

CONSIDERACIONES SOBRE PRISIÓN PREVENTIVA Y LOS DELITOS
DE TORTURA, APREMIOS ILEGÍTIMOS U OTROS TRATOS CRUELES,
INHUMANOS O DEGRADANTES

ANGÉLICA TORRES FIGUEROA*
Universidad Diego Portales

Con fecha 16 de octubre de 2020, en causa rol N° 5215-2020, la Il^{ta}. Corte de Apelaciones de Santiago acogió un recurso de apelación interpuesto por la defensa de dos imputados, respecto de quienes se había formalizado investigación por el delito de torturas, previsto y sancionado en el artículo 150 letra A del Código Penal, y a quienes se había aplicado la medida cautelar de prisión preventiva. La defensa formuló cuestionamientos en torno a los requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 140 del Código Procesal Penal.

En concreto, los hechos que se atribuyen a los imputados, quienes a la fecha de los mismos eran funcionarios policiales, consisten en “golpizas, amedrentamientos, expeler polvo químico a escasa distancia, propinar un puñetazo en el rostro causando fisura de labio y sangramiento, todo ello en contra de personas que se hallaban detenidas al interior de la unidad policial, como métodos de castigo, actos que, por su entidad, ocasionaron a la víctima adulta y a un grupo de adolescentes entre 14 y 17 años, irritación en los ojos, vómitos, caída al suelo con estremecimiento por dolor intenso”¹.

La Il^{ta}. Corte revoca la medida cautelar, sustituyéndola por arresto domiciliario parcial nocturno, argumentando que la investigación no aporta “elementos objetivos que den cuenta de acometidas que pudieren llegar a configurar la gravedad que exige el artículo 150 A del Código Penal, causantes de dolor o sufrimiento físico o síquico, particularmente por la reacción que se observa de los afectados y la ausencia de cualquier protocolo de constatación de lesiones que corrobore la imputación formulada por la Fiscalía (...). Por consiguiente, si bien la conducta de los imputados se presenta como reprochable penalmente, tal censura no alcanza la configuración del delito de tortura, pudiendo subsumirse los hechos en la figura prevista en el artículo 150 D del estatuto punitivo, lo que hace mermar la peligrosidad que funda la cautelar que se revisa. Por lo tanto y sin que se haya puesto en duda la intervención de los imputados en estos hechos,

* Profesora de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, estudiante de doctorado Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

¹ Considerando cuarto.

para la adecuada conclusión de los fines del procedimiento y la necesidad de salvaguardar el peligro social que el comportamiento de ellos pudiere significar, la medida de arresto domiciliario parcial aparece como proporcional y adecuada a estos efectos”².

El presente comentario analizará un aspecto relevante del fallo, en concreto, la posibilidad de decretar la medida cautelar de prisión preventiva respecto del delito contemplado en el artículo 150 letra D del Código Penal, sobre la base de los argumentos esgrimidos por la Iltma. Corte. Para ello, en primer lugar, se efectuará una somera revisión de los tipos penales de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, centrando el análisis en la complejidad de diferenciar ambos tipos penales. A continuación, se analizará la medida cautelar de prisión preventiva, poniendo énfasis en sus fundamentos y requisitos. Finalmente, se argumentará si, a la luz del análisis efectuado, es posible arribar a la misma solución de la resolución comentada.

I. TORTURA Y APREMIOS ILEGÍTIMOS U OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

El tipo penal de tortura se contempla en el artículo 150 letra A del Código Penal³, en tanto la figura de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, está recogida en el artículo 150 letra D del mismo cuerpo norma-

² Considerandos sexto y séptimo.

³ Art. 150 A.

El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.

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

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o

tivo⁴. Ambos tipos penales comparten algunos elementos, específicamente en la descripción de la conducta típica, toda vez que la tortura consiste en aplicar, ordenar o consentir en aplicar tortura; mientras que en los apremios ilegítimos la conducta típica consiste en aplicar, ordenar o consentir en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura. Se entiende por “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con una determinada finalidad.

