecutable por la Corte Constitucional colombiano, con fecha 22 de febrero de 2005.

⁷⁶ A diferencia del artículo 178, la norma en comento exige la concurrencia de un fin determinado.

⁷⁷ Entendiendo por tal, según dispone su artículo 212, la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

⁷⁸ Penas sustantivamente mayores que las contempladas para los delitos de acceso carnal violento, (ciento veintiocho a doscientos setenta meses) y de actos sexuales violentos (cuarenta y ocho a ciento ocho meses), aumentadas de una tercera parte a la mitad si el agente tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima.

degradantes. En efecto, el artículo 146 establece que, fuera de los casos previstos expresamente como conducta punible, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a persona protegida tratos o le realice prácticas inhumanas o degradantes o le cause grandes sufrimientos o practique con ella experimentos biológicos, o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado ni conforme a las normas médicas generalmente reconocidas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de ochenta a ciento ochenta meses, multa y accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por los mismos tiempos.

Es menester destacar que el código, expresamente, excluye la eximente de responsabilidad consistente en la obediencia debida en los delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

El Código Penal de Honduras, por su parte, se destaca por contener un vanguardista concepto de tortura, extraído del modelo español. En efecto, dentro de los delitos contra la libertad y la seguridad, en el Título VI del Libro II, el legislador la define como el sometimiento a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan a la víctima sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. Claramente, prescinde de elementos como la gravedad del sufrimiento o la intencionalidad del agente, colocando el acento en el propósito de anular, destruir o minar la personalidad de la víctima.

CAPÍTULO III
SANCIÓN DEL DELITO DE APLICACIÓN DE TORTURA,
TORMENTOS O USO DE RIGOR INNECESARIO EN CHILE:

1. MARCO CONSTITUCIONAL. ADOPCIÓN,
INCORPORACIÓN Y JERARQUÍA DE LAS NORMAS
INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS:

El problema de la recepción de las normas de derecho internacional que sancionan la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes no apunta, en primer lugar, a la validez de las obligaciones contenidas en los tratados, en el ámbito internacional, si no, más bien, a las condiciones o requisitos necesarios para su invocación en el ámbito interno.

La adopción de un tratado internacional compete, en primer término, al Presidente de la República, quien está facultado para negociar, firmar y ratificarlo. Al Congreso Nacional, por su parte, le corresponde aceptarlo o rechazarlo, antes de su ratificación, sin posibilidad de discutir su contenido.

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República, en su sesión 367, de 9 de mayo de 1978, discutió sobre la necesidad de modificar las expresiones utilizadas por el constituyente en el artículo 43 de la Constitución Política de 1925, a fin de esclarecer los requisitos para la incorporación de un tratado en la legislación interna. Dicha norma establecía, dentro de las atribuciones exclusivas del Congreso, la de aprobar o desechar los tratados que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación, acuerdo que debería seguir, en aquél, los mismos trámites que una ley. Tal redacción, a juicio de uno de sus miembros, podía llevar a concluir que la promulgación y la publicación eran requisitos para su incorporación en la legislación interna, en circunstancias que, atendido el tenor de la norma en comento, en la aprobación de un tratado internacional, el Congreso

Nacional, interviene en ejercicio de sus facultades exclusivas y no como órgano legislativo, careciendo de la potestad para modificar los términos del instrumento que el Presidente de la República le presentare, por lo que, en definitiva, la resolución del Congreso pleno que lo aprueba es un acuerdo, no un proyecto de ley. En conclusión, la norma precitada se limitaba a establecer las condiciones para que Chile pueda adoptar un tratado, obligándose internacionalmente, no pudiendo interpretarse en el sentido de establecer requisitos para su incorporación, tales como su promulgación o publicación. Sin embargo, atendido a que, a la época de la discusión del nuevo texto constitucional, se encontraba vigente el Decreto Ley 247, de 31 de diciembre de 1973, que, en su artículo 5, resolvía el problema de la incorporación, a la vez de explicitar el valor de un tratado internacional, al preceptuar que *“(...) una vez que se haya efectuado el canje o el depósito de los instrumentos de ratificación o de adhesión, según el caso, el tratado deberá ser promulgado por Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores, que ordenará que éste se cumpla y lleve a efecto como ley de la República y que, tanto dicho Decreto Supremo como el texto del tratado, se publiquen en el Diario Oficial”*, la nueva Carta Fundamental se limitó a reproducir, en su artículo 50, actual artículo 54, los términos y sentido del anterior artículo 43⁷⁹.

Ahora bien, atendido a que la Ley 18.903, publicada en el Diario Oficial de 19 de enero de 1990, deroga el Decreto Ley 247, actualmente no hay norma expresa que regule la materia⁸⁰, razón por la que cobra importancia nuestra jurisprudencia, la que ha sido conteste en estimar

⁷⁹ Artículo 54: Son atribuciones del Congreso:

1º: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

⁸⁰ Sin embargo, en virtud de las modificaciones introducidas en nuestra Constitución Política por la Ley 20.050, de 26 de agosto de 2005, se establece la obligación, de acuerdo a lo establecido en la ley, de darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

que la recepción de los tratados internacionales en nuestro derecho interno consta de tres etapas, a saber, su aprobación por el Congreso pleno, la promulgación mediante decreto del Presidente de la República y la publicación en el Diario Oficial de la República del texto del tratado y del decreto promulgatorio⁸¹. En cuanto a las otras fuentes del Derecho Internacional, es menester señalar que la jurisprudencia sigue la tesis de la incorporación automática, sin necesidad de un acto de recepción estatal.

En segundo lugar, tampoco existe, actualmente, norma expresa que determine la jerarquía que los tratados internacionales tienen en nuestro ordenamiento interno. Si bien la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución sostuvo, como consta del acta de la sesión 371 de 16 de mayo de 1978, que, “(...) según se ha evidenciado por el debate anterior, se ha producido consenso en la Comisión acerca de que una ley no puede modificar un tratado (porque el tratado es superior)”, no lo explicita en la redacción definitiva de la Carta. Jurisprudencia reciente se ha inclinado a admitir la prevalencia de un tratado internacional incorporado en el derecho interno sobre una ley interna, incluso posterior a dicho tratado⁸², sin perjuicio que, de la aplicación de los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fides*, se desprende, como de toda lógica, la imposibilidad de modificar un tratado internacional por un acto unilateral posterior de uno de los contratantes.

Ahora bien, la incorporación y jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos no presenta diferencias

⁸¹ Postura con la que discrepamos, por cuanto el actual artículo 54 de nuestra Constitución, en concordancia con el numeral 15 de su artículo 32, se limita a regular la manera en que el Estado de Chile puede obligarse internacionalmente y no la forma en que un tratado internacional se incorpora en el derecho interno.

Cabe señalar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha inclinado por afirmar que el proceso de incorporación de un tratado internacional al ordenamiento jurídico nacional es idéntico al de una norma de rango legal, siendo pertinente, incluso, la división de la votación del proyecto de acuerdo a los quórum correspondientes a la naturaleza de sus normas (vs. fallos Tribunal Constitucional rol 309 de 4 de agosto de 2000 y rol 312 de 3 de octubre de 2000).

⁸² Véanse fallos Corte de Apelaciones de Santiago de 22 enero de 1998, R. G. J., n° 211, pág. 97; Corte de Apelaciones de Valparaíso de 3 junio de 1998, R. G. J. n° 216, pág. 80 y Corte de Apelaciones de Santiago de 11 abril 1995, R. G. J., n° 178, pág. 136.

sustantivas con la recepción de los tratados en general. Sin embargo, se presenta una distinción esencial en la posición que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales tiene en nuestro ordenamiento interno, particularmente después de la modificación introducida por la Ley de Reforma Constitucional 18.825, de 17 de agosto de 1989, al artículo 5 de nuestra Carta Fundamental, a cuyo inciso segundo, que disponía que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”*, agrega la siguiente oración: *“es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

La citada norma ha suscitado diversos problemas de interpretación, de los cuales analizaremos los derechos fundamentales como limitación al ejercicio de la soberanía y la jerarquía de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Un primer problema se plantea al determinar si la limitación al ejercicio del poder está constituida por todos los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana o, tan sólo, por aquéllos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales ratificados por Chile vigentes.

Claramente, la alternativa pareciera ser la primera, toda vez que la redacción del citado artículo 5 antes de la enmienda introducida por la Ley 18.825 era de mayor amplitud, al disponer, en su inciso segundo, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Mal podría entenderse que dicha modificación, cuyo fin era reforzar y fortalecer los derechos humanos, tuviera por objeto restringir su alcance.

En segundo lugar, la doctrina entiende que la positivización de los derechos fundamentales no puede agotar las diversas modalidades que su protección adopta en el tiempo. Por el contrario, los catálogos de

derechos se limitan a recoger aquellas modalidades en un momento y sociedad determinados, evidenciando los consensos a los que la comunidad internacional ha llegado, sin que, con ello, busquen restringir su alcance y resguardo.

En definitiva, el inciso segundo del artículo 5 de nuestra Constitución consagra, en su primera parte, a los derechos fundamentales, como limitación al ejercicio de la soberanía y, en su parte final, reconoce, constitucionalmente, ciertos catálogos, respecto de los cuales o el constituyente o la comunidad internacional han alcanzado consenso.

Un segundo aspecto a analizar corresponde a la jerarquía de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales. Antes de la modificación introducida por la Ley 18.825, los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana ya gozaban de rango constitucional, en cuanto constituían un límite al ejercicio de la soberanía, expresada en el poder constituyente. ¿Cómo, entonces, la mencionada reforma constitucional, pretendía fortalecer la posición de los Derechos Humanos, si, en estricto derecho, éstos ya gozaban de jerarquía constitucional?. Para algunos autores, el constituyente buscó relevar los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, respecto de los consagrados en el artículo 19 de la Carta, colocando en posición de igualdad a todos los derechos fundamentales, sea cual fuere la fuente de la que emanaren. Tal conclusión se sustenta, además, en que, tanto los tratados internacionales como otras fuentes del Derecho Internacional, como el *jus cogens*, ya gozaban de reconocimiento en nuestro derecho interno⁸³, al menos con rango de ley, por lo que un fortalecimiento real de la protección a los derechos esenciales sólo podía tener por objetivo elevar su jerarquía normativa.

⁸³ En 1981 Chile ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en cuyo artículo 53 sanciona con nulidad todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición a una norma imperativa de derecho internacional general, entendiendo por ésta, una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Del mismo modo, del tenor de la norma en estudio se concluye que no son los tratados internacionales de derechos humanos los elevados a rango constitucional, sino los derechos humanos consagrados en tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile, con lo que incorpora tanto derechos subjetivos como obligaciones generales de los Estados o normas sobre su restricción o suspensión.

En contra, ciertos autores nacionales⁸⁴, quienes sostienen, al amparo de lo dispuesto en el actual artículo 54 numeral 1 de la Constitución, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango meramente legal, ya que, afirmar que, en aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo de su artículo 5, un tratado internacional ratificado con posterioridad a la entrada en vigor de aquélla, pueda tener jerarquía constitucional, implicaría incorporar nuevas formas de reforma a la Constitución, a través de un procedimiento diverso y menos riguroso que el, en ella, contemplado.

