

AMICUS CURIAE SOBRE TORTURA, MALOS TRATOS Y TRATOS DEGRADANTES Y LA RESPONSABILIDAD JERÁRQUICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SOBRE TORTURA Y APREMIOS ILEGÍTIMOS EN EL DERECHO INTERNO DE CHILE

Por Elisabeth Matthei Schacht y Marcela Zúñiga Reyes, estudiantes de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Éster Valenzuela, profesora Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Judith Schönsteiner, investigadora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

El Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho ha preparado una serie de informes para el Instituto Nacional de Derechos Humanos. Este es un trabajo que compila diversos estándares aplicables al contexto de violaciones de derechos humanos cometidos en el contexto de la protesta social en Chile.

Esperamos que este documento que ponemos a disposición de toda la comunidad pueda ser de utilidad para las organizaciones de defensa de los derechos humanos y los operadores de la justicia, a fin de investigar y sancionar a los responsables de los actos cometidos. Este constituye un trabajo colectivo de las investigadoras del Centro de Derechos Humanos, profesores de la misma Facultad, abogad@s agredidos de la misma casa de estudio con el apoyo de nuestros y nuestras estudiantes.

I. Regulación nacional sobre tortura y apremios ilegítimos

Nuestra Constitución Política de la República consagra la dignidad de todas las personas en su artículo 1, siendo entonces un principio fundamental de la misma, el respeto a la dignidad de las personas. Asimismo, en el artículo 19 N°1 de la Constitución Política de la República se consagra el derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona, prohibiendo la aplicación de todo apremio ilegítimo.

Diversos tratados aprobados y ratificados por Chile prohíben la tortura y otro tipo de tratos inhumanos o degradantes contra las personas. En ese marco, por ejemplo, la

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura¹.

En agosto del año 2009, está vigente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece como crímenes de lesa humanidad la tortura y otros actos inhumanos de carácter similar². En noviembre del mismo año, la Ley N° 20.357, ley tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, introdujo como crímenes de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, el delito de tortura³, siempre que se realizara bajo ciertas condiciones⁴.

En el ámbito procesal, resulta interesante constatar que el Código Procesal Penal prohíbe la tortura como método de investigación y cualquier otra forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica⁵, y consagra, como derecho del imputado, el derecho a no ser torturado ni sometido a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶.

La N° 20.968, que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, publicada en noviembre de 2016, adecuó nuestra legislación nacional a los estándares de las convenciones internacionales aprobadas por Chile⁷. Esta modificación no solo agregó a nuestro Código Penal (en adelante, también "CP") el delito de tortura, sino también modificó los tipos de apremios ilegítimos y tratos

¹ Vigente en Chile desde 1988, Ley N° 19.567 y promulgada en Chile por el Decreto N° 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 1988.

² Artículo 7. El artículo contiene además una definición de tortura, señalando: "Por "tortura" se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas".

³ Artículo 7º.- Será castigado con la pena de presidio mayor en su grado mínimo a medio, el que, concurriendo las circunstancias descritas en el artículo 1º:

1º. Torturare a otro que se encuentre bajo su custodia o control, infligiéndole graves dolores o sufrimientos físicos, sexuales o mentales. Sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Si además de la realización de las conductas descritas en este numeral se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 397 del Código Penal o la muerte de la persona bajo custodia o control, siempre que el resultado fuere imputable a negligencia o imprudencia del hechor, la pena será de presidio mayor en su grado medio a máximo. [...]

⁴ Artículo 1º.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1º. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2º. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

⁵ Art. 195 del Código Procesal Penal.

⁶ Art. 93 letra h) del Código Procesal Penal

⁷ Moción Parlamentaria, disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5879/>

cruelles, inhumanos o degradantes y modificó los de vejaciones injustas y negativa de servicio, además de disposiciones de otras leyes.

Los delitos de vejaciones injustas (art. 255 CP) y negativa de servicio (art. 256 CP), apremios ilegítimos (arts. 150 D, 150 E y 150 F CP)⁸ y tortura (arts. 150 A, 150 B y 150 C CP)⁹, se encuentran en una escala de gravedad¹⁰, según es posible inferir a partir de la pena prevista para cada uno de ellos. Los delitos son los siguientes:

1. Vejaciones injustas (art. 255 CP) y negativa de servicio (art. 256 CP):

a. Vejaciones injustas (art. 255 CP):

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo: empleado público¹¹ desempeñando un acto del servicio
2. Conducta¹²: cometer cualquier vejación injusta contra las personas

ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)

iii. Pena: reclusión menor en su grado mínimo

b. Agravante: se aumenta la pena en un grado, si la conducta se comete contra:

- i. un menor de edad o persona en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o,
- ii. una persona que se encuentra bajo el cuidado, custodia o control del empleado público

c. Negativa de servicio (art. 256 CP)

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo: empleado público del orden administrativo¹³

⁸ Existiendo una figura base en el artículo 150 D del Código Penal, una figura agravada en el inciso segundo del mismo artículo, y una figura calificada en el artículo 150 E del Código Penal.

⁹ Existiendo una figura base en el artículo 150 A del Código Penal, una figura atenuada en el inciso cuarto del mismo artículo, una figura calificada en el artículo 150 B del Código Penal y una agravante específica en el artículo 150 C del mismo cuerpo legal.

¹⁰ DURÁN, Mario, "Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido", en Polít. Crim., vol. 14, Nº 27 (julio 2019), art. 7, pp. 202 – 241, p. 214, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n27/0718-3399-politcrim-14-27-202.pdf>.

¹¹ Para efectos penales el empleado público se encuentra definido en el art. 260 CP.

¹² No se considerarán como vejaciones injustas las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

¹³ Para efectos penales el empleado público se encuentra definido en el art. 260 CP.