Desde la perspectiva de la configuración de las conductas típicas, cobra especial relevancia el dolor o sufrimiento grave, ya sea físico, psíquico o sexual. Para Silva, el sufrimiento que constituye la parte objetiva de la conducta constitutiva de tortura se refiere, a “comportamientos humillantes o degradantes que rebajan la condición de ser moral y autónoma que tiene toda persona”⁵. Por ende, las conductas desplegadas por el sujeto activo que no alcancen tal entidad debieran calificarse de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y no de tortura. El hecho de hacer referencia a los mismos elementos

decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

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

⁴ Art. 150 D.

El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

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

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

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

⁵ SILVA, Rodrigo, “Los ‘sufrimientos’ del delito de tortura”, en *Revista Nuevo Foro Penal*, 10, N° 83 (2014), p. 90. Disponible en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/2875/2904> Fecha de consulta: 18 de febrero de 2021.

en ambos tipos penales trae aparejada la complejidad de poder distinguir entre ambos, como ha pone de manifiesto la doctrina especializada en la materia⁶.

En efecto, concuerda la doctrina que ambos tipos penales son formas diversas de atacar contra un mismo bien jurídico –aunque no toda la doctrina coincide en cuál es aquel bien jurídico–, y resulta complejo establecer el límite entre ambos delitos. Para Nash, el bien jurídico protegido es la integridad personal, y los tipos penales en comento plantean diversas formas de afectación, siendo complejo distinguir entre ellas, ya que, “si bien hay diferentes tratamientos normativos, la práctica de los órganos de control se ha pronunciado muchas veces por no hacer la distinción y tratar el tema como una afectación indiferenciada del derecho a la integridad personal”⁷. Durán, en tanto, afirma que el bien jurídico protegido es la integridad moral, y observa que el Tribunal Constitucional Español, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que “la tortura, los tratos inhumanos y los tratos degradantes, son en su significado jurídico, nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio”⁸, por lo que constata que esta doctrina “pretendería establecer una escala o sistematización –de mayor a menor gravedad– de los atentados contra el bien jurídico protegido integridad moral”⁹, siendo el atentado más grave y más lesivo la tortura, que “exigiría siempre el hecho o acto material de infligir dolores o sufrimientos graves, de forma intencional, sumado a la existencia de un propósito especial y concreto por parte del agente”¹⁰, en tanto los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes implicarían “infligir un nivel considerable de tratamientos a la víctima, relevantes pero menos que graves, sin que lleguen a constituir torturas pero afectando el bien jurídico, y sin que sea necesaria la existencia o la búsqueda de un propósito concreto”¹¹.

⁶ No se hará referencia en este artículo a la finalidad establecida en el delito de tortura, como elemento subjetivo adicional del tipo, por no ser un elemento analizado por el fallo.

⁷ NASH, Claudio, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, (2009), p. 589. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23545.pdf> Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021.

⁸ DURÁN, Mario, “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, en *Política Criminal*, 14, N° 27 (2019), p. 213. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politerim/v14n27/0718-3399-politerim-14-27-202.pdf> Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021.

⁹ *Ibíd.*, p. 214.

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*

Para Casas, Matthei y Zúñiga, el bien jurídico protegido por ambos tipos penales es el derecho a la integridad personal. Afirman que ambos tipos penales constituyen formas de afectar el referido bien jurídico, y que en la práctica se han realizado esfuerzos por diferenciar conductas y elementos de cada una, como también instar por su tratamiento indiferenciado, siendo posible observar que “la Corte IDH en vez de aplicar el criterio europeo y distinguir las conductas, solo realiza una interpretación positiva. En este sentido, parece existir una zona gris constituida por algunas prácticas calificadas por ambos tribunales regionales como tortura y otras de penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. A pesar de que la Corte IDH ha reconocido y catalogado de forma positiva la distinción realizada por el TEDH, parece empatizar más con la idea de la resolución casuística de casos, ya indicada, razón por la cual en esta materia existe una tendencia de identificar la tortura y malos tratos con un tipo específico de violación”¹². Finalmente, Silva, luego de analizar los esfuerzos de sistematización en la materia, concluye que “no hay un criterio seguro para determinar el mínimo de coerción necesario para que una conducta se convierta en un sufrimiento constitutivo de tortura”¹³.