2. AUTOEJECUTABILIDAD DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS CONSAGRADAS EN TRATADOS INTERNACIONALES:

La cuestión de la autoejecutabilidad de una norma de derechos humanos contenida en tratados internacionales apunta a establecer si ella puede ser invocada directamente por las personas ante sus tribunales nacionales. Si bien, consta de la historia fidedigna de la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos, la intención de algunos delegados de interpretar la obligación de los Estados de adoptar las disposiciones de derecho interno necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades en ella consagrados como una limitación a su

⁸⁴ Miguel Ángel Fernández González, “*La Reforma al Artículo 5 de la Constitución*”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 16 número 3, 1989; Cristóbal Orrego, “*Vigencia de los Derechos Esenciales que emanan de la naturaleza humana y su reconocimiento en el Ordenamiento Jurídico Chileno*”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 20 número 1, 1993, entre otros.

carácter *self-executing*⁸⁵, no cabe su discusión, al menos en nuestro país, parte, tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como de la Convención Americana, instrumentos que establecen la obligación de los estados de adecuar su legislación interna para dar cumplimiento efectivo a las obligaciones internacionales, al momento de ratificar los instrumentos respectivos. De esta manera, si una norma contenida en un tratado internacional no puede ser invocada directamente por un tribunal interno, es deber del Estado modificar la legislación nacional para que el derecho garantizado por aquella pueda ser gozado plenamente. Si el Estado incumple dicha obligación, le compete al juez examinar la norma a fin de decidir si su formulación se basta a sí misma para aplicarla, en el caso particular, sin perjuicio de utilizarla como criterio hermenéutico orientador⁸⁶.

3. CATÁLOGO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS Y ACCIONES CONSTITUCIONALES DE AMPARO Y PROTECCIÓN:

Sin perjuicio del reconocimiento de otros catálogos de derechos, que el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental incorpora, en el capítulo relativo a las bases de nuestra institucionalidad, cuyo alcance y jerarquía fuera abordado precedentemente, su capítulo III trata de los derechos y deberes constitucionales, enumerando, en su artículo 19, aquéllos que el constituyente garantiza a todas las personas.

Si bien el numeral primero de la norma en comento asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, prohibiendo la aplicación de todo apremio ilegítimo, nuestra

⁸⁵ Véase capítulo II, 1.2, pág. 31.

⁸⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que, cuando el órgano legislativo de un Estado falla en el cumplimiento del deber de adecuar su normativa interna, en los términos exigidos en el artículo 2 de la Convención Americana, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el numeral 1 del artículo 1 del instrumento en comento, debiendo abstenerse de aplicar toda normativa contraria a éste. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Constitución no hace mención explícita a la proscripción de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, relegando su tratamiento a la Ley⁸⁷, omisión que ya es anotada como preocupante la por el Comité contra la Tortura en su trigésima segunda sesión de mayo de 2004, comentarios generales al Tercer Informe Periódico

Tal derecho es amparado, por una parte, por la acción constitucional de protección, contenida en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental, en cuya virtud, el que, por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra la privación, perturbación o amenaza en su legítimo ejercicio, podrá ocurrir a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará, de inmediato, las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida defensa del afectado, todo ello, sin perjuicio de las demás acciones que éste pueda hacer valer ante la autoridad o judicatura correspondientes.

Si bien el propio constituyente previene, en el artículo 19 numeral tercero, inciso quinto, que siempre corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos, en la especie, esta obligación es incumplida, toda vez que ni la Constitución ni la Ley han reglamentado el procedimiento para ejercer la acción de *habeas corpus*⁸⁸, vacío que ha salvado la Corte Suprema de Justicia, regulando, en uso de sus facultades económicas, su tramitación y fallo, mediante el Auto Acordado de 27 de junio de 1992, el que recoge, fundamentalmente, el procedimiento regulado por la

⁸⁷ Apartándose, con ello, de la línea seguida por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, instrumentos que relevan la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sancionándolos en forma autónoma.

⁸⁸ Cabe tener presente que se encuentra en tramitación, en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, desde julio de 1997, el proyecto de ley sobre tramitación y fallo de la acción de protección de las garantías constitucionales, el que buscó hacerse cargo de la falencia legislativa antes anotada, recogiendo la sustancia del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de garantías constitucionales e introduciendo modificaciones de forma y fondo, proyecto informado desfavorablemente por la E. Corte Suprema de Justicia. También se encuentra en primer trámite constitucional, aprobado en general, el proyecto de ley sobre acciones protectoras de derechos fundamentales, ingresado en la Cámara en octubre de 2001, que regula las acciones constitucionales de protección, amparo, amparo económico y de indemnización por error o arbitrariedad judicial y crea las acciones de tutela de derechos fundamentales y de derechos colectivos, entre otras, reconociendo, asimismo, la jurisdicción internacional, a través del amparo interamericano y otras acciones internacionales.

misma judicatura en marzo de 1977, sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales contempladas en artículo 2 del Acta Constitucional número tres, de 11 de septiembre de 1976, pese a no facultarse, en la Carta Fundamental, a dicho tribunal, para regular la materia por esa vía, como sí ocurría en la ya mencionada Acta Constitucional⁸⁹.

Dicho Auto Acordado, vigente, con modificaciones menores, hasta la fecha⁹⁰, entiende la acción de protección como una herramienta eficaz de tutela jurisdiccional de los derechos y garantías tutelados por su medio, que dota, al agraviado, de un medio para obtener, de manera simple y expedita, la salvaguardia o restablecimiento de los derechos ilegal o arbitrariamente amenazados o conculcados.

Ahora bien, sin perjuicio de la acción precedentemente comentada, atendida la relación existente entre el ambiente privativo de libertad y la práctica de torturas u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, surge, como una herramienta eficaz de prevención, el *habeas corpus*, contemplado en el artículo 21 de nuestra Constitución, en defensa del derecho a la libertad personal y a la seguridad individual⁹¹.

Dicha acción, dada su eficacia horizontal, la amplitud de su procedencia y la dimensión preventiva otorgada por el constituyente, se erige como un instrumento que permite ejercer un mayor control sobre

⁸⁹ Artículo 2, inciso 2º Decreto Ley 1.552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976.

⁹⁰ Sin perjuicio de que la atribución entregada al Tribunal Constitucional en virtud de la reforma constitucional promulgada por la Ley 20.050, consistente en el control de constitucionalidad *a posteriori* de los autos acordados dictados por las Cortes Suprema y de Apelaciones, ha abierto la puerta para cuestionar su validez, por la vía de la jurisprudencia de dicho tribunal.

⁹¹ “En este sentido, (la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha sostenido que el *habeas corpus* representa, dentro de las garantías judiciales indispensables, el medio idóneo tanto para garantizar la libertad, controlar el respeto a la vida e integridad de la persona, e impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para proteger al individuo contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Sentencia de 26 de noviembre de 2003, pronunciada en el caso *Sánchez con Honduras*, en “El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación”; Fernández, Miguel Ángel, Estudios Constitucionales, Año 5, número 2, 2007, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, pág. 24.

los posibles escenarios de comisión de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Sin embargo, al igual que la acción de protección, el amparo carece de regulación legal, toda vez que, teniendo como antecedente el Auto Acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, su tratamiento era abordado en el Título V del Libro II, Primera Parte, del antiguo Código de Procedimiento Penal, derogado orgánicamente por el actual Código Procesal Penal, cuerpo legal que omite regular su procedimiento⁹².

Así, siendo, ambas acciones, materia de reserva legal, su regulación ha sido abordada por la Corte Suprema, por la vía ya reseñada, dando lugar a una clara cuestión de constitucionalidad.

A la ausencia de tratamiento legal se suma la orientación escasamente garantista que nuestros tribunales superiores han dado a la acción tutelar de protección, estableciendo, en el ya citado auto acordado, requisitos y controles no exigidos por el constituyente, que reducen notoriamente su eficacia. A vía ejemplar, según la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados, citando, como fuente, un estudio de la Universidad Diego Portales, sólo un 7% de los recursos de protección deducidos ante las Cortes de Apelaciones de San Miguel y Santiago salvan el control previo de admisibilidad, porcentaje del cual un 2% es acogido. Claramente, un estatuto legal permitiría reducir el margen de discrecionalidad con el que actualmente la judicatura aborda el tema.

⁹² Si bien el artículo 95 contempla, dentro de los derechos del imputado, la garantía de amparo ordinario, ésta no corresponde a la acción constitucional en comento, habida cuenta que se interpone ante el juez de garantía y tiene por objeto, exclusivamente, examinar la legalidad de la detención.

4. RECONOCIMIENTO E INCORPORACIÓN DEL DELITO DE TORTURA EN LA LEGISLACIÓN PENAL CHILENA:

4.1. Desde 1810 hasta la entrada en vigor de la Ley 19.567:

Desde la independencia de nuestro país y hasta la codificación, mantiene su vigencia, en términos generales, el ordenamiento penal español⁹³, sin perjuicio de leyes especiales que, en defecto o como complemento de aquél, comienzan a conformar la legislación penal nacional hasta el año 1875. Cabe destacar, dentro de tales leyes especiales, el Decreto de 14 de julio de 1823, que suprime la pena de azotes, dando clara cuenta de la repulsa del legislador patrio respecto de la aplicación de tormentos en su dimensión punitiva.

Respecto de la tortura indagatoria, si bien los primeros códigos españoles no la tratan, las Partidas sí la recogen del derecho romano y canónico⁹⁴. Sin embargo, aquéllas tenían autoridad sólo respecto de aquellos asuntos que no pudieren decidirse por la aplicación de otros cuerpos legales. Así y, en cuanto éstos regulaban la prueba sin hacer uso de este medio “(...) *tan incierto como terrible y doloroso* (...)”⁹⁵, la aplicación de tormentos como medio probatorio queda al margen del derecho desde los albores de nuestra vida republicana.

Ahora bien, a partir de la dictación del Código Penal de la República de Chile, aprobado por el Congreso Nacional el 12 de noviembre de 1874 y, hasta la reinstauración de la vida democrática, a principios de la década de los noventa, se diseñó un sistema punitivo relativo a delitos que atentan contra la integridad física del individuo,

⁹³ Según Raimundo Del Río, a la fecha de la emancipación nacional, la legislación estaba formada por las pragmáticas, cédulas, decretos y ordenanzas del Rey, comunicadas por el Consejo de Indias, desde 1680; la Recopilación de Indias de 1680; la Novísima Recopilación de 1805; las Leyes de Estilo; el Fuero Real de 1255; el Fuero Juzgo y las Siete Partidas de 1265.

⁹⁴ La ley primera del Título XXX de la Partida séptima define tormentos como “(...) *una manera de prueba, que fallaron los que fueron amadores de la justicia, para escodriñar el saber de la verda: por él, de los malos fechos que se facen encubiertamente et non pueden ser sabidos nin probados por otra manera*”.