2. Conducta: retardar o negar a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos
 - ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)
 - iii. Pena: suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de 11 a 20 UTM.
2. Apremios ilegítimos (arts. 150 D, 150 E y 150 F CP)
 - a. **Figura base (art. 150 D CP):**
 - i. Tipo objetivo
 1. Sujeto activo:
 - a. empleado público¹⁴, abusando de su cargo o sus funciones; o,
 - b. particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecute
 2. Conducta¹⁵:
 - a. Aplicar, ordenar o consentir en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura; o,
 - b. Conociendo la ocurrencia de esas conductas, no impedir o hacer cesar la aplicación de los apremios o de los tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.
 - ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)
 - iii. Pena: presidio menor en sus grados medio a máximo y accesoria correspondiente
 - b. **Figura agravada (art. 150 D inciso segundo):** Si se comete contra una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por

¹⁴ Para efectos penales el empleado público se encuentra definido en el art. 260 CP.

¹⁵ 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.

discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público.

i. Agravación: se aumenta la pena en un grado.

c. **Figuras calificadas (art. 150 E CP):** si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere, además:

i. Homicidio → pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo

ii. Delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397 N° 1 CP → pena de presidio mayor en su grado medio

iii. Cuasidelitos del art. 490 N° 1 CP → pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo

3. Tortura (arts. 150 A, 150 B y 150 C CP)

a. **Figura base (art. 150 A incisos primero, segundo y tercero CP):**

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo:

a. empleado público, abusando de su cargo o sus funciones

b. particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecute

2. Conducta¹⁶:

a. Aplicar, ordenar o consentir en que se torture*;

b. Conociendo la ocurrencia de esas conductas, no impedir o hacer cesar la aplicación de torturas*, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

* Entendiendo por tortura, todo acto por el cual:

- se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves,
- ya sean físicos, sexuales o psíquicos,

¹⁶ 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.



- con el fin o la razón 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.

ii. Tipo subjetivo:

1. Dolo (directo o eventual)¹⁷

2. Actuar con la razón o el fin de:

- a. obtener de ella o de un tercero, información, declaración o una confesión,
- b. de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido,
- c. o de intimidar o coaccionar a esa persona,
- d. 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,

¹⁷ MATUS, Jean Pierre, RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 198 y ss.

la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

iii. Pena: presidio mayor en su grado mínimo

b. **Figura atenuada (art. 150 A inciso cuarto CP):** mismos requisitos que figura anterior,

i. Pero, si se entiende por tortura:

1. La aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad, disminuir la voluntad o la capacidad de discernimiento o decisión de la víctima

2. Con alguno de los fines de la figura base

ii. Pena: presidio menor en su grado máximo

c. **Figura calificada (art. 150 B CP):** si con ocasión de la tortura se cometiere además:

i. Homicidio → pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado

ii. Delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397 N° 1 CP → pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo

iii. Cuasidelitos del art. 490 N° 1 CP → pena de presidio mayor en su grado medio

d. **Agravación (art. 150 C CP):** si se tortura a otro que se encuentra, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo la cuidado, custodia o control del sujeto activo

i. Agravación: se excluye el mínimo o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda.

Es importante tener presente que la ley N° 20.968 introdujo el delito de tortura en nuestro Código Penal, sin perjuicio de que la ley N° 20.357 ya había tipificado el delito de tortura, pero como crimen de lesa humanidad. Esa ley contiene una definición diferente y requisitos diferentes para que la tortura sea entendida como crimen de lesa humanidad, como, por ejemplo, que se trate de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil, y que responda a una política de Estado o de sus agentes u

otros, requisitos que no son necesarios para la configuración del delito de tortura previsto y sancionado en el Código Penal.

II. Bien jurídico protegido

En la Historia de la ley se menciona como bien jurídico protegido el correcto ejercicio de la función de quienes tienen la legitimidad para ejercer la fuerza¹⁸; la dignidad humana¹⁹; la integridad personal²⁰; la libertad, la integridad moral, la seguridad personal de los individuos y la confianza de la ciudadanía en el buen y normal funcionamiento de la Administración²¹; la integridad física o psíquica y sexual de la persona y el correcto funcionamiento de la Administración²²; la dignidad y la Administración pública²³.

Pese a la disparidad de criterios, es posible apreciar que, a diferencia de cómo se podía entender el delito de apremios ilegítimos con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, ya no se requiere una afectación concreta o material a la integridad física, sino que el tipo es más amplio que aquello.

Ese cambio ha sido captado por la doctrina, que con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley N° 20.968, entendía que los delitos del párrafo 4 del Título Tercero del Libro Segundo del Código Penal protegían la libertad y seguridad de las personas, principalmente, debido a que tenían como requisito que la persona se hallara privada de libertad. Habiéndose eliminado con la mencionada ley tal requisito, ha modificado la doctrina esa postura, sosteniendo hoy, por ejemplo, que el bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica y la vida²⁴ o la integridad moral²⁵, ligada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad²⁶.

¹⁸ Historia de la ley, p. 8 y 179

¹⁹ Historia de la ley, p. 104, 121, 161 y 295.

²⁰ Historia de la ley, p. 129, 283 y 285.

²¹ Historia de la ley, p. 179.

²² Historia de la ley, p. 185 y 238 disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

²³ Historia de la ley, p. 288.

²⁴ MATUS, RAMÍREZ, ibíd. p. 191.

²⁵ DURÁN, Mario, "Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido", en Polít. Crim., vol. 14, N° 27 (julio 2019), art. 7, pp. 202 – 241, p. 205, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n27/0718-3399-politcrim-14-27-202.pdf>.

²⁶ Ibíd. DURÁN, p. 209.

III. Delimitación entre figuras de vejaciones injustas, apremios ilegítimos y torturas

Con la determinación de un bien jurídico protegido común para estas figuras y la similitud en los requisitos requeridos respecto del sujeto activo, además de las semejanzas en las descripciones típicas de las conductas, se hace necesario encontrar elementos que permitan determinar qué tipo debe aplicarse en cada situación.