Lo anteriormente señalado tiene por objeto dar cuenta de un aspecto relevante: a nivel doctrinario y jurisprudencial resulta claro que es muy complejo establecer los límites y diferenciar entre las conductas constitutivas del elemento objetivo de los delitos de torturas o de apremios ilegítimos, ya que la única diferencia estaría dada por una cuestión de intensidad o magnitud.

II. PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva es una medida cautelar personal, que consiste en “la privación temporal de la libertad ambulatoria de una persona, mediante su ingreso a un centro penitenciario, durante la sustanciación de un proceso penal y con el objeto de asegurar los fines del procedimiento”¹⁴. Su fundamento sería de carácter procesal, de prevención y defensa social, tendiente a evitar delitos

¹² CASAS, Lidia; MATTHEI, Elisabeth; ZÚÑIGA, Marcela, *Informe Sobre Estándares Internacionales Sobre Apremios Ilegítimos, Violencia Sexual y Tortura*. Santiago: Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, (2019), p 12. Disponible en: https://derechoshumanos.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/12/Centro_de_DDHH_UDP_Amicus_tortura_y_violencia_sexual.pdf Fecha de consulta: 17 de febrero de 2021.

¹³ SILVA, ob. cit., p. 9.

¹⁴ HORVITZ, María Inés; LÓPEZ, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica (2002), p. 389.

futuros por parte del imputado¹⁵. Sus requisitos se encuentran establecidos en el artículo 140 del Código Procesal Penal y es posible sistematizarlos de la siguiente forma¹⁶:

i. Supuesto material, comprendido en el artículo 140 letras a) y b)¹⁷. Dice relación con la existencia de una imputación suficientemente seria, respaldada en antecedentes que permitan proyectar la realización de un juicio y una eventual sentencia condenatoria¹⁸.

ii. Necesidad de cautela, comprendida en el artículo 140 letra c)¹⁹, que dice relación con la necesidad de adoptar medidas de coerción para evitar que el im-

¹⁵ *Ibíd.*, p. 390.

¹⁶ DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica (2016), pp. 251-265. Esta sistematización no contempla la modificación incorporada por la Ley N° 20.931 de 5 de julio de 2016.

¹⁷ Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;
b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor,

¹⁸ *Ibíd.*, p. 251.

¹⁹ Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

putado realice actos que puedan impedir la realización del juicio o la aplicación de la sentencia²⁰ y que a su vez contempla:

– Seguridad del ofendido: cuando la libertad del imputado puede significar un riesgo para la integridad de la víctima, su familia o sus bienes.

– Protección de la investigación y de los medios de prueba: cuando existan sospechas graves y fundadas de que intentará obstaculizar la investigación, por ejemplo, destruyendo antecedentes que pueden ser utilizados como prueba en un juicio en su contra.

– Peligro para la seguridad de la sociedad.

Respecto a este último punto, relevante es la opinión de Duce y Riego, quienes consideran que “existe una posibilidad de interpretar el peligro para la seguridad de la sociedad de un modo que no la limite exclusivamente al peligro de fuga, referida al peligro de afectación de la legitimidad del sistema, pérdida de confianza del público en el sistema o alarma pública”²¹. De acuerdo con los autores, “esta interpretación permite rechazar la noción problemática y hasta cierto punto abusiva de peligrosidad del imputado, pero admitir una posibilidad de aplicación de la prisión preventiva en algunos casos extremos en los que no dándose ninguna de las otras hipótesis legales, la liberación del imputado puede derivar en una situación de crisis del sistema muy importante”²².