⁹⁵ *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Escriche, Joaquín; pág. 4504.

que podemos sistematizar, atendiendo al sujeto activo, en régimen general y régimen especial genérico y especial específico.

Régimen general: Constituido por crímenes y simples delitos que atentan contra bienes jurídicos personalísimos, regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal, párrafos I (del homicidio) y III (de las lesiones corporales), cometidos por particulares.

Bajo este marco, se sancionaba con penas que iban desde presidio mayor en su grado mínimo a presidio perpetuo el delito de homicidio, según la concurrencia de circunstancias calificantes y, con penas desde relegación o presidio menores en sus grados mínimos o multa hasta presidio mayor en su grado medio, el delito de lesiones, según la mayor o menor gravedad material de su resultado.

Régimen especial en cuanto al sujeto activo y genérico en cuanto al sujeto pasivo: Aplicable a empleados públicos en el desempeño de sus cargos. En el párrafo XII del título pertinente, dentro de los delitos de abusos contra particulares, el artículo 255 sancionaba al empleado público que, desempeñando un acto del servicio, *cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo*, el que será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquier de sus grados y multa.

Régimen especial en cuanto al sujeto activo y específico en cuanto al sujeto pasivo: Se sancionaba, dentro del párrafo que trata de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución, a quien, detentando tal calidad, *decretare o prolongare indebidamente la incomunicación de un procesado, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario*. La pena asignada en el número 1 del artículo 150 era de presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados. Si de la aplicación de los tormentos o del rigor innecesariamente empleado resultaren lesiones o la muerte del paciente, se aplicaban los máximos de las penas establecidas para tales delitos, volviendo al régimen general.

Régimen especial en cuanto al sujeto activo y específico en razón del autor: Dado por los delitos de violencias innecesarias cometidos por funcionarios afectos al Código de Justicia Militar y de ejercicio de violencia para obtener una declaración, por funcionarios de Policía de Investigaciones, contemplando penas similares a las ya señaladas⁹⁶.

En definitiva, durante la vida republicana de nuestro país y hasta principios de la década de los noventa, no existe un reconocimiento a la tortura como tipo penal. La calidad de funcionario público del sujeto activo en los ilícitos reseñados opera, exclusivamente, como agravante simple en el delito de aplicación de tormentos o uso de rigor innecesario, aplicándose el *maximum* de la pena contemplada para los delitos contra las personas cometidos por particulares y restringiendo el verbo rector a los apremios físicos. Si bien las otras formas de tortura podrían comprenderse en el tipo descrito en el artículo 255⁹⁷, la bajísima sanción, consistente en la suspensión del empleo, no se condice con la gravedad de la conducta. La aplicación del estatuto especial específico para funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y de Policía de Investigaciones tampoco aporta un tratamiento más riguroso, en cuanto, lisa y llanamente, se limita a reproducir las penas asignadas a los delitos contra las personas cometidos por particulares.

⁹⁶ El artículo 330 del Código de Justicia Militar castiga al 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, con la pena de la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido; de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves; de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y 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.

Por su parte, el Decreto Ley 2460 de 1979 que dicta la Ley Orgánica de Policía de Investigaciones, prohíbe, en su artículo 19, a los funcionarios de Policía de Investigaciones de Chile, ejecutar cualquier acto de violencia, destinado a obtener declaraciones de parte del detenido. El que infrinja esta disposición será castigado con la pena de presidio mayor en sus grados mínimos a medio, si le causare la muerte; con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo, si le causare lesiones graves; con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, si le causare lesiones menos graves, y 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.

⁹⁷ Entendiendo, para tal efecto, por *apremio*, según el profesor Etcheberry, la presión o coacción que, a través de la mortificación o molestia que causan al afectado, lo impelen a realizar determinada conducta, y, por *vejación*, cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona.

En materia procesal, por su parte, al ser los delitos de retardo o denegación a los particulares de la protección o servicios que deba dispensar un empleado público en conformidad a las leyes y reglamentos, de acción privada, según disponía el numeral primero del artículo 18 del antiguo Código de Procedimiento Penal se le priva, casi totalmente, de eficacia, toda vez que el miedo, la desconfianza en un sistema que, en vez de protegerle, lo violenta, desincentiva al ofendido a denunciar el ilícito antes las autoridades competentes.

4.2. Bajo la vigencia de la Ley 19.567:

Ya en el primer gobierno democrático, consciente de la urgente necesidad de establecer mecanismos que permitieran garantizar adecuadamente los derechos de las personas y armonizar nuestra legislación con el derecho internacional vigente en la materia, se promulga, con fecha 1 de febrero de 1991, la Ley 19.047, siendo, sus principales orientaciones, la protección contra la tortura, la severa limitación de los términos de incomunicación de la persona detenida y la modificación de otras normas procesales penales, a fin de contar con un derecho interno más respetuoso del debido proceso.

En efecto, la mencionada ley, a través de diversas modificaciones introducidas en los códigos Penal y de Procedimiento Penal, entre otros, elimina el encierro en celda solitaria del catálogo de penas accesorias a los crímenes y simples delitos, subordina la de incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal al reglamento carcelario respectivo y coloca límites a la aplicación de medidas disciplinarias consistentes en el encierro en celda solitaria y la incomunicación, cuya repetición sólo puede ser autorizada por resolución fundada del juez con competencia en el lugar de reclusión; disminuye el tiempo de incomunicación como condena por el delito de quebrantamiento de condena de hasta ciento ochenta días a un máximo de tres meses y elimina la pena de encierro en celda solitaria para el reincidente, reemplazándola por la de incomunicación por el término de hasta seis

meses. En el ámbito procesal, define la libertad provisional como un derecho de todo detenido o preso, restringiendo la aplicación de la prisión preventiva; impone al juez, en el caso de ampliación de los términos de detención practicada por agentes de policía, la obligación de ordenar, en la resolución fundada que amplíe el plazo, el sometimiento del detenido a examen médico, así como de velar, en todo momento, por su debida protección, sancionando su incumplimiento por negligencia grave como infracción a sus deberes, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 324 del Código Orgánico de Tribunales. Asimismo, a fin de garantizar que la confesión de la persona privada de libertad sea prestada libre y conscientemente, se impone al juez el deber de adoptar todas las medidas necesarias para cerciorarse que aquélla no haya sido objeto de tortura o de amenaza de ella antes de prestar su confesión, aplicándose la sanción antes mencionada frente a la negligencia grave en la debida protección del inculpado.

Sin embargo, transcurridos dos años desde la entrada en vigor de la citada Ley 19.047, “(...) *la aplicación práctica de estas normas ha demostrado que los resguardos de dicha legislación son insuficientes para vencer las resistencias a la aplicación de la ley provenientes de las autoridades policiales, frustrando sus fines. Se ha demostrado, también, la incapacidad de los mecanismos propios del Poder Judicial, en especial la acción de amparo, para hacer cumplir tales disposiciones*”⁹⁸.

En vista de ello, por moción parlamentaria, se propone modificar el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención y normas de protección a los derechos del ciudadano.

Básicamente se plantea, en lo pertinente al tema en estudio, convertir la figura tipificada en el artículo 150 del Código Penal en un delito de acción pública, obligando al Ministerio Público a deducir la acción pertinente o a hacerse parte en aquélla en que se denuncie

⁹⁸ República de Chile. Cámara de Diputados. Legislatura 325 extraordinaria, volumen V, sesión 47. Versión Oficial. Editorial Alborada S.A., pág. 4187.

fundadamente la aplicación de tormentos, apremios ilegítimos, allanamientos o detenciones ilegales y otros delitos, entre ellos, el establecido en la citada norma y aumentar la penalidad estimada para el mismo, introduciendo un *minimum* de pena acorde con el disvalor de la conducta y el sufrimiento producido⁹⁹.

El resultado final, contenido en la Ley 19.567, dista mucho del propósito inicial. Después de más de 5 años de debate parlamentario, se aprobó un proyecto, a todas luces, insuficiente. ¿Los motivos?, principalmente, la alineación de la derecha política en torno a ciertos íconos ideológicos como la seguridad ciudadana y la defensa del rol e imagen de las Fuerzas Armadas y de Orden, unido a la mirada sesgada frente al tema de los derechos humanos y la relativización de su respeto, defensa y promoción. Ilustra cabalmente lo anterior, la intervención del diputado señor Orpis, que, pronunciándose sobre el proyecto, afirma que “(...) se trata de una iniciativa absolutamente extemporánea, y hasta que no bajen los niveles de delincuencia en el país, no soy partidario de aprobar ninguna norma legal de esta naturaleza”¹⁰⁰.

Por otra parte, no obstante adecuarse el Código Penal, a fin de recoger y sancionar conductas constitutivas de tortura, el efecto que el legislador busca no se alcanza, toda vez que, conforme al artículo 5 del Código de Justicia Militar, corresponde a dicha jurisdicción el conocimiento de los delitos militares, entre ellos, el de violencias innecesarias, cuyo tipo resulta más rígido y estrecho que los ilícitos que la Ley 19.567 pretende incorporar. En la práctica, atendido que la mayor parte de los delitos de esta naturaleza son cometidos por agentes del

⁹⁹ Se propone equipararla al *minimum* de la pena establecida para el delito de robo con violencia, ya que, un atentado que prive de bienes usando la violencia es, a lo menos, tan grave como privar de la dignidad y atacar las bases esenciales de humanidad que son puestas en cuestión cada vez que se tortura.

¹⁰⁰ República de Chile. Cámara de Diputados. Legislatura 333 ordinaria, volumen I, sesión 3. Versión Oficial, pág. 34.

Otra muestra de la relativización del tema está en la intervención del señor Melero, también diputado de la derecha política, quien, condescendentemente, señala que “(...) es cierto que muchas veces pagan justos por pecadores, es cierto también que en algunas oportunidades los servicios policiales cometen excesos; pero no es menos cierto que en la responsabilidad final de proteger la seguridad de los chilenos, son muchos más justificadas las acciones que cometen que las que no cometen”.

Estado responsables del orden y seguridad públicos, lo anterior se traduce en la declinación de competencia de los tribunales civiles y en la abstención de investigar por parte del Ministerio Público, en favor de la judicatura militar, volviéndose inaplicable la normativa del Código Penal y vulnerando principios básicos del debido proceso, al encomendar la investigación y juzgamiento de un funcionario a su propia institución.

En definitiva, se modifica el artículo 150, manteniendo la pena, suprimiendo la aplicación de tormentos, que será materia de tratamiento particular y, sustituyendo la calidad de procesado de la víctima por la de persona privada de libertad, ampliando, de esta manera, el ámbito de protección.