1. Según la gravedad del hecho

Si se sostiene que el bien jurídico protegido es el mismo, es posible considerar, de acuerdo con la pena impuesta a cada uno de estos delitos, que el delito de torturas es más grave que el de apremios ilegítimos y que éste, a su vez, es más grave que el de vejaciones injustas. El tenor literal de los artículos 150 D y 255 del Código Penal excluye la posibilidad de una aplicación conjunta de los tres delitos²⁷. Así, se excluye la aplicación del artículo 255 CP, cuando los hechos son constitutivos de los delitos de vejámenes injustos o de tortura, y la aplicación del delito de vejámenes injustos, si los hechos son constitutivos del delito de tortura²⁸.

Una primera forma de determinar entonces cuál es la figura aplicable, dice relación con la gravedad de los hechos.

2. Según si se trata de dolores o sufrimientos graves o se trata de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión

La ley define lo que el Código penal entiende por torturas en los incisos tercero y cuarto del Código Penal, para lo cual utiliza un criterio objetivo y uno subjetivo.

²⁷ El inciso final del artículo 150 D del Código Penal dispone: 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. Por su parte, el artículo 255 establece que no se aplicará la pena prevista en ese artículo para quien realice vejaciones injustas, si el hecho es "constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste". Esta frase se agregó debido a la intervención en la discusión de Héctor Hernández, quien se refirió a la necesidad de delimitación de los tipos penales. Historia de la ley N° 20.968, p. 164 y s.

²⁸ MATUS, RAMÍREZ, *Ibid.*, p. 199.

En el plano objetivo requiere que se trate: (i) de la causación de dolores o sufrimientos graves; o, (ii) de la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad, o su capacidad de discernimiento o decisión²⁹.

Respecto a cuándo los dolores o sufrimientos pueden ser calificados como "graves", puede recurrirse a criterios de valoración jurídico-sociales³⁰, o criterios como la duración, método o modo en que se infligió el dolor o sufrimiento, o los efectos que se pretendía causar, y las características de la víctima³¹.

Por su parte, respecto a cuándo se entiende que se anula la personalidad, se mencionó como ejemplos en la Historia de la ley N° 20.968, "la administración de un psicofármaco que suprima la voluntad"³². Como casos en que se busca la disminución de la capacidad física o mental de la víctima, podrían considerarse casos de privación de sueño o alimentación de la víctima³³.

Cabe señalar, en todo caso, 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 torturas³⁴.

No es requerido tampoco que la conducta del sujeto realice algún delito adicional como el de lesiones, coacciones, amenazas o delitos de carácter sexual³⁵. Es más, el hecho de que se produzca alguno de estos delitos con ocasión de torturas da lugar a la aplicación del tipo calificado de torturas, previsto y sancionado en el artículo 150 B del Código Penal.

Por último, no puede entenderse como requisito que el sujeto se encuentre privado de libertad, puesto que, después de la reforma de la ley N° 20.968, no se requiere la privación de libertad de un sujeto para la configuración de ninguno de los tres delitos

²⁹NASH, "Alcance del concepto de tortura", p. 9, disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142667/Alcance-del-Concepto-de-Tortura.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁰DURÁN, p. 218.

³¹Informe de la Defensoría Penal Pública, haciendo referencia fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bueno Alves vs. Argentina (disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/13687.pdf>).

³²Historia de la ley N° 20.968, p. 173

³³Informe de la Defensoría Penal Pública, p. 42 y s.

³⁴DURÁN, p. 217.

³⁵DURÁN, p. 217.

en cuestión³⁶. Sin perjuicio de que **ejecutar los delitos estando el sujeto privado de libertad o bajo el cuidado, custodia o control del sujeto activo, pueda constituir una agravante respecto de estos delitos**³⁷.

3. Según si el acto se realizó con algún fin o razón

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 A del Código Penal, para estimar que los hechos son constitutivos de tortura, es importante no solo la realización de una conducta que conlleve una afectación física, sexual o psíquica, sino que aquella se realice con una finalidad específica.

Las finalidades o razones que la ley prevé como necesarias para la configuración del delito son las siguientes:

- obtener de la víctima o de un tercero, información, una declaración o una confesión,
- castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido,
- intimidar o coaccionar a la víctima,
- 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 discapacidad³⁸.

Cabe tener presente que el requisito que el legislador impone es únicamente la concurrencia de uno de los fines o razones (de forma alternativa, no copulativa³⁹) como tendencias internas del sujeto activo que no requieren ser conseguidos para la consumación del delito⁴⁰.

Esta tendencia interna solo debe existir en el sujeto activo en el delito de tortura, por lo que también es un elemento útil para esclarecer el tipo a aplicar en un caso concreto⁴¹.

³⁶ DURÁN, p. 230.

³⁷ Artículos 150 C del Código Penal.

³⁸ Esclarecedora para la comprensión de esta razón resulta la ley N^o 20.609.

³⁹ Informe de la Defensoría Penal Pública, p. 44.

⁴⁰ DURÁN, p. 233.

⁴¹ Durante la tramitación de la ley Héctor Hernández se refirió a este elemento como uno de los que permitirían delimitar el tipo a aplicar. En Historia de la ley N^o 20.968, p. 165. En doctrina española, se ha referido a ello, por ejemplo, SILVA, Rodrigo, "Los "sufrimientos" del delito de tortura", p. 85 y s., disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/download/2875/2904/0>

IV. La distinción entre tortura, penas y tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos

La prohibición de la tortura y malos tratos ha sido reconocida por la comunidad internacional en varios instrumentos, desde el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la protección a todas las personas contra la tortura y otros tratos o penales crueles, inhumanos o degradantes, que fue un precedente importante para la aprobación de la Convención Internacional contra la tortura (en adelante CAT); y en el ámbito regional, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Todos ellos ratificados y vigentes en Chile.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos han sido reconocidos como normas que priman por sobre la legislación interna, en virtud del artículo 5° inciso segundo de la Constitución, que dispone: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. 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”. En este sentido, la Corte Suprema ha declarado que “en definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos” (S.C.S Rol 3125-04 de 13.3.2007, considerando trigésimo nono). Para los tribunales, eso significa proceder según la interpretación conforme en base a las obligaciones internacionales.