III. POSIBILIDAD DE DECRETAR PRISIÓN PREVENTIVA RESPECTO DEL DELITO DE APREMIOS ILEGÍTIMOS U OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

En el caso concreto, es posible sintetizar los argumentos de la Iltma. Corte de la siguiente forma:

– Las conductas desplegadas por los imputados no llegan a configurar la gravedad exigida por el delito de torturas, causantes de dolor o sufrimiento físico o psíquico. Lo anterior se afirma a partir de la ausencia de protocolos de constatación de lesiones y por la reacción de las víctimas.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que este realizará atentados en contra de aquel, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, solo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*, pp. 264 y 265.

²² *Ibíd.*

– Las conductas de los imputados son reprochables penalmente, pero no a título de tortura, sino de apremios ilegítimos. El cambio en la calificación jurídica hace mermar la peligrosidad que funda la prisión preventiva.

A partir de ahí, concluye que para la adecuada conclusión de los fines del procedimiento y la necesidad de evitar el peligro social que el comportamiento de ellos pudiere significar, la medida de arresto domiciliario parcial aparece como proporcional y adecuada.

i. Respecto al primer argumento, esto es, que las conductas desplegadas por los imputados no llegan a configurar la gravedad exigida por el delito de torturas, desde una perspectiva doctrinaria es esperable encontrar una afirmación en ese sentido; sin embargo, que el fundamento esté dado por la ausencia de protocolos de constatación de lesiones resulta a lo menos llamativo, toda vez que el sufrimiento exigido por el tipo penal podría no constar en dichos protocolos. En ese sentido, Casas, Matthei y Zúñiga sostienen que “ni la causación de dolores o sufrimientos graves, ni la aplicación de los métodos a los que hace referencia el artículo requieren necesariamente de una injerencia corporal intensa y, ni siquiera, de injerencia corporal alguna, toda vez que pueden darse casos de sufrimientos o métodos que afecten la psiquis que alcancen la gravedad suficiente para ser constitutivos del delito de torturas”²³. En un sentido similar, Silva afirma que “los golpes físicos y tratamientos psicológicos tienen en sí la virtualidad de humillar a una persona indefensa y dominada, pero también conductas que, sin ser especialmente violentas en lo físico, también son humillantes o degradantes”²⁴. Por otra parte, se estima complejo poder cuantificar el daño o sufrimiento de las víctimas con solo observar en una grabación su reacción frente a la actividad desplegada por los imputados.

ii. Respecto al segundo argumento, esto es, que el cambio en la calificación jurídica, de tortura a apremios ilegítimos hace (o haga) mermar la peligrosidad que funda la prisión preventiva, es menester detenerse en variadas consideraciones.

La resolución da a entender que, como la conducta no reviste la gravedad exigida por el tipo penal de tortura, la peligrosidad de los funcionarios policiales es menor, y eso permite revocar la prisión preventiva y sustituirla por una medida cautelar de menor intensidad. La resolución no menciona explícitamente a qué clase de peligro se refiere –peligro para la seguridad del ofendido, o peligro para la seguridad de la sociedad–, sin embargo, una parte de la resolución se refiere a “la adecuada conclusión de los fines del

²³ CASAS, MATTHEI y ZÚÑIGA, *ob. cit.*, p. 10.

²⁴ SILVA, *ob. cit.*, p. 90.

procedimiento y la necesidad de salvaguardar el peligro social”²⁵, por lo que se analizará este último aspecto, y no la seguridad del ofendido. Cabe preguntarse entonces, si la modificación en la calificación jurídica, basada no en un cambio de circunstancias o conductas típicas, sino en la valoración de estas, trae como consecuencia automática que el funcionario policial deje de ser un peligro para la seguridad de la sociedad.