En segundo lugar, se incorporan los artículos 150 A y 150 B. Si bien, por indicación del Presidente de la República se buscó, inicialmente, consagrar el delito de tortura, siguiendo el concepto de la Convención de Naciones Unidas y fijando una pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo (de 541 días a 10 años), al que torturare o hiciere torturar a una persona, el texto final se limita a describir, en dichos artículos, diversas conductas constitutivas del ilícito, cuyo bien jurídico protegido es la integridad personal, en su dimensión física o psíquica, pudiendo distinguirse las siguientes hipótesis:

a) ***Empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere en su aplicación.***

Esta hipótesis, si bien se plantea como figura residual, en defecto de la que se abordará en el literal c), asociándosele una menor penalidad (presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente), se aplicaría a todo acto constitutivo de tortura u otros apremios ilegítimos en sus dimensiones intimidatoria o punitiva, que no tenga un resultado de muerte o lesiones graves.

Así, a vía ejemplar, si un funcionario público tortura a una persona privada de libertad, sin producirle incapacidad para el trabajo por más de treinta días, en castigo a la desobediencia del sistema disciplinario del establecimiento carcelario o movido por un puro afán intimidatorio, para prevenir eventuales insubordinaciones, merece una pena cuyo mínimo son 541 días de prisión o reclusión. ¿No aparece, la conducta descrita, tanto o más grave que si la finalidad hubiera sido la obtención de información?, ¿no causa en la víctima un grado similar o mayor de desorientación, temor y desconfianza?, ¿no destruye, en definitiva, en igual forma, su personalidad? Claramente, no se aprecia argumento que permita fundar la distinta penalidad asignada a la misma acción.

b) ***Empleado público que, conociendo la ocurrencia de las conductas tipificadas en el literal precedente, no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello.***

El proyecto primitivo exigía solamente que el funcionario público tuviese conocimiento de los hechos, lo que fue considerado impreciso e inadecuado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, que modifica la norma propuesta al tenor de su redacción definitiva. La hipótesis resultante, quizás más acertada a los ojos de la Cámara, contradice expresamente la normativa internacional en la materia, que responsabiliza del delito de tortura al funcionario público que pudiendo impedir su comisión, no lo hiciere, sin que la sumisión a autoridad superior le exima de dicha responsabilidad. En otras palabras, el efecto que la Comisión pretendía evitar, esto es, que toda persona que ejerza una función pública esté obligada a impedir la realización de actos de tortura sin ampararse en la obediencia debida, es, precisamente, el buscado por la Convención Interamericana.

La pena asociada a esta hipótesis, por otra parte, se rebaja en un grado. Siguiendo el ejemplo anterior, si la aplicación de torturas en un centro de detención se realiza por un funcionario público en presencia

de otro de su mismo rango, sin que este último intervenga en modo alguno, se le castiga con una pena cuyo mínimo es de 61 días.

c) *Empleado público que, a través de las conductas tipificadas en el literal a), compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información.*

Ésta es la figura que guarda mayor similitud con el delito de tortura en su conceptualización internacional. Si bien es la conducta a la que se le aplica una mayor penalidad (presidio o reclusión menor en su grado máximo a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la accesoria correspondiente)¹⁰¹, excluye la tortura intimidatoria y punitiva, las que, por las razones ya señaladas, deben recibir un mismo tratamiento.

d) *Empleado público por cuya negligencia o imprudencia ocasionara lesiones graves o la muerte de la víctima en la realización de las conductas descritas en los literales precedentes.*

La pena impuesta en esta hipótesis corresponde a presidio o reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y la accesoria de inhabilitación absoluta perpetua, que no es otra que la establecida para el homicidio simple. Es decir, recibe una condena mayor un particular que mate a otro con ensañamiento, aumentando deliberadamente el dolor al ofendido, que un funcionario del Estado que, abusando de su calidad y amparándose en la impunidad de facto que lo rodea, torture a su víctima con resultado de muerte.

e) *Persona que, sin revestir la calidad de empleado público, participare en la comisión de los delitos sancionados en los artículos 150 y 150 A.*

El artículo 150 B contempla una ligera reducción de las penas asociadas a las hipótesis anteriores, en atención a la no concurrencia de

¹⁰¹ Penalidad que resulta irrisoria en comparación a otras legislaciones, como la argentina o la colombiana.

la calidad que, precisamente, debe agravar las conductas constitutivas de tortura.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la supervivencia de otros tipos penales que también comprenden conductas constitutivas de tortura, a saber, los ya comentados delitos de abuso contra particulares y de uso de rigor innecesario, sancionados en los artículos 255 y 150 numeral 1º del Código Penal, el delito de violencias innecesarias, previsto en el artículo 330 del Código de Justicia Militar y el de ejercicio de violencia para obtener información, contemplado en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile.

5. ANÁLISIS DE LOS DELITOS CONTEMPLADOS EN LOS ARTÍCULOS 150 A Y 150 B DEL CÓDIGO PENAL:

Hecho el alcance anterior, se analizarán los elementos de los ilícitos a través de los cuales nuestro ordenamiento jurídico pretende sancionar la tortura:

5.1. Tipicidad:

A. Aplicar, ordenar aplicar o consentir en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos:

El tipo contenido en las normas en estudio contempla tres conductas distintas: aplicar tormentos o apremios ilegítimos; ordenar aplicar tormentos o apremios ilegítimos y consentir en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos.

Al no definirse las nociones de tormentos y de apremios ilegítimos, la doctrina ha entendido, del contexto sistemático de la Ley 19.567, que tales conceptos deben referir acciones distintas, constituyendo, ambas, casos especialmente graves de uso de rigor innecesario que deben integrarse a la luz de la regulación internacional de la tortura.

Así, para el profesor Antonio Bascuñán Rodríguez, debe interpretarse, por aplicación de tormentos, la inflicción de dolor o sufrimiento físico o psíquico de consideración a una persona privada de libertad, efectuada con la intención de castigarle, intimidarle o por otra razón basada en algún tipo de discriminación y, por aplicación de apremios ilegítimos, la inflicción de dolor o sufrimiento físico o psíquico de consideración a una persona privada de libertad, con el propósito de coaccionarle, esto es, de constreñirle a hacer, tolerar u omitir algo contra su voluntad¹⁰².

En cuanto a las acciones tipificadas, además de *aplicar*, el legislador incluye *ordenar* y *consentir*. La primera, considerada una figura de autoría mediata, es definida por la Real Academia de la Lengua Española como “*mandar que se haga algo; encaminar y dirigir hacia un fin*”, colocándonos frente a una orden impartida por un funcionario público de rango superior que consiste en ejecutar un acto ilícito, tema que se relaciona con la obediencia jerárquica o debida, que se abordará más adelante.

La segunda, por su parte, que constituye, también, una forma de autoría mediata, es definida como “*permitir algo o condescender a que se haga*”, forma de comisión por omisión del deber de garante, lo que, claramente, circunscribe el sujeto activo al funcionario público, sobre quien puede recaer el imperativo de evitar la comisión de un ilícito, a diferencia de un particular, para quien constituiría una facultad.

El sujeto activo es un funcionario público, encontrándonos, por ende, frente a un delito especial y el sujeto pasivo es la persona privada de libertad, sin distinguir, el legislador, si tal privación es legítima o ilegítima, ni agravar la penalidad en este último caso. Sin perjuicio de ello, al encontrarse sancionada, la detención ilegítima perpetrada por el

¹⁰² *Agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución*. Bascuñán Rodríguez, Antonio, en *Estudio sistemático del delito de tortura*. Gajardo Contreras, Francisco y Rivera Vallejo, Ricardo, Universidad Central de Chile, Santiago, 1999, pág. 35.

funcionario público, en el artículo 150 numeral 2º, el concurso de ambos ilícitos permitiría aplicar la pena mayor asignada al más grave¹⁰³.

B. *No impedir o hacer cesar la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello:*

Corresponde a una figura de omisión propia, que requiere la concurrencia, en el sujeto activo, de dos elementos, a saber, el conocimiento de la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos (que, más bien, se encuadraría dentro del ámbito de la culpabilidad) y la facultad para impedirlos o hacerlos cesar, lo que conlleva la calidad de funcionario público del sujeto activo.

C. *Aplicar, ordenar aplicar o consentir en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos con el fin de compeler a la víctima o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información:*

Éste es un tipo penal calificado, cuyo verbo rector es definido por la Real Academia de la Lengua Española como *obligar a alguien, con fuerza o por autoridad, a que haga lo que no quiere*. Especie del género apremios ilegítimos, siendo el propósito de la coacción, en el caso de marras, el obtener una confesión, declaración u otra información, encuadrándose, con ello, en la noción de tortura indagatoria.

El sujeto activo, al igual que en la hipótesis anterior, es el funcionario público y, el sujeto pasivo, la persona privada de libertad. Sin embargo, cabe tener presente que la coerción puede ir dirigida, no sólo contra la víctima de los apremios, sino, también, contra un tercero. Ello nos plantea una suerte de vacío normativo, toda vez que, circunscribiéndose, el tipo en estudio, a un caso de tortura indagatoria, cuando los apremios vayan dirigidos a coaccionar a un tercero con un propósito diverso, como, *verbi gratia*, la mera intimidación, no podría subsumirse ni en esta hipótesis ni en la contemplada en el inciso primero del artículo 150 A. En la misma línea, llama la atención que, a la luz de

¹⁰³ Artículo 75 del Código Penal.

los ilícitos en estudio, nuestro legislador estima más gravosa la tortura indagatoria que la intimidatoria o la punitiva.

D. *Participación en la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos por parte de quien no reviste la calidad de funcionario público:*

Siendo, el verbo rector, el participar en la comisión del ilícito en estudio, el sujeto activo tiene la particularidad de no estar constituido por un funcionario público. Así, al ser, el delito de marras, de carácter especial, se sanciona al *extraneus* por la participación en la comisión de un ilícito en que, necesariamente, debe concurrir, como partícipe, un funcionario público, para su configuración. Así, de no intervenir éste, estaríamos frente a un delito común¹⁰⁴.

5.2. Antijuridicidad y obediencia debida:

Resulta pertinente abordar, en este acápite, el tema de la obediencia debida, toda vez que, precisamente, la idea de obrar en cumplimiento de un deber excluye el carácter antijurídico, esto es, contrario a derecho, del mismo. La procedencia de la obediencia debida como una causal de justificación, en este sentido, excluiría la antijuridicidad de una conducta típica.

Particularmente, cobra importancia en la materia en estudio, habida cuenta que el sujeto pasivo de los ilícitos analizados es la persona privada de libertad, circunstancia que lo vincula con las instituciones que tienen la tarea de detener y custodiar, a saber, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería y las Fuerzas Armadas, todas ellas de carácter jerarquizado.

Nuestro régimen corresponde al de obediencia reflexiva¹⁰⁵, a la luz de lo preceptuado en los artículos 10, 159 y 252 del Código Penal y

¹⁰⁴ Adhiriéndose a la Teoría de la unidad del título de imputación.

¹⁰⁵ En relación a los de obediencia absoluta, en que el subordinado debe obedecer sin objeción la orden del superior, y de obediencia relativa, que impone a aquél la obligación de negarse a su cumplimiento cuando ella fuere manifiestamente ilegal.

211, 214, 334 y siguientes del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de normas relativas a estatutos diversos al del presente estudio.