La tortura, pena y tratos crueles, inhumanos o degradantes constituyen diferentes formas de afectar el derecho a la integridad personal. Sin embargo, en la práctica se han realizado esfuerzos por diferenciar conductas y elementos de cada una, como también instar por su tratamiento indiferenciado. En el primer caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) ha elaborado una escala de gravedad.

Al respecto, es 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.

1. Los elementos constitutivos de tortura para la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, determinó los siguientes elementos para calificar una conducta como tortura: "a) Un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito."⁴²

Con el objetivo de conocer el tratamiento que tanto la Corte IDH como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) da dado a la tortura, siguiendo su metodología casuística, es posible destacar las siguientes materias en las cuales se han aplicado los elementos constitutivos originados en el caso señalado.

1.1 Violencia sexual en mujeres

El primer caso en que la Corte IDH aplica los elementos del caso argentino es el caso *Fernández Ortega vs. México*, que se refiere a la responsabilidad del Estado por la violación sexual cometida por parte de agentes militares. La Corte IDH reconoce que la violación sexual causa un sufrimiento severo a la víctima, aun cuando no existan secuelas físicas⁴³, y que al igual que la tortura persigue fines tales como intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.⁴⁴ Además, la Corte IDH "considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales (...) Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la

⁴² Corte IDH, *Caso Bueno Alves vs. Argentina*, sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 79.

⁴³ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, sentencia de 20 de agosto de 2010, párr. 125.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 127.

intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos”.⁴⁵

La Corte IDH ha incorporado el factor de reiteración y sistematicidad en la violencia sexual en mujeres, en el reciente caso “mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México”. En primer lugar, la Corte IDH dio cuenta que “dada la naturaleza sexual de la violencia ejercida, la repetición y similitud de los actos cometidos en contra de las distintas mujeres, así como las amenazas e insultos que profirieron en su contra, para la Corte es evidente que dichos actos fueron intencionales”.⁴⁶ En segundo lugar, el Tribunal constató la gravedad de los casos de violencia sexual que son cometidos por agentes policiales que abusan de su poder y se aprovechan de la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentren bajo su custodia.⁴⁷ Las once víctimas del caso fueron amenazadas reiteradamente con ser asesinadas y violadas, cuestión que la Corte IDH reconoce como experiencias traumáticas que pueden dejar severas consecuencias físicas y psíquicas, al dejar a la víctima humillada, situación difícil de ser superable con el mero paso del tiempo.⁴⁸

En último lugar, en relación con el objetivo de la conducta, la Corte constató que “la violencia ejercida contra las once mujeres tenía el objetivo de humillarlas, a ellas y a quienes asumían eran sus compañeros de grupo; de atemorizarlas, intimidarlas e inhibirlas de volver a participar de la vida política o expresar su desacuerdo en la esfera pública, pues no les correspondía salir de sus hogares, único lugar en el que supuestamente pertenecían de acuerdo a su imaginario y visión estereotipada de los roles sociales (infra párrs. 210 y ss.); pero además tenía el distintivo propósito de castigarlas por osar cuestionar su autoridad, así como en retaliación por las supuestas lesiones sufridas por sus compañeros policías.”⁴⁹

En el caso específico de la violencia sexual, la Corte IDH manifestó que los “manoseos sexuales” es un tipo particular de agresión, que tiene una naturaleza especial puesto que no es posible esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales, por lo que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.⁵⁰ En

⁴⁵ *Ibíd.*, párr. 128.

⁴⁶ Corte IDH, Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 195.

⁴⁷ Corte IDH, Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, sentencia de 28 de noviembre de 2018, párr. 196.

⁴⁸ *Ídem.*

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 197.

⁵⁰ *Ibíd.*, párr. 323.

este sentido, el Tribunal estableció que “la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes. Lo mismo es cierto para los casos de violencia y violación sexual, en los cuales no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de los mismo en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de un examen médico.”⁵¹

1.2 Violencia sexual y discriminación personas LGTBI

La CIDH ha establecido que la violencia sexual adquiere un significado particular al ser cometida en contra de personas LGTBI, debido a que es utilizada como medio para sancionar y degradar a las víctimas por su orientación sexual.⁵² Así también lo ha sostenido el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos crueles o penas crueles, inhumanos o degradantes, al señalar que “se ha considerado que los elementos del propósito y la intención de la definición de tortura [...] se reúnen siempre que un acto está motivado por el género o se ha cometido contra determinadas personas en razón de su sexo, su identidad de género, su orientación sexual real o aparente, o su incumplimiento de las normas sociales relativas al género y la sexualidad”.⁵³ Además, ha recalcado que “los estereotipos de género influyen cuando se quita importancia al dolor y el sufrimiento que ciertas prácticas generan en las mujeres, las niñas y las personas [LGBTI] (...) el género se combina con otros factores e identidades, como la orientación sexual, la discapacidad y la edad, que pueden hacer más vulnerables a las personas frente a la tortura y los malos tratos.”⁵⁴

En el informe de fondo para el caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú, la CIDH aplica el estándar de la Corte IDH, dando cuenta que la víctima fue sometida a actos de violencia física, psicológica y sexual por parte de agentes estatales y de forma deliberada.⁵⁵ Además, sostiene que la severidad de la afectación se evidenció en una secuencia de hechos que se iniciaron con la detención ilegal, arbitraria y discriminatoria, seguida de su traslado a una Comisaría, sin que en ningún momento

⁵¹ *Ibíd.*, párr. 329.