La resolución en comento no especifica qué elemento de los mencionados en el artículo 140 del Código Procesal Penal tiene en consideración para estimar que el peligro para la seguridad de la sociedad ha disminuido. Si se consideran los elementos objetivos del caso, podría sostenerse que la prognosis de pena se ha modificado, toda vez que el delito de apremios ilegítimos tiene asignada una pena menor que la del delito de torturas. ¿Es esto suficiente? ¿Debieran considerarse otros elementos, además de la prognosis de pena, para poder afirmar que la peligrosidad de los imputados es menor? En ese sentido, cobra relevancia la referencia al peligro de afectación de la legitimidad del sistema, pérdida de confianza del público en el sistema o alarma pública, enunciada por Duce y Riego a propósito de la seguridad de la sociedad. En este sentido, los hechos deben analizarse dentro de un determinado contexto, y no de manera aislada. Si se considera que el caso en análisis corresponde a hechos acaecidos en el contexto del denominado “estallido social”²⁶⁻²⁷, podría argumentarse que se está en presencia de un tipo de caso en que “dadas las condiciones específicas que se plantean, la liberación del imputado puede conducir a lo que podríamos calificar como una deslegitimación extraordinaria, esto es, que genera tal impacto en el público, que puede derivar en el socavamiento de las bases de legitimidad del sistema, lo que a su vez deriva en un deterioro de la seguridad que este debe brindar a la población”²⁸.

Lo anterior no significa que todos los delitos cometidos por funcionarios policiales en el contexto del estallido social deban traer aparejada la imposición de prisión preventiva. De lo que se trata, más bien, es de tomar en consideración elementos adicionales a la sola prognosis de pena cuando está en juego la

²⁵ Considerando séptimo.

²⁶ Una explicación de lo que se ha denominado *estallido social* en Chile, se encuentra en CIPER, “El ‘reventón social’ en Chile: una mirada histórica”. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2019/10/27/el-reventon-social-en-chile-una-mirada-historica/> Fecha de consulta 18 de febrero de 2021.

²⁷ Más información del caso en análisis se encuentra en el siguiente link de prensa: <https://www.24horas.cl/nacional/imagenes-fueron-clave-dos-carabineros-quedan-en-prision-preventiva-por-torturas-en-penalolen-4481200>

²⁸ DUCE y RIEGO, ob. cit., p. 265.

legitimidad del sistema, para fundamentar que el peligro para la seguridad de la sociedad ha disminuido.

En esta línea, otros elementos que la resolución de la Iltma. Corte pudo tener en consideración, son los siguientes:

*1. Elemento objetivo, dolor o sufrimiento grave.
Dificultad para establecer límites*

Como se señaló previamente, la distinción entre torturas y apremios ilegítimos es compleja, toda vez que una misma conducta puede valorarse de diferente forma, ya que la única diferencia estaría dada por una cuestión de intensidad o magnitud, por lo que podría ser constitutiva de una u otra figura. En este sentido, observa acertadamente Silva, cuando intenta establecer límites entre una conducta atípica y el delito de torturas que, “por ejemplo, un funcionario policial, que sabía que su conducta se encontraba en un *continuum* en el que en determinado punto se convertiría en delictiva, tenía el legítimo interés en saber a partir de qué momento exacto empezaba a ser catalogada su conducta como tortura, para poder actuar libremente lo más cerca posible de tal límite que marca la ‘gravedad’”²⁹. Añade la opinión de Waldron, quien sostiene que la tortura es una conducta inherentemente mala, y que defiende que “hay escalas valorativas o *continuum* en los que no se debe estar (por ejemplo, el caso del marido que quiere golpear a su esposa un poco y necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar antes de que sus actos se consideren violencia machista; o el caso del profesor que dice tener interés en flirtear con sus estudiantes y necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar a galantear sin caer en el acoso sexual), y una de ellas es precisamente la que prevé coerciones y apremios que en un punto no son graves y en otro punto son graves. En este caso, nadie debe tener un interés legítimo en saber cuán lejos a lo largo de tal *continuum* se está permitido avanzar. En consecuencia, cuando se establecen niveles de gravedad de los apremios de manera tal que a partir de determinado punto se está frente a una conducta de tortura se está estableciendo, quizás inadvertidamente, un ámbito de riesgo permitido que puede anteponer los intereses de seguridad y estabilidad del sistema político antes de la salvaguarda de los derechos individuales de los ciudadanos”³⁰. Lo anterior está absolutamente vinculado con el argumento anteriormente esbozado, referido al peligro para la seguridad de la sociedad fundado en razones de legitimidad del sistema.