En efecto, nuestro legislador penal contempla, dentro de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, el obrar, en lo pertinente, en el cumplimiento de un deber¹⁰⁶. Ya el Código Penal español incluía, como eximente, el caso del que obra en virtud de obediencia debida. Sin embargo, el nuestro, tributario de aquél, no la recoge, al estimar, la Comisión Redactora, que se encontraría comprendida dentro del actual numeral 10 de su artículo 10, que exime de responsabilidad penal al que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo y considerando, especialmente, que reproducir el modelo español, recogiendo, separadamente, la obediencia debida, autorizaría la insubordinación, al facultar al subalterno a examinar la orden de su superior, poniendo en riesgo, con ello, la buena marcha de la administración¹⁰⁷.

El régimen así enunciado es refrendado por diversas normas contenidas en el código del ramo, particularmente, en el párrafo que trata de los agravios inferidos por funcionarios públicos a los derechos garantidos por la Constitución.

Dentro de éstas, cabe destacar el artículo 159, que establece, en el marco de dichos delitos, que si el inculpado justificare que ha obrado por orden de sus superiores, a quienes debe obediencia disciplinaria, las

¹⁰⁶ Artículo 10 numeral 10 del Código Penal.

¹⁰⁷ Parte de la doctrina nacional, a la que nos adscribimos, estima que no puede subsumirse la obediencia debida en la causal contenida en el numeral 10 del artículo en comento, toda vez que el cumplimiento de un deber no es otra cosa que una actuación del derecho, por cuanto el mandato tiene su origen en la ley, pudiendo distinguirse, en aquél, los siguientes elementos: que el subordinado actúe en conciencia de que está cumpliendo un deber; que la ley ordene la realización del acto ordenado, encontrándonos, por ende, ante un imperativo jurídico (quedando fuera los de otra naturaleza, como religiosa, moral o ideológica) y que el acto esté comprendido dentro de lo estrictamente necesario para el cumplimiento de la obligación jurídica. Por ello, no habría identidad conceptual entre ambas causales. Por el contrario, el cumplimiento de una orden antijurídica excluye, necesariamente, la observancia de un deber, que se funda en el principio del interés preponderante, a diferencia de la obediencia debida, que se basa en la imposibilidad de exigir al sujeto una conducta diversa).

penas contempladas se aplicarán sólo a los superiores que hayan dado la orden.

Consagra la obediencia reflexiva, asimismo, el artículo 252 del mismo cuerpo legal, el que, tipificando los delitos de resistencia y desobediencia, contempla la pena de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio para el funcionario público que se negare abiertamente a cumplir una orden de sus superiores en asuntos del servicio, así como para el que, habiendo suspendido su ejecución por cualquier causa, la desobedezca después que sus superiores hubieren desaprobado la suspensión.

El Código de Justicia Militar, a su turno, al tratar los delitos de insubordinación, en sus artículos 334 a 345, instituye el principio general de que todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior. Sin embargo, si bien el derecho a reclamar de los actos del superior no dispensa al inferior de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio, cuando ésta tienda notoriamente a la perpetración de un delito, el subordinado puede suspender su cumplimiento o modificarla, estando obligado a dar cuenta inmediata al superior. Mas, si éste insistiere, debe, igualmente, cumplirla.

De esta forma, si se comete un delito a consecuencia de la ejecución de una orden de servicio, el único responsable será el superior que la hubiere impartido, salvo que el inferior no hubiere cumplido con la formalidad de representar a su superior tal orden, caso en el que la obediencia debida, si bien no le exime de responsabilidad, opera como atenuante¹⁰⁸. En los demás casos, la comisión de un delito, sea común o militar, en cumplimiento de una orden impartida por un superior

¹⁰⁸ Artículo 214 del Código de Justicia Militar.

jerárquico, será considerada como circunstancia atenuante, aunque aquélla no sea relativa al servicio¹⁰⁹.

Las penas contempladas para los delitos de insubordinación van de reclusión menor en su grado mínimo a muerte, siendo, la gravedad de las penas asignadas, un elemento evidentemente coaccionante para el inferior.

Sin embargo, las normas antes citadas entran en conflicto con la normativa internacional en materia de tortura. En efecto, la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, inhumanos o degradantes prohíbe invocar una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura dispone que el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de responsabilidad penal¹¹⁰. Si bien el gobierno de turno formuló reservas a dichas normas, al momento de ratificar ambos tratados, ellas fueron retiradas mediante instrumentos depositados el 7 de septiembre y 21 de agosto de 1990 y promulgados mediante Decretos Supremos número 39 y 40, publicados en el Diario Oficial de la República el 13 de marzo de 1991. Así, desde nuestra óptica, tratándose de la comisión de actos constitutivos de tortura, prima el régimen de obediencia relativa, consagrado por la normativa internacional, que prima por sobre las disposiciones de rango meramente legal contenidas en los Códigos Penal y de Justicia Militar¹¹¹, no pudiendo, en consecuencia, eximirse de responsabilidad, ni el subordinado que la aplica, ni el superior que la ordena.

¹⁰⁹ Artículo 211 del Código de Justicia Militar.

¹¹⁰ Artículos 2 numeral 3 y 4, respectivamente.

¹¹¹ Conforme se analizara en el capítulo 3.1: *Marco constitucional. Adopción, incorporación y jerarquía de las normas internacionales de derechos humanos*, pág. 61 y siguientes.

5.3. Culpabilidad:

Las diversas fórmulas del delito antes analizadas, claramente, excluyen la comisión culposa, sancionándose, en cuanto delito especial, sólo ante la concurrencia de dolo, sea directo, indirecto o eventual.

Análisis especial merece el inciso cuarto del artículo 150 A, en cuya virtud, si de la realización de las conductas descritas en la norma resultare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 o la muerte de la persona privada de libertad, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del empleado público, la pena será de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo a medio e inhabilitación absoluta perpetua. ¿Cuál es el grado de culpabilidad que el legislador exige al sujeto activo para encuadrarse en esta hipótesis?

Al tenor de lo antes señalado, la hipótesis requeriría, obviamente, la intención del actor de aplicar, ordenar o consentir en la aplicación, impedir o hacer cesar o de compeler a la aplicación de tormentos o apremios ilegítimos. Es, en relación al resultado de lesiones o muerte, que se hace necesario dilucidar la actitud del agente.

Al respecto, la norma en estudio requiere que el resultado lesivo sea imputable a imprudencia o negligencia del empleado público. Para parte mayoritaria de la doctrina, esto se traduce en la necesidad de dolo, respecto de la conducta típica y culpa, respecto del mayor resultado, encontrándonos frente a un delito preterintencional. Así, si respecto al resultado, concurre también dolo, habría concurso de delitos.

6. NUEVAS PROPUESTAS DE SANCIÓN PENAL:

No obstante los intentos del legislador en orden a adecuar nuestra legislación interna, persiste, hasta la fecha, una brecha importante entre ésta y los contenidos y estándares internacionales¹¹², lo que ha motivado

¹¹² “(...) Legislación doméstica donde perviven enclaves e islotes de una legislación inadecuada, atrasada o derechamente contradictoria o violatoria de estas obligaciones internacionales.”, Proyecto de ley Boletín número 6702-07, Congreso Nacional de Chile, pág.4.

la reciente presentación de un proyecto de ley¹¹³, que busca tipificar el delito de tortura.

Dicho proyecto propone sustituir el actual artículo 150 por uno nuevo, que defina tortura en los mismos términos que la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas; establecer como agravantes la posición de mando y los resultados de lesiones o muerte o la situación de abuso sexual; crear una figura para castigar otras situaciones de menor entidad a la tortura y establecer la obligación expresa de anular toda prueba o juicio basado en ella.

Es destacable, además de la creación de los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tipificados en los mismos términos utilizados por los instrumentos internacionales pertinentes, la introducción del enfoque de género, al considerar, como agravante, la comisión de actos de connotación sexual contra la víctima, ello, en la línea adoptada por los estados y organismos internacionales de incorporar la perspectiva de género y los derechos humanos de las mujeres en las legislaciones internas y formulación de políticas de Estado.

Asimilando las voces tormento y tortura, aumenta la penalidad actualmente prevista para la figura básica. La orden de aplicar tortura es considerada como agravante, y elimina el distinto tratamiento dado a tortura indagatoria y a la indagatoria y punitiva.

Releva, el proyecto en comento, los tratos crueles o degradantes no constitutivos de tortura, dándoles tratamiento de delito.

En materia procesal, finalmente, incorpora como causal del recurso de nulidad, el haberse pronunciado, la sentencia definitiva, invocando hechos que se pruebe fueron establecidos, en lo pertinente, mediante confesiones obtenidas bajo tortura o haya sido dictada en alguna otra contravención a obligaciones contraídas en pactos internacionales

¹¹³ Proyecto originado en la moción del senador don Camilo Escalona Medina, ingresada a tramitación el 15 de septiembre de 2009, actualmente en primer trámite constitucional.

relativos a la prohibición o punición de conductas constitutivas de crímenes de guerra o de lesa humanidad.

CAPITULO IV
LA TORTURA EN EL DERECHO PROCESAL Y
ADMINISTRATIVO

1. MARCO INTERNACIONAL:

A partir del marco sustantivo dado por las convenciones del ramo de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, la comunidad internacional ha presentado un prolífico desarrollo de normas y principios, abarcando aspectos procesales y administrativos relativos a la administración de justicia y la protección de las garantías de la persona privada de libertad.

Así, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta, mediante resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión. Dicho instrumento busca asegurar la protección de todas las personas privadas de libertad personal, sea o no cuando ello sea resultado de la condena por la comisión de un delito.

Dentro de los principios garantizados cabe destacar:

- Respeto a la dignidad inherente al ser humano;
- Prohibición expresa y absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- Respeto de todos los derechos humanos de la persona privada de libertad, reconocidos por el Estado de origen en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, estén o no comprendidos en el instrumento de marras;
- Presunción de inocencia y carácter excepcional de la prisión preventiva;
- Apego irrestricto a la ley en el arresto, detención o prisión de una persona, los que deben ser ordenados por un juez u otro tribunal, quedando sujetos a su fiscalización efectiva y pueden ser llevados

a cabo sólo por funcionarios competentes o personas autorizadas para tal fin;

- Obligación de los funcionarios públicos de denunciar la violación o su amenaza al Conjunto de Principios a sus superiores y, cuando fuere necesario, a las autoridades competentes con atribuciones fiscalizadoras o correctivas;
- Derecho de toda persona de denunciar la violación o su amenaza al Conjunto de Principios a los superiores de los funcionarios involucrados y a las autoridades competentes con atribuciones fiscalizadoras o correctivas;
- Inadmisibilidad de pruebas obtenidas en violación al Conjunto de Principios.