⁵² CIDH. Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América. OAS/Ser. L/V/II.rev.2. Doc. 36. 12 noviembre de 2015, párr. 166.

⁵³ ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párr. 8.

⁵⁴ ONU, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57, 5 de enero de 2016, párr. 9.

⁵⁵ CIDH, Informe No. 24/18, caso N°12.982, párr. 115.

se le dieran a conocer los motivos de su detención. Fue sometida por varias horas a violencia sexual, golpes, desnudez forzada, posiciones forzadas, amenazas y reiterados ataques vinculados con su orientación sexual.⁵⁶ Por último, en relación con el objetivo de la conducta ejecutada por los agentes estatales, la CIDH señala que es del todo claro que “la misma tenía la finalidad de castigar y humillar a la víctima por la orientación sexual con la que era identificada en ese momento.”⁵⁷ Así, la CIDH ha elevado por primera vez un caso sobre violencia sexual a personas LGTBI a la Corte IDH, cuya sentencia se espera en los próximos meses.

1.3 Defensores y defensoras de derechos humanos

La Corte IDH considera que la labor de los defensores y defensoras de derechos humanos es fundamental para el fortalecimiento de la democracia y el Estado de derecho,⁵⁸ por tal motivo, existe un deber especial de protección por parte del Estado.⁵⁹ Del mismo modo, la Corte IDH ha establecido que “el respeto por los derechos humanos en un Estado democrático depende en gran parte de las garantías efectivas y adecuadas de que gocen los defensores de los derechos humanos para desplegar libremente sus actividades, y que es conveniente prestar especial atención a las acciones que limiten u obstaculicen el trabajo de los defensores de derechos humanos”.⁶⁰

La jurisprudencia interamericana ha reconocido que la labor efectuada por los defensores y defensoras de derechos humanos contribuye de manera esencial a la observancia de los derechos humanos⁶¹, puesto que “se trata de actores que complementan el rol de los Estados y del sistema interamericano en su conjunto.”⁶² No obstante, la Corte ha indicado que las normas interamericanas “establecen componentes de múltiples derechos cuya garantía permite que se materialice la labor de las defensoras y defensores”.⁶³ De este modo, el conjunto de estas garantías constituye el medio de realización del derecho a defender derechos humanos, ya que

⁵⁶ CIDH, Informe No. 24/18, caso N°12.982, párr. 116.

⁵⁷ CIDH, Informe No. 24/18, caso N°12.982, párr. 117.

⁵⁸ Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. sentencia del 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 87, y Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala, sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 128.

⁵⁹ Corte IDH, Caso Kawas Fernández vs. Honduras, sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 146, y Caso Defensor de derechos humanos y otros vs. Guatemala, op.cit., párr. 157.

⁶⁰ Corte IDH, Caso Escaleras Mejía y Otros vs. Honduras, sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 56.

⁶¹ Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, párr. 88, y Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 260.

⁶² Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op.cit., párr. 88.

⁶³ Corte IDH, Caso Escaleras Mejía y Otros vs. Honduras, sentencia de 26 de septiembre de 2018, párr. 60.

“permiten un ejercicio libre de las actividades de defensa y promoción de derechos humanos, puesto que solo cuando los defensores y defensoras cuentan con una apropiada protección de sus derechos pueden buscar libremente la protección de los derechos de otras personas”.⁶⁴ Por lo tanto, la Corte ha señalado que “una actuación en contra de una defensora en represalia a sus actividades puede conllevar la violación de múltiples derechos expresamente reconocidos en los instrumentos interamericanos.”⁶⁵ En Chile, no existe protección especial para los defensores y las defensoras, lo que deja en manos de los tribunales incluir el criterio en su examen de proporcionalidad del uso de la fuerza o de la limitación de algún derecho en particular, como la libertad de circulación o la libertad de expresión.

1.4 Niños, niñas y adolescentes

Respecto a la tortura, malos tratos y violencia hacia niños, niñas y adolescentes, el artículo 37 de la CDN indica que los Estados deben velar por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Asimismo, en la Observación General Nº13 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se establece que “no hay ninguna ambigüedad: la expresión ‘toda forma de perjuicio o abuso físico o mental’ no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas”. Por lo tanto, cualquier tipo de tortura o malos tratos ejercidos hacia menores de edad está absolutamente prohibida en el Derecho Internacional, inclusive a aquellos casos que provengan de órdenes de un superior policial y/o militar. De este modo, en caso de su realización es una obligación del Estado investigar y garantizar que ningún acto de dicha naturaleza quede impune.⁶⁶

Adicionalmente se establecen los delitos de maltrato degradante y trato degradante en los artículos 403 bis (inciso primero) y 403 ter del código penal respectivamente en los cuales se establece una protección especial a menores de dieciocho años (junto a personas adultos mayores y personas en situación de discapacidad) señalándose que “El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Ídem.

⁶⁶ Ver Compilación de recomendaciones al Estado de Chile de los órganos del sistema universal y del sistema interamericano de Derechos Humanos. (2012) Pág. 41. INDH: Santiago de Chile.

discapacidad en los términos de la ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad. A su vez el 403 ter establece que “El que sometiere a una de las personas referidas en los incisos primero y segundo del artículo 403 bis a un trato degradante, menoscabando gravemente su dignidad, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo”

La tipificación de ambos delitos (maltrato relevante y trato degradante reconocen que existen ciertas situaciones de maltrato que merecen una mayor protección penal. Sancionándose todos aquellos maltratos y abusos no constitutivos de lesiones

En el caso del Maltrato relevante se establece que basta un acto de maltrato corporal único “relevante” para que se configure el delito y no se exige que el maltrato cause un daño (resultado de lesión corporal) en la integridad física del ofendido.

Ambos delitos son de acción penal pública susceptible de iniciarse con una denuncia o de oficio por el Ministerio Público.