²⁹ SILVA, ob. cit., p. 79.

³⁰ SILVA, ob. cit., pp. 79 y 80.

2. Consideraciones en torno a víctimas menores de edad

La resolución en comento nada dice respecto a la conducta de los imputados, cuando se trata de víctimas menores de edad. En concreto: un funcionario policial que golpea a un menor de edad que se encuentra bajo su custodia, ¿deja de ser un peligro para la seguridad de la sociedad, por el solo hecho de que la valoración de esa conducta no se considere constitutiva de un sufrimiento grave? Más allá de la discusión respecto a si estas conductas pudieran originar sufrimiento grave en este tipo de víctimas, pareciera prudente detenerse en la peligrosidad de los imputados, teniendo en consideración su rol y deberes, por una parte, y la propia regulación del Código Penal en la materia. Respecto al rol y deberes de los funcionarios policiales, resultan relevantes las “Reglas de Beijing”, específicamente la regla 10.3³¹ que trata de algunos aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en los casos de delincuencia de menores. En los comentarios de dicha regla, se precisa que “la expresión ‘evitar ... daño’ constituye una fórmula flexible que abarca múltiples aspectos de posible interacción (por ejemplo, el empleo de un lenguaje duro, la violencia física, el contacto con el ambiente). Como la participación en actuaciones de la justicia de menores puede por sí sola causar ‘daño’ a los menores, la expresión ‘evitar ... daño’ debe, por consiguiente, interpretarse en el sentido amplio de reducir al mínimo el daño al menor en la primera instancia, así como cualquier daño adicional o innecesario. Ello es de particular importancia en el primer contacto con las organizaciones encargadas de hacer cumplir la ley, que puede influir profundamente en la actitud del menor hacia el Estado y la sociedad”³². Esta regla deja en evidencia que se trata de víctimas especialmente vulnerables, y que es obligación de los funcionarios policiales reducir al mínimo cualquier tipo de daño ocasionado, generado incluso a partir del empleo de lenguaje duro. El estándar cuando se trata de víctimas menores de edad, por tanto, es más alto. Respecto a la regulación del Código Penal, el artículo 150 D inciso segundo establece que “si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad (...) la pena se aumentará en un grado”. Esta agravación de pena claramente también ha tenido en cuenta la especial

³¹ 10.3 Sin perjuicio de que se consideren debidamente las circunstancias de cada caso, se establecerán contactos entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley y el menor delincuente para proteger la condición jurídica del menor, promover su bienestar y evitar que sufra daño.

³² NACIONES UNIDAS, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores*, (Beijing, 1985), comentario regla 10.3

vulnerabilidad de las víctimas. Por lo tanto, resulta razonable esperar un pronunciamiento de la Iltma. Corte respecto a este punto, elevando los estándares, no solo desde la perspectiva de la configuración de la conducta típica, sino que preguntándose si acaso el peligro para la seguridad de la sociedad realmente ha desaparecido, cuando se está en presencia de funcionarios policiales que no han observado las reglas mínimas para la administración de justicia a menores.

Finalmente, además del peligro para la seguridad de la sociedad, es necesario tener en consideración que, a pensar de la disminución en la prognosis de pena, o la supuesta merma del peligro para la seguridad de la sociedad, eventualmente podría mantenerse vigente la necesidad de mantener la medida cautelar de prisión preventiva, en razón del éxito de la investigación, si existiere sospecha grave y fundada de que los imputados pudieren obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba, situación que, al menos hipotéticamente, es posible de imaginar, si los imputados son funcionarios policiales y tienen acceso a los medios de prueba.