En cuanto a las condiciones de detención, se establecen los principios de separación de las personas detenidas, entendiendo por tales aquéllas cuya privación de libertad no es consecuencia de la condena por la comisión de un delito, de las personas condenadas; de información, al momento de la detención, de los motivos de la misma y de los derechos que le asisten, en especial, el de asesoría letrada; de proscripción de la incomunicación prolongada; de registro de los interrogatorios; así como los derechos a la salud; a recibir visitas, mantener correspondencia y comunicarse con el mundo exterior; a informar pronta y oportunamente a su familia u otra persona idónea que designe de la circunstancia de la detención y su lugar de custodia; a ser oída antes de la adopción de medidas disciplinarias en su contra; a impugnar la legalidad de su detención ante el juez o autoridad competentes, así como a recurrir ante la administración del recinto de detención y sus superiores, por el trato recibido en éste, todo ello, además de los derechos latamente garantizados por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Posteriormente, en 1990, mediante Resolución 45/111, la Asamblea General adopta los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos¹¹⁴, entre los que se destacan el respeto a la dignidad y valor inherente de seres humanos de las personas privadas de libertad, así como a los derechos humanos y garantías fundamentales, con excepción de las limitaciones propias del encarcelamiento; la prohibición de toda discriminación; el acceso igualitario a los servicios de salud; la participación en actividades culturales y educativas encaminadas a desarrollar plenamente la personalidad humana; el ejercicio de actividades remuneradas y útiles, tanto para contribuir a su sustento económico, como para su reinserción laboral y el acceso a condiciones favorables para la reincorporación del ex recluso a la sociedad en las mejores condiciones posibles. En cuanto al deber de custodia del delincuente y de protección de la sociedad contra el delito, éste debe ser ejercido de conformidad a los demás objetivos sociales del Estado y su responsabilidad fundamental de promover el bienestar y el desarrollo de todos los miembros de la sociedad, promoviéndose, en este sentido, la abolición o restricción del uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria.

2. REFORMA PROCESAL PENAL Y TORTURA:

Uno de los propósitos del legislador nacional, al implementar la reforma procesal penal, en marcha desde el año 2000, es asegurar al imputado el respeto de sus garantías, deficientemente cauteladas en el anterior sistema inquisitivo, toda vez que, tanto en su diseño normativo como en su funcionamiento práctico, se detectaba la práctica extendida de tortura y malos tratos en busca, principalmente, de declaraciones autoinculpatorias, en sede policial.

¹¹⁴ Los que reconocen, como antecedente, las ya mencionadas Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

En este contexto, la reforma intentó cambiar de manera radical la situación existente, realizando transformaciones a nivel normativo, como la dictación del nuevo Código Procesal Penal, promulgado en septiembre del año 2000 y, actualmente, en vigor en todo el territorio nacional; creando o fortaleciendo, en su caso, a las instituciones que intervienen en el sistema, a saber, tribunales de justicia, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública y, finalmente, buscando un cambio de fondo en las prácticas de los actores en el desarrollo del proceso.

Para lograr lo anterior, la reforma descansa en dos niveles de intervención. En primer lugar, la implementación de cambios en el diseño estructural del sistema, con el objeto de aumentar la protección a los derechos del imputado y, en segundo lugar, la creación de mecanismos específicos de protección.

2.1. Cambios en el diseño estructural del sistema de persecución penal:

Dentro de este nivel, se destaca la separación de las funciones de persecución penal y jurisdiccionales, antes radicadas en el Juez de Letras del Crimen, para ahora corresponder al Ministerio Público y al Juez de Garantía, en lo que respecta a la protección de los derechos de los intervinientes en la etapa de investigación. Con ello se pretendió aliviar al antiguo juez letrado de la carga persecutoria, que se traducía, en la práctica, en un escaso control policial, para colocarlo en un puesto donde ejercer con imparcialidad el control y resguardo de las garantías individuales.

En segundo lugar, se anota la creación del Ministerio Público, institución que, estando a cargo de la investigación, en cercana colaboración con los institutos policiales, realiza una labor de supervisión del trabajo policial mucho más efectiva que en el anterior sistema inquisitivo, en que aquél se desarrollaba con un alto grado de autonomía.

En tercer lugar, el reconocimiento de un amplio espectro de derechos y garantías individuales del imputado en el cuerpo legal del ramo, armonizando nuestra legislación interna con el amplio desarrollo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, garantías cuya defensa puede ser activada desde etapas muy tempranas de la investigación, dotando, con ello, al imputado, de herramientas para prevenir la comisión de actos que transgredan su integridad.¹¹⁵

Y, finalmente, la creación de la Defensoría Penal Pública, en virtud de la Ley 19.718, publicada en el Diario Oficial de la República de 10 de marzo de 2001, gracias a la cual se asegura al imputado el acceso a defensa judicial desde el inicio de la persecución penal en su contra, lo que, obviamente, se traduce en una limitación importante a los eventuales abusos en que los agentes intervinientes pudieren incurrir.

2.2. Creación de mecanismos específicos de protección:

Sin perjuicio de los cambios de diseño estructural antes reseñados, se estatuyen instituciones concretas cuyo propósito es salvaguardar la integridad física y psíquica del imputado durante la investigación criminal, a saber:

A. *Audiencia de control de detención:* Disponen, los artículos 131 y 132 del Código Procesal Penal, que la persona detenida, sea en virtud de orden judicial o en caso de flagrancia, debe ser puesta a disposición del juez competente en un plazo no superior a 24 horas, recepcionando, con ello, la normativa internacional que establece que

¹¹⁵ *Verbi gratia*, el artículo 7 del Código Procesal Penal reconoce al imputado su derecho a hacer valer las facultades y garantías que la Constitución y las leyes le reconocen desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, entendiéndose por tal cualquier gestión investigativa, cautelar o de otra especie, realizada por o ante el tribunal con competencia penal, por el Ministerio Público o por la Policía, en la que le atribuyere responsabilidad en un hecho punible. El artículo 10, por su parte, en materia de cautela de garantías, dispone que, en cualquier etapa del procedimiento, en que el juez estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, las leyes o los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, adoptará, incluso de oficio, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio. Ahora bien, si tales medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento y resolverá, en audiencia que cite al efecto, si lo continúa o lo sobresee temporalmente.

todo detenido debe ser llevado a la presencia judicial de forma inmediata.

A mayor abundamiento, cuando la detención es llevada a cabo en cumplimiento de una orden judicial, el agente policial que la cumplió debe conducir inmediatamente al detenido ante la presencia del juez que dictó la orden. Si la detención no se hubiere verificado en hora de despacho y, por ende, fuere imposible dar cumplimiento a lo anterior, aquél podrá permanecer en el recinto policial hasta la realización de la audiencia, por un lapso, como ya se adelantara, que no puede exceder las 24 horas.

Si la detención es flagrante, el agente policial debe informar de la misma al Ministerio Público en un plazo que no supere las 12 horas, oportunidad en la que el fiscal podrá dejar sin efecto la detención o disponer que el detenido sea conducido a la presencia judicial en el término máximo antes referido. Es menester señalar que la obligación del funcionario policial de conducir a la persona privada de libertad ante el tribunal competente subsiste aunque el Ministerio Público no se pronunciare al respecto.

Ahora bien, en la audiencia de control de detención, el juez de garantía examinará aspectos de legalidad de ésta, esto es, si se ajustó o no a derecho, pudiendo declarar su ilegalidad, resolución que, por regla general y, a excepción de delitos y crímenes de mayor gravedad¹¹⁶, es inapelable.

B. *Amparo legal*: A la luz de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Procesal Penal, toda persona privada de libertad tiene derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que éste examine la legalidad de su privación de libertad, así como las condiciones en que se encontrare. Esta figura, también llamada *habeas corpus* especial, pretende reforzar el principio internacional de

¹¹⁶ Secuestro, sustracción de menores, violación y violación impropia, homicidio simple y calificado, robo con violencia o intimidación y con fuerza en las cosas y los crímenes previstos en la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

comparecencia de un detenido ante el juez, a la vez de generar una herramienta de control más expedita que la, actualmente, burocratizada, acción de amparo constitucional.

Ahora bien, es menester presente que no puede confundirse el mecanismo de *habeas corpus* con un intento del legislador de regular el amparo constitucional. Por el contrario, ambos son institutos diversos, que se ejercen ante distintas instancias y, el amparo legal, con un propósito mucho más restringido que el *habeas corpus*, a saber, el examen de legalidad de la detención.¹¹⁷

C. *Exclusión de prueba obtenida con infracción a garantías fundamentales*: En tercer lugar, el legislador procesal penal establece una herramienta de relevancia en su artículo 276, en cuya virtud el juez de garantía deberá excluir de ser rendidas en juicio oral las pruebas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, lo que, claramente, desincentiva la práctica de obtención de prueba autoinculpatoria mediante tortura o malos tratos.

Además de lo anterior, el nuevo sistema procesal penal desarrolla ampliamente el repertorio de garantías de la persona privada de libertad, normando, *verbi gratia*, la declaración del imputado en sede policial, la que, actualmente, sólo puede ser requerida por el funcionario policial en presencia de su defensor.¹¹⁸

En segundo lugar, contempla, detalladamente, los métodos prohibidos de investigación e interrogatorio, prohibiéndose todo aquél que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar, especialmente, toda clase de coacción, amenaza o promesa; todo aquél

¹¹⁷ Prueba de ello es que, según el inciso tercero de la norma en comento, si la detención hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo puede impugnarse por los medios procesales que corresponden ante tribunal competente, sin perjuicio del derecho de ocurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República.

¹¹⁸ Esta limitación a la labor policial, contemplada en el artículo 91 del cuerpo legal en estudio, contrasta notoriamente con el artículo 120 bis del antiguo Código de Procedimiento Penal, en cuyo numeral quinto establecía, dentro de las diligencias que debían llevar a cabo los funcionarios policiales, en el marco de una orden de investigar emitida por un juez del crimen, el consignar, sumariamente, las declaraciones que se allanaren a prestar el inculcado o los testigos.

que afecte la memoria de éste, su capacidad de comprender y dirigir sus actos, como cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, administración de psicofármacos, hipnosis; así como la extensión excesiva del interrogatorio¹¹⁹.

2.3. Presunción de inocencia y prisión preventiva:

Finalmente, de capital importancia resulta el carácter excepcional que el legislador procesal penal da a la prisión preventiva, regulada en el párrafo tercero del Título V del Libro I del código del ramo¹²⁰.

En efecto, dentro de las medidas cautelares especiales¹²¹, el legislador estatuye la prisión preventiva, medida de *ultima ratio* que procede sólo cuando, a juicio del juez, las demás medidas cautelares¹²² fueren insuficientes para asegurar la finalidad del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Teniendo a la vista, como principio rector de la medida, el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, el actual código va más allá de establecer criterios generales de procedencia, regulando, detalladamente, tanto sus requisitos como los casos de improcedencia y los requisitos de validez de la resolución que la ordenare, entre los que destaca la presencia del imputado y de su defensor en la audiencia en que se decretare.

Se hace cargo, el articulado en análisis, de la dilatación de la investigación y la consecuente prolongación de la medida cautelar, estableciendo la facultad del tribunal de sustituirla por otra medida

¹¹⁹ Artículos 195 y 196 del Código Procesal Penal.