V. Responsabilidad jerárquica en el derecho internacional, particularmente, el derecho internacional de los derechos humanos

La responsabilidad por el mando o por el superior jerárquico es una forma de imputación de responsabilidad penal por omisión que ha sido desarrollada inicialmente en el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario. Se fundamenta en la obligación jurídica que todo superior, civil o militar, debe adoptar las medidas necesarias y razonables para prevenir, reprimir y someter a las autoridades competentes los delitos cometidos por sus subordinados.⁶⁷ En cuanto a la responsabilidad penal por dar órdenes para o inducir la violación de los derechos humanos (por ejemplo, artículo 6(a) de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas), ésta es directa y no suele abarcarse dentro del concepto de “responsabilidad jerárquica”, tal como lo estipula también el artículo 150D del Código Penal de Chile. La obligación de los órganos de

⁶⁷ OLASOLO, Héctor, Tratado de Autoría y Participación en Derecho Penal Internacional, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 767.

aplicar estos criterios en la investigación y en las resoluciones judiciales, abarca ambas hipótesis de responsabilidad de un superior jerárquico.

1. Definiciones

Con la entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) que se delimita y describe los elementos de la responsabilidad jerárquica por omisión. Se consagra en el artículo 28 de dicho Estatuto, el que dispone:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar **será penalmente responsable** por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, **en razón de no haber ejercido un control apropiado** sobre esas fuerzas cuando: i) **Hubiere sabido o**, en razón de las circunstancias del momento, **hubiere debido saber** que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) **No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables** a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

En la actualidad, la responsabilidad jerárquica se considera un principio de derecho internacional de los derechos humanos aplicable a superiores civiles no militares,⁶⁸ incluso en relación con violaciones a los derechos humanos que no constituyan crímenes internacionales, con la exigencia de que dicho superior tenga un control efectivo sobre sus subordinados: "cada superior civil ejerce un control efectivo sobre sus subordinados, es decir, tiene la capacidad material de prevenir o castigar la conducta criminal de los subordinados, puede ser considerado responsable de conformidad con el Artículo 6 (3) del Estatuto."⁶⁹

Este estándar fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, en el caso de las mujeres de Atenco vs. México, incorporando además, como forma de reparación a las víctimas del caso, el deber del Estado de "investigar los posibles vínculos entre los responsables directos y sus superiores jerárquicos en la comisión de los actos de tortura, violencia sexual y violación sexual, individualizando

⁶⁸ Walsh, Patrick and Berry, Joshua, Expanding Command Responsibility Beyond War: The Application of the Doctrine of Command Responsibility to Human Rights Law (January 18, 2017). 11 Liberty Univ. L. Rev. 423 (2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2901512> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2901512>

⁶⁹ Sentencia de la Sala de Apelación, IT- 99-52-A, Nahimana et al. (Media case) v. The Prosecutor. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 28 de noviembre de 2007, párr. 605.

los responsables en todos los niveles de decisión sean federales, estatales o municipales.”⁷⁰

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido a este principio a propósito de la responsabilidad penal objetiva al señalar que éste “no impide el procesamiento de personas con base en elementos de la responsabilidad penal individual tales como la complicidad o la incitación, ni impide responsabilizar a una persona sobre la base de la doctrina claramente establecida de la responsabilidad superior”.⁷¹

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido los mismos principios en reiteradas ocasiones:

- **Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias:** Principio 19: (...) Los funcionarios superiores, oficiales u otros funcionarios públicos podrán ser considerados responsables de los actos cometidos por funcionarios sometidos a su autoridad si tuvieron una posibilidad razonable de evitar dichos actos. En ninguna circunstancia, ni siquiera en estado de guerra, de sitio o en otra emergencia pública, se otorgará inmunidad general previa de procesamiento a las personas supuestamente implicadas en ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias.⁷²
- **Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:** Principio 24: Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieran haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.⁷³
- **Conjunto de principios actualizados para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad:** Principio 27 b) El hecho de que las violaciones hayan sido cometidas por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad, en particular penal, si éstos sabían o tenían motivos para saber, en unas circunstancias determinadas, que dicho subordinado estaba cometiendo, o iba a cometer dicho delito y si no tomaron todas las medidas necesarias para impedir o castigar el delito.⁷⁴

⁷⁰ Corte IDH, Caso mujeres de Atenco vs. México, párr. 338.

⁷¹ CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, documento de la Organización de los Estados Americanos OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., de 22 de octubre de 2002, párrafo 227.

⁷² Resolución 1989/65 del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 24 de mayo de 1989.

⁷³ Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

⁷⁴ Resolución E/CN.4/2005/102/Add.1 Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 8 de febrero de 2005.

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, señala de forma explícita los mismos elementos consagrados en el Estatuto de Roma respecto a la responsabilidad jerárquica:

Los Estados Partes tomarán las medidas necesarias para considerar penalmente responsable por lo menos: a) A toda persona que cometa, ordene, o induzca a la comisión de una desaparición forzada, intente cometerla, sea cómplice o participe en la misma; b) Al superior que: i) **Haya tenido conocimiento de que los subordinados bajo su autoridad y control efectivos** estaban cometiendo o se proponían cometer un delito de desaparición forzada, o haya conscientemente hecho caso omiso de información que lo indicase claramente; ii) **Haya ejercido su responsabilidad y control efectivos sobre las actividades** con las que el delito de desaparición forzada guardaba relación; y iii) **No haya adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir** que se cometiese una desaparición forzada, o para poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.⁷⁵

El Comité de Naciones contra la Tortura de Naciones Unidas ha reconocido también el principio indicando que “los superiores jerárquicos, funcionarios públicos incluidos, no pueden [...] sustraerse a la responsabilidad penal por los actos de tortura cometidos o los malos tratos infligidos por sus subordinados si sabían o debían haber sabido que esas conductas inaceptables estaban ocurriendo o era probable que ocurrieran, y no adoptaron las medidas razonables y necesarias para impedirlo”.⁷⁶

Previo a analizar los elementos de la responsabilidad jerárquica en el derecho nacional, es importante señalar que Chile ratificó el Estatuto de Roma el 30 de mayo de 2009, entrando en vigor en el ordenamiento nacional por medio de la ley N°20.352 el 1 de septiembre del mismo año. Como consecuencia de lo anterior, se tipifica la Ley N°20.357 que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, que consagra en sus artículo 35 y 36 la responsabilidad jerárquica:

Artículo 35.- Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que, teniendo conocimiento de su comisión por otro, **no la impidieren, pudiendo hacerlo**. La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

⁷⁵ Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, artículo 6.