IV. CONCLUSIONES

Resulta necesaria una mayor argumentación por parte de la Iltma. Corte al momento de revocar la prisión preventiva, no siendo suficiente mencionar que la peligrosidad que funda la referida cautelar ha disminuido cuando se recalifican los hechos desde tortura a apremios ilegítimos. Ello porque la recalificación se hizo en torno a una nueva valoración de las mismas conductas –no con base en conductas diferentes– en un ámbito que es complejo y debatido a nivel doctrinario y jurisprudencial, nacional e internacionalmente. Por otra parte, puede estimarse que el peligro para la seguridad de la sociedad no ha desaparecido, si se funda en consideraciones diferentes a la sola prognosis de pena, como la legitimidad del sistema, teniendo en consideración que los hechos se cometieron en el contexto del denominado estallido social. Además, pueden añadirse otros elementos al análisis que justifiquen que aún existe peligrosidad, como estimar que la forma en que está regulado el elemento “daño o sufrimiento grave” en los tipos penales analizados puede establecer un ámbito de riesgo permitido que permita anteponer diversos intereses antes que la protección de los derechos individuales de las víctimas; o la consideración del tratamiento que debía darse a las víctimas, algunas de las cuales en este caso eran menores de edad, a la luz del rol y los deberes de los funcionarios policiales, establecidos –por ejemplo– en las Reglas de Beijing, y de la propia regulación del Código Penal en la materia. Finalmente, además de centrarse en el peligro para la seguridad de la sociedad, valía la pena analizar si el éxito de la investigación estaba en riesgo.

3. CORTE DE APELACIONES DERECHO PROCESAL PENAL

Delito de torturas. No procede mantener cautelar de prisión preventiva si investigación no aporta elementos objetivos para configurar la gravedad que exige el art. 150 A del Código Penal. Conducta de los imputados siendo reprochable penalmente no alcanza a configurar delito de tortura

HECHOS

Defensa de los imputados se alza en contra de la resolución que dispuso la medida cautelar de prisión preventiva en contra de los imputados, como autores del delito de tortura. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones revoca la resolución apelada.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de apelación (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *5215-2020, de 16 de octubre de 2020*

PARTES: *Ministerio Público con Leiva Puga y González Faúndez*

MINISTROS: *Sra. Paola Plaza G., Sr. Guillermo E. de la Barra D. y Fiscal Judicial Sra. Javiera Verónica González S.*

DOCTRINA

En la especie, la investigación no aporta, al menos por ahora, elementos objetivos que den cuenta de acometidas que pudieren llegar a configurar la gravedad que exige el artículo 150 A del Código Penal, causantes de dolor o sufrimiento físico o síquico, particularmente por la reacción que se observa de los afectados y la ausencia de cualquier protocolo de constatación de lesiones que corrobore la imputación formulada por la Fiscalía transcurrido ya un año desde la fecha de los sucesos. En esas condiciones, cabe considerar que la reacción del detenido que recibe un palmetazo en la boca resulta, con los antecedentes recopilados, desproporcionada frente a la acción desplegada por el funcionario policial, como, asimismo, aparece mínima la consecuencia del rocío de la sustancia química en el rostro de otra de las víctimas, según se describió en el motivo anterior. Por consiguiente, si bien la conducta de los imputados se presenta como reprochable penalmente, tal censura no alcanza la configuración del delito de tortura, pudiendo subsumirse los hechos en la

figura prevista en el artículo 150 D del Estatuto Punitivo, lo que ciertamente hace mermar la peligrosidad que funda la cautelar que se revisa. Por lo tanto y sin que se haya puesto en duda la intervención de los imputados en estos hechos, para la adecuada conclusión de los fines del procedimiento y la necesidad de salvaguardar el peligro social que el comportamiento de ellos pudiere significar, la medida de arresto domiciliario parcial aparece como proporcional y adecuada a estos efectos (considerandos 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/139630/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 140 y 155 del Código Procesal Penal; 150 A del Código Penal.