¹²⁰ Marcando una diferencia importante con el antiguo Código de Procedimiento Penal, en que la detención y la prisión preventiva adoptaban, a la luz de los artículos y 251 y 275, la calidad de regla general.

¹²¹ Que, según el artículo 122, sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y durarán sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación.

¹²² Tales como la citación judicial del imputado, su detención, sujeción a vigilancia, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad, las prohibiciones de salir del país o de la localidad de residencia, de asistir a determinados lugares o eventos públicos, de comunicarse con determinadas personas, de acercarse al ofendido y obligación de abandonar el hogar común con el ofendido.

personal, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento del procedimiento, así como límites temporales a su vigencia, dados por la obligación de revisar su prolongación o cesación una vez vencido el término de seis meses desde que se hubiere ordenado o cuando su duración hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia o de la que se hubiere impuesto, existiendo recursos pendientes.

3. TORTURA Y SISTEMA PENITENCIARIO:

3.1. Derecho de ejecución penal chileno:

Cabe abordar, como cuestión previa, cuál es el fin y las fuentes que presenta nuestro derecho de ejecución de las penas. Y es, en esta línea, en que claramente se aprecia que el espíritu reformista que el Estado ha plasmado en la legislación procesal penal no se ha reflejado, en modo alguno, en el sistema penitenciario chileno.

En primer lugar, llama la atención que, tanto las disposiciones programáticas referidas a la política penitenciaria nacional como aquéllas relacionadas con la organización básica de los establecimientos penitenciarios, son reunidas, en el año 1993, en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, aprobado por medio de Decreto Supremo número 1771, del Ministerio de Justicia y refundido por el Decreto Supremo número 518, de 21 de agosto de 1998, ambas, fuentes formales subordinadas, careciendo, nuestro sistema, de una fuente normativa de rango legal que sistematice los principios que orientan la ejecución de las penas privativas de libertad¹²³.

Sin embargo, tras ello, aparece, en el fondo, un tema que va más allá de lo formal, toda vez que dichos cuerpos reglamentarios no contienen sólo normas relativas a la organización y funcionamiento de

¹²³ Si bien el Código Procesal Penal, promulgado con posterioridad al Decreto 518, trata, en el Título VIII de su Libro IV, de la ejecución de las sentencias condenatorias y medidas de seguridad, se limita a preceptuar, en lo pertinente, que el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la condena, todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorgare.

los recintos privativos de libertad, sino que instauran, de una u otra forma, una ideología del tratamiento resocializador¹²⁴, volviendo, con ello, a la noción medieval de delito – pecado, en que el cumplimiento de la pena adquiere un propósito purgatorio, por medio del cual, como bien señala el profesor don José Luis Guzmán Dálbora, se pretende reeducar al condenado, prescribiendo “(...) *un cierto número de virtudes que el Estado se siente en el legítimo derecho de imponer para reconstruir una personalidad vista como desmejorada e incompleta, y cuya reforma se busca con vehemencia (...)*”¹²⁵.

Sin ser nuestro propósito profundizar en la discusión doctrinal en torno a la validez o vigencia del tratamiento resocializador del delincuente, es menester observar las serias falencias que la normativa relativa a la ejecución de las penas presenta, no obstante constatarse que, durante la vigencia del Decreto 1771, se hizo necesario introducir modificaciones, lo que, si bien se intenta con la promulgación del ya mencionado Decreto 518, no logra salvarse.

Si bien el propósito del Ejecutivo fue implementar una política concordante con las modernas orientaciones penitenciarias y los tratados internacionales a los cuales Chile ha adherido, ello se redujo, en la práctica, a la inclusión de meras fórmulas genéricas de derechos y garantías, entre las que se incluye la prohibición de torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de palabra u obra y de rigor innecesario en la aplicación de las normas del Reglamento¹²⁶, que se contraponen a la inexistencia de mecanismos que permitan cautelarlos

¹²⁴ Ilustra lo aseverado el considerando cuarto del Decreto 1771, que señala que es política del Gobierno lograr eficientemente la reinserción del condenado, haciendo honor a sus derechos fundamentales, como un medio de prevenir la reincidencia delictual, así como su artículo 1, que, dentro de los fines de la actividad penitenciaria, contempla la acción educativa necesaria para la reinserción social del condenado.

¹²⁵ Consideraciones críticas del sistema penitenciario chileno. Guzmán Dálbora, José Luis, en Gaceta Jurídica número 168. Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile; Santiago, 1994, página 12.

¹²⁶ Otros derechos garantizados en los artículos 4 a 6 del Decreto 1771, son la no discriminación en razón de nacimiento, raza, opinión política, creencia religiosa, condición social u otras circunstancias; la libertad ideológica y religiosa, el derecho al honor, a la intimidad personal, a la información, a la educación y al acceso a la cultura, al desarrollo integral de su personalidad, entre otros.

efectivamente, y a la serie de potestades discrecionales, incluso de naturaleza punitiva, otorgadas a la autoridad penitenciaria.

A vía ejemplar, el Título Cuarto del Reglamento, introducido y sistematizado por el Decreto 518, regula un detallado régimen disciplinario, en cuya virtud la restricción e, incluso, supresión, a la luz de las sanciones contempladas, de los derechos de los internos, queda entregado a la autoridad penitenciaria, vulnerando el principio de legalidad y fijando una suerte de doble penalidad en los casos en se sanciona como falta un hecho constitutivo de delito, tal como la fuga, el porte y tenencia de armas, la tenencia de drogas, la riña, el homicidio, las lesiones, la violación, el estupro, entre otros, sin perjuicio de que el tratamiento resocializador, impuesto en los hechos, se erige, también, como una nueva pena accesoria a la legal, determinada en sede jurisdiccional¹²⁷.

En el mencionado título se clasifican las faltas disciplinarias en leves, menos graves y graves, abarcando desde los atrasos a la cuenta a la agresión, amenaza o coacción a cualquier persona, tanto dentro como fuera del establecimiento.

En cuanto a las sanciones, establecidas en el artículo 81, van desde la amonestación hasta la restricción grave de los derechos de los internos, como, por ejemplo, la privación de visitas y correspondencia por un término de una semana, su restricción hasta por un mes, la internación en celda solitaria hasta por diez días y el aislamiento por hasta cuatro fines de semana, entre otras.

Por su parte, el procedimiento para la aplicación de las sanciones, que corresponde al Jefe del establecimiento, no es regulado debidamente, vulnerando el derecho a ser oído (asegurado sólo en el

¹²⁷ A juicio de la autora, al ser materia de ley la imposición de una pena y, encontrándose limitado, el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, a aquellas materias que no son de reserva legal, en virtud de los artículos 19 numeral tercero, 63 y 32, la constitucionalidad del Reglamento en estudio queda, claramente, en entredicho.

caso de infracción grave) y otros principios básicos del debido proceso, sin establecer, además, control jurisdiccional alguno sobre ellas¹²⁸.

3.2. Condiciones carcelarias y tortura:

La deficiente regulación de la etapa de ejecución de la pena, las excesivas potestades entregadas a la autoridad penitenciaria, sumado a la inexistencia de un control jurisdiccional sobre su ejercicio, constituyen un marco fáctico que, contra los importantes esfuerzos desplegados por el legislador en las últimas dos décadas, perpetúan la práctica de la tortura.

Sin perjuicio de ello, se suma a lo anterior, la precariedad de las condiciones carcelarias que, dada su gravedad y extensión, se convierte, en sí, en una grave y sistemática vulneración grave de los derechos esenciales de la persona privada de libertad, a la par de ser caldo de cultivo de una diversidad de actos constitutivos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Es así como el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007, de la Universidad Diego Portales, da cuenta de como, luego de seis años de vigencia del Código Procesal Penal, se mantienen las falencias históricas del sistema.

En efecto, en las cárceles no concesionadas, el hacinamiento generalizado¹²⁹ y las condiciones sanitarias deficientes, en especial, la falta de agua potable y dotación insuficiente de baños y duchas, no sólo dan cuenta de niveles bajísimos de los estándares de calidad de vida, sino que violentan los aspectos más básicos de la dignidad humana.

En ese escenario, el informe aludido no detecta una disminución significativa de las prácticas abusivas y castigos inhumanos,

¹²⁸ Según el artículo 87, sólo la repetición de una medida disciplinaria debe ser comunicada al juez del lugar de reclusión antes de su aplicación, para su autorización. En cuanto a las personas sujetas a prisión preventiva, la aplicación de la medida debe ser informada *a posteriori* al tribunal que conoce de la causa.

¹²⁹ Según oficio número 194 de la Fiscalía de la Corte Suprema de Justicia, el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valparaíso presentaba un 178% de sobrepoblación, el de Concepción, un 198%, y los Centros de Detención Provisoria de Valdivia, Santiago Sur y Puente Alto, de 232%, 177% y 339%, respectivamente.

constituyendo, por el contrario, un patrón común, frente al que se advierte tolerancia y falta de sanción.

A vía ejemplar, se constata que ninguno de los recintos destinados al encierro y aislamiento en celda solitaria cumple con las condiciones de higiene, iluminación y ventilación exigidas en el literal k) del artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, siendo meras celdas completamente cerradas, sin ventilación, luz natural ni artificial, húmedas, sucias, con presencia de vectores infecciosos y sobreocupadas¹³⁰.

Se registran, además, numerosas denuncias de golpes y abusos instaurados dentro de la rutina carcelaria¹³¹, así como trasgresiones en la esfera de la sexualidad¹³².

Tampoco funcionan los mecanismos de control establecidos por el legislador. *Verbi gratia*, las visitas de cárceles de los jueces de garantía son realizadas en presencia de funcionarios de Gendarmería, reduciendo esta herramienta a una mera formalidad. Por otro lado, una mínima parte de los recursos de protección contra Gendarmería de Chile son acogidos¹³³, quedando, los reclusos condenados, sin acciones legales efectivas para resguardar sus derechos, dada la falta de control jurisdiccional sobre los actos y medidas disciplinarias aplicadas por la autoridad penitenciaria y el alcance restrictivo del amparo legal contemplado en el artículo 95 del Código Procesal Penal.

En los recintos penitenciarios licitados la situación no presenta diferencias significativas, no obstante responder, la política de privatización de las cárceles, a la necesidad de superar las consecuencias del hacinamiento de los internos, por medio de una respuesta eficiente,

¹³⁰ Centros penitenciarios de Talca, Puerto Montt y Colina II.

¹³¹ En establecimientos penitenciarios de la VI Región.

¹³² Práctica regular de grabaciones a las internas desnudas, después de situaciones de motines o allanamientos en el Centro penitenciario femenino de Santiago.

¹³³ Según el informe de marras, entre los años 1990 y 2000, de los 98 recursos deducidos contra dicha institución ante la Corte de Apelaciones de Santiago, tan sólo 7 fueron acogidos, esto es, un 7,1% del total.

eficaz y oportuna. El fenómeno de suicidios masivos registrado el año 2006 al interior de los establecimientos concesionados cuestiona el diseño de los nuevos recintos, manteniéndose, asimismo, el nivel de denuncias de aplicación de tratos crueles, inhumanos o degradantes.