⁷⁶ Comité contra la Tortura de la ONU. Observación General No. 2, 24 de enero de 2008, CAT/C/GC/2, párr. 26.

Artículo 36.- La orden de cometer una acción o de incurrir en una omisión constitutiva de delito conforme a esta ley, así como la orden de no impedir las, impartida por una autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, a un subalterno, **lo hace responsable como autor.**

Si la orden no fuere cumplida por el subalterno, la autoridad o jefe militar o el que actúe efectivamente como tal, responderá en todo caso como **autor de tentativa de dicho delito.**

Además de esta incorporación de los estándares del derecho penal internacional, es menester señalar que la misma lógica aplica, en virtud de las obligaciones contraídas en el derecho internacional de los derechos humanos, para los delitos y crímenes cometidos por parte de policías o militares, aunque éstos no constituyan crímenes de lesa humanidad o crímenes internacionales. En este sentido, la interpretación de las disposiciones del Código Penal y Código Procesal Penal debe realizarse a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y la jurisprudencia internacional respectiva (artículo 5º inciso 2º Constitución).

2. Elementos de la responsabilidad jerárquica en el derecho penal internacional

Siempre teniendo presente la aplicación de los estándares del derecho penal internacional, *mutatis mutandi*, a delitos que no constituyan crímenes internacionales pero sí violaciones a los derechos humanos en virtud de los tratados de derechos humanos ratificados por Chile, elaboraremos en seguida los elementos de la responsabilidad jerárquica.

El artículo 28 del señalado Estatuto da cuenta de los siguientes elementos: (a) la existencia de una relación superior-subordinado; (b) la omisión por el superior de su obligación jurídica de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir o someter a la autoridad competente los delitos de sus subordinados (elemento objetivo); (c) el conocimiento que el superior tenía o debiera haber tenido de dichos crímenes internacionales (elemento subjetivo); y d) en el caso de omisiones al deber de prevenir, se exige un nexo causal entre la omisión del superior y los delitos cometidos por sus subordinados.

Relación superior jerárquico - subordinado

La jurisprudencia de la CPI ha establecido que no es necesario identificar a los responsables individuales por la comisión de los delitos, sino que es suficiente

especificar a qué grupo pertenecían al momento en que ocurrieron los hechos, junto con demostrar la existencia de la relación de subordinación entre el superior jerárquico y el grupo en cuestión.⁷⁷

Por otro lado, tampoco resulta necesario que los subordinados sean autores materiales, autores mediatos o coautores de delito, sino que basta que sean responsables penalmente bajo las siguientes formas de responsabilidad señaladas en el artículo 25 del ECPI:

a) **Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro**, sea éste o no penalmente responsable; b) **Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen**, ya sea consumado o en grado de tentativa; c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, **sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen**, incluso suministrando los medios para su comisión; d) **Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común (...)** e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa; f) **Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad**. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consuma no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

El artículo 28 exige un control efectivo, concepto que ha sido definido como la capacidad material de prevenir o reprimir la comisión de delitos por los subordinados, o, en su caso, de enviar la cuestión a las autoridades competentes.⁷⁸ De este concepto se desprende que el control no debe ser exclusivo, ya que puede ser compartido con otros superiores⁷⁹, y es más, la responsabilidad penal puede extenderse a los demás

⁷⁷ Sentencia de la Sala de Apelación, IT-97-25, The Prosecutor v. Krnojelac, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 17 de septiembre de 2003, párrs. 170-172; Sentencia de Sala de Apelación, IT-95-15, The Prosecutor v. Blaskic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 29 de julio de 2004, párr. 77; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-95-14/2, The Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 17 de diciembre de 2004, párr. 832; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-01-47, The Prosecutor v. Hadzihasanovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 22 de abril de 2008, párrs. 38-42; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-96-21, The prosecutor v. Mucic et al (Celebici case), Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 20 de febrero de 2001, párr. 400; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párrs. 75-78.

⁷⁸ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 183, Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009.

⁷⁹ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 185. SCSL; Taylor Trial Judgment, para. 6984.

miembros de la cadena de mando, hasta llegar al Jefe de Estado y a su Ministro de Defensa, o al jefe del grupo armado en cuestión.⁸⁰

Un aspecto importante es que la proximidad del superior jerárquico a la escena del crimen no constituye un requisito para establecer la existencia del control efectivo.⁸¹ En este sentido, se deben evaluar las circunstancias del caso, pero per se, no se excluye la responsabilidad.

Otro aspecto para destacar, son los factores que la Corte Penal Internacional ha considerado como indicios de control efectivo: "(i) La posición oficial como comandante dentro de una estructura militar, (ii) el poder para dar órdenes, (iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de las ordenes, (iv) la capacidad para hacer cambios en la estructura, (v) el poder para promover, remover o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas o para iniciar investigaciones, (vi) la autoridad para enviar fuerzas al lugar de las hostilidades y para removerlas, (vii) el acceso directo al equipo de la milicia, así como a sus medios de comunicación, (viii) el control sobre las finanzas, y (ix) la capacidad de representar externamente al grupo."⁸²

La omisión de la obligación jurídica del superior de adoptar todas las medidas razonables y necesarias a su disposición para prevenir, reprimir o enviar a la autoridad competente los crímenes internacionales de sus subordinados

El segundo elemento consiste en evaluar la conducta del superior jerárquico respecto a la adopción de medidas para prevenir, reprimir o enviar los antecedentes a las autoridades competentes de los delitos cometidos por sus subordinados. Al respecto, la CPI ha señalado que para determinar cuáles son las medidas que están al alcance del

⁸⁰ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 179; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-03-68, The Prosecutor v. Oric, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de julio de 2008, párr. 20.