CONCLUSIONES

Es innegable que el Derecho es un producto social y, a la vez, construye realidades.

Desde esta perspectiva, resulta de capital importancia enfrentar la problemática de la tortura desde una mirada transversal, no agotando su tratamiento con la mera tipificación penal de las conductas que la constituirían, si no que, por el contrario, abarcando distintos niveles de intervención, a fin de erradicar los escenarios que amparan o toleran su práctica.

No obstante los intentos de los gobiernos democráticos de cumplir sus obligaciones internacionales en la materia, las falencias y omisiones de las que la presente tesis pretende dar cuenta, perpetúan un espacio socio – jurídico que ampara la práctica de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La reciente ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otras Penas o Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas, de febrero de 2010, importaría un avance relevante en la implementación de los principios generales ya recepcionados por nuestro derecho interno.

Es por ello que, a fin de dar debido cumplimiento a las obligaciones contenidas en Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abordadas en el Capítulo 2.1., es menester, a lo menos, implementar las siguientes modificaciones a nuestra legislación:

- Aprobar el proyecto de ley, de reciente iniciativa, que tipifica el delito de tortura, hasta ahora inexistente en nuestra legislación penal.
- Modificar el Código de Justicia Militar, exceptuando de su jurisdicción el delito de violencias innecesarias, a fin de dotar de eficacia a la normativa penal.
- Reformar el sistema penitenciario, discriminando la normativa relativa a la organización y funcionamiento de los recintos carcelarios de aquella relativa a la ejecución de las penas, dotando, a ésta, de

rango legal y estatuyendo un juez de ejecución, figura reconocida en el derecho comparado europeo y latinoamericano.

Y, finalmente, erradicar, en la toma de decisiones legislativas, medidas y propuestas populistas, que suelen desnaturalizar e, incluso, revertir, los procesos de reforma, especialmente, en materia de respeto y garantía de los derechos fundamentales de la persona humana.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN NACIONAL Y DERECHO COMPARADO:

- *Constitución Política de la República*. República de Chile; Cuarta edición oficial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- *Código de Justicia Militar de la República de Chile*. República de Chile; Edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- *Código Penal de la República de Chile*. República de Chile; Décimo tercera edición oficial. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.
- *Ley orgánica constitucional de Bases generales de la Administración del Estado. Ley número 18.575*. República de Chile; Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 1986.
- *Reglamento de Establecimientos penitenciarios. Decreto del Ministerio de Justicia número 1771*. República de Chile; Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 1993.
- *Reglamento de Establecimientos penitenciarios. Decreto del Ministerio de Justicia número 518*. República de Chile; Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 1998.
- *Decreto Ley 2460. Ley Orgánica de Policía de Investigaciones de Chile*. República de Chile; Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 1979.
- *Ley 19.047*. República de Chile; Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 1991.
- *Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile*. República de Chile; publicación electrónica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- *Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas*. República de Chile; publicación electrónica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

- *Ley 11.179. Código Penal de Argentina. Texto ordenado por Decreto 3992/84.* Argentina; publicación electrónica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- *Ley 599 de 2.000 por la cual se expide el Código Penal.* Colombia; publicación electrónica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- *Decreto número 144-83. Código Penal de Honduras.* Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD); publicación electrónica de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

PUBLICACIONES:

- *Matar el Alma. Aspectos Psicosociales de la Tortura.* Coord. por Kaschi, Helga; Instituto de Ciencias y Arte, Viena, 1993.
- *Trauma y Cura en Situaciones de Terrorismo de Estado.* Agger, Inger y Buus, Sören; Ediciones ChileAmérica CESOC, Santiago, 1996.
- *Cárcel y Derechos Humanos. Un Enfoque relativo a la Defensa de los Derechos Fundamentales de los Reclusos.* Coord. por Rivera Beiras, Iñaki; José María Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992.
- *Los Delitos de Tortura y de Tratos Degradantes por Funcionarios Públicos.* Grima Lizandra, Vicente; Tirant lo Blanch, Universitat de València, València, 1998.
- *La Lucha contra la Tortura. Aspectos de Derecho Internacional y de Derecho Interno español.* Quel López, Javier y Fernández de Casadevante, Carlos; Herri-Ardularitzaren Euskal Erakundea, Bilbao, 1991.
- *Violencia y Justicia.* De Rivacoba y Rivacoba, Manuel; Universidad de Valparaíso Editorial, Valparaíso, 2002.

- *El Delito de Tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal.* De la Cuesta Arzamendi; Bosh Casa Editorial S.A., Barcelona, 1990.
- *Tortura. Aspectos médicos, psicológicos y sociales. Prevención y Tratamiento.* Varios autores; Comité de Defensa de los Derechos del Pueblo, Santiago de Chile, 1989.
- *Los Derechos humanos. Documentos básicos. Segunda Edición.* Pacheco Gómez, Máximo; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
- *Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno.* Guzmán Dálbora, José Luis; en *Gaceta Jurídica número 168.* Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile; Santiago, 1994.
- *Contra la Tortura. Manual de Acción.* Amnistía Internacional; Editorial Amnistía Internacional, Madrid, 2003.
- *Cuarto Informe periódico de Chile sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.* Estado de Chile; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 1998.
- *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Chile.* Comité de Derechos Humanos, 65º período de sesiones; Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 1999.
- *Informe alternativo al Cuarto Informe periódico de Chile sobre la Aplicación del Pacto de Derechos civiles y políticos.* CODEPU; Santiago, 1999.
- *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007.* Facultad de Derecho Universidad Diego Portales; Santiago, 2003.
- *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2007.* Facultad de Derecho Universidad Diego Portales; Santiago, 2007.
- *Tortura durante la Transición a la Democracia. El Trabajo de CODEPU en el período. Serie Retrospectiva y Reflexión número 4.*

Reyes Myriam, Aguirre, Federico y Bauer, Oliver; Comisión de Comunidades Europeas, Médico Internacional e.V. Alemania y Pan para el Mundo Alemania, Santiago, 1999.

- *Las Consecuencias del Silencio*. Rojas Baeza, Paz; en *Conferencia Internacional sobre Educación para la Paz, Memoria Histórica y Democracia*. Asociación de Investigación y Estudios Sociales de Guatemala; Oficina en Guatemala del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Fundación Alemana para el Desarrollo, ciudad de Guatemala, 2000.
- *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*. Medina Quiroga, Cecilia y Mera Figueroa, Jorge; Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1996.
- *Alteraciones en la Salud Mental por Ausencia de Verdad y Justicia*. Rojas Baeza, Paz; CODEPU, Croacia, 2000.
- *De los Delitos y las Penas*. Beccaria Cesare. Traducción de Francisco Tomás y Valiente; Ediciones Folio S. A., Barcelona, 2001.
- *Modernización del Sistema carcelario. Colaboración del sector privado*. Instituto Libertad y Desarrollo y Fundación Paz Ciudadana; Editorial Antártica S.A., Santiago, 1994.
- *Vigilar y Castigar*. Foucault Michel; Decimosegunda edición. Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2000.
- *La Tortura en España*. Tomás y Valiente Francisco; Editorial Ariel, Barcelona, 1973.
- *El Manual de los Inquisidores*. Eimeric Nicolau y Peña Francisco; Muchik Editores, Barcelona, 1983.
- *Derecho Penal*. Tomo IV. Etcheberry, Alfredo; Segunda edición revisada y actualizada. Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago, 1976.
- *Anuario de Derechos Humanos 2005*. Varios autores; Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2005.

- *Ius et Praxis volumen 6, número 002*. Universidad de Talca; Talca, 2000.
- *Tortura en Chile hoy*. En Revista Qué Pasa, año XXXI, número 1634.
- *El Concepto de Tortura y de otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bueno, Gonzalo; en *Nueva Doctrina Penal*. Ediciones del Puerto. Buenos Aires, 2003.
- *El recurso de amparo, sobre todo considerando que un proyecto de ley regule su tramitación*. Fernández González, Miguel Ángel; en *Estudios Constitucionales, Año 5, número 2*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile; Universidad de Talca, Talca, 2007.
- *Estudio sistemático del delito de tortura*. Gajardo Contreras, Francisco y Rivera Vallejo, Ricardo; Universidad Central de Chile, Santiago, 1999.
- *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Escriche, Joaquín; Nueva Edición corregida y aumentada. Imprenta Julio Le Clere y compañía, Madrid, 1882.
- *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora*. De Rivacoba y Rivacoba, Manuel; EDEVAL, Valparaíso, 1974.
- *Actas de la Cámara de Diputados. Legislatura 325 extraordinaria, volumen V, sesión 47*. República de Chile; versión oficial, 1993.
- *Actas de la Cámara de Diputados. Legislatura 327 extraordinaria, volumen IV, sesión 34*. República de Chile; versión oficial, 1994.
- *Actas de la Cámara de Diputados. Legislatura 332 extraordinaria, volumen XI, sesión 74*. República de Chile; versión oficial, 1996.
- *Actas de la Cámara de Diputados. Legislatura 333 ordinaria, volumen I, sesión 3*. República de Chile; versión oficial, 1996.
- *Actas del Senado de la República. Legislatura 334 extraordinaria, volumen IV, sesión 37*. República de Chile; versión oficial, 1997.

OTRAS PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS:

- *Perfil de Chile hoy*. Disponible en www.derechoschile.com.
- *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española; Vigésima segunda edición. Disponible en www.rae.es.
- *Patriotic Act*. Gobierno de Estados Unidos de América. Disponible en www.whitehouse.org.
- *Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, Misión a El Togo*. Consejo de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.ohchr.org>.
- *Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, Manfred Nowak, Misión a Nigeria*. Consejo de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.ohchr.org>.
- *Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. General Comment n°. 2. Implementation of article 2 by the States Parties*. Committee against Torture, United Nations Organization. Disponible en <http://www2.ohchr.org>.
- *Consideración de los informes presentados por los Estados Partes bajo el artículo 19 de la Convención*. Comité contra la Tortura, Organización de Naciones Unidas. Disponible en <http://www2.ohchr.org>.
- *Conjunto de Principios para la protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Resolución 43/173*. Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.un.org>.
- *Selección de Decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 3*. Organización de Naciones Unidas. Disponible en <http://www.ohchr.org>.

- *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1997*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos. Disponible en <http://www.iachr.org>.
- *Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos t su ubicación en el Orden Normativo interno*. Pfeffer Urquiaga, Emilio. Revista Ius et Praxis online, Talca, 2003, volumen 9, número 1. Disponible en <http://www.scielo.cl>.
- *La incorporación de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito nacional: la experiencia chilena*. Nash Rojas, Claudio; ponencia presentada en el Curso Regional para Jueces, Fiscales y Abogados de Argentina, Chile y Uruguay, UNICEF, Montevideo, 2003. Disponible en <http://www.cdh.uchile.cl>.
- *Proyectos de ley Congreso Nacional de Chile. Boletines 2057-07, 2809-07 y 6702-07*. Disponible en www.bcn.cl.