⁸¹ Sentencia de la Sala de Apelación, IT-03-68, The Prosecutor v. Oric, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de julio de 2008, párr. 20. Sobre el test del control efectivo, vid. también: Sentencia de la Sala de Apelación, IT-96-21, The prosecutor v. Mucic et al (Celebici case), Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 8 de abril de 2003, párrs. 197, 256; Sentencia de Sala de Apelación, IT-95-15, The Prosecutor v. Blaskic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 29 de julio de 2004, párr. 67; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-01-48, The Prosecutor v. Halilovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 16 de noviembre de 2005, párr. 58; Sentencia sala de primera instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 76; Sentencia de Primera Instancia, ICTR-97-20, The Prosecutor v. Semanza, Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 15 de mayo de 2003, párr. 402; Sentencia de Primera Instancia, ICTR-99-46-T, The Prosecutor v. Ntagerura, Tribunal Internacional para Ruanda, 25 de febrero de 2004, párr. 628.

⁸² Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 188.

superior es necesario analizar la legislación nacional que regula sus deberes y facultades.⁸³

La CPI ha señalado una serie de medidas de prevención que deberían ser realizadas por el superior, tales como la capacitación de los subordinados en derecho internacional humanitario; ordenar que las conductas de sus subordinados se ajusten a la normativa internacional; suspender, excluir o remover a los subordinados violentos; y adoptar medidas disciplinarias para prevenir la comisión de delitos, entre otras.⁸⁴

Por otro lado, la CPI también se ha pronunciado en relación con las medidas que el superior jerárquico deberían realizar para reprimir los delitos de sus subordinados, tales como poner fin, refrenar o contener la comisión de delitos y sancionarlos a través de procesos disciplinarios y/o penales.⁸⁵

El conocimiento que el superior tenía o debiera haber tenido de los crímenes internacionales de sus subordinados

El ECPI realiza una distinción entre los superiores jerárquicos militares y civiles para la aplicación del elemento subjetivo. Respecto de los civiles, el artículo 28 señala que el superior civil sólo será penalmente responsable si "(...) hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos". Sin embargo, la exigencia de conocimiento actual no se puede presumir, sino que se requiere prueba directa o al menos circunstancial.⁸⁶ Esta última ha sido reconstruida en algunos casos a partir de indicios tales como el número de hechos punibles cometidos por los subordinados; el tiempo en que se desarrollaron; los medios de comunicación

⁸³ Sentencia de Sala de Apelación, IT-95-15, The Prosecutor v. Blaskic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 29 de julio de 2004, párr. 414, que se basó en las regulaciones sobre la aplicación del Derecho Internacional a las Fuerzas Armadas de la República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY) para establecer el deber del superior de informar a las autoridades competentes sobre los crímenes internacionales de sus subordinados. Así mismo, la sentencia de primera instancia en el caso Aleksovski ante el TIPY, párr. 91, 136, tomó en consideración el hecho de que el Derecho de Bosnia y Herzegovina impone un deber cívico sobre todos sus ciudadanos de informar a las autoridades judiciales sobre cualquier delito.

⁸⁴ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 204; Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 438.

⁸⁵ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 207.

⁸⁶ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 191. Vid también Sentencia de Primera Instancia, IT-04-83-7, The Prosecutor v. Delic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 15 de septiembre de 2008, párr. 64; Sentencia de Primera Instancia, IT-95-14/2, The Prosecutor v. Kordic & Cerkez, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 26 de febrero de 2001, párr. 427; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-01-47, The Prosecutor v. Hadzihasanovic, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 22 de abril de 2008, párr. 94.

disponibles; y el lugar en el que se encontraba el superior cuando se produjeron los delitos.⁸⁷

Es importante señalar que la CPI ha indicado que no es necesario que el superior jerárquico conozca la identidad de los individuos que cometieron el delito, o que esté al tanto del detalle de su comisión, ya que esto se hace más difícil conforme se asciende en la cadena de mando.⁸⁸

Para el caso de los superiores civiles, el artículo 28 del ECPI establece como estándar de conocimiento subjetivo “el que deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”. La interpretación de este estándar no ha sido pacífica; por un lado, Olasolo considera, siguiendo a Werle, más adecuada la tesis de imprudencia grave o al menos un supuesto de culpa consciente⁸⁹; y por otro lado, Schabas señala que el estándar exigido permite comprobarse por medio de prueba circunstancial.⁹⁰ Lo anterior porque la CPI no ha abordado la aplicación de este estándar.⁹¹

El nexa causal entre la omisión del superior y los delitos de sus subordinados

⁸⁷ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 193; Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 431; Sentencia Sala de Primera Instancia, IT-96-21, The prosecutor v. Mucic *et al* (Celebici case), Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 20 de febrero de 2001, párr. 386; Sentencia de Primera Instancia, IT-95-15, The Prosecutor v. Blaskic, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de marzo de 2000, párr. 307; Sentencia de Primera Instancia, ICTY-01-42-T, The Prosecutor v. Strugar, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 31 de enero de 2005, párr. 368; Sentencia de la Sala de Apelación, IT-03-68, The Prosecutor v. Oric, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, 3 de julio de 2008, párr. 319; Sentencia de Primera Instancia, ICTR-98-41, The Prosecutor v. Bagosora *et al.* (Military I), Tribunal Penal Internacional para Ruanda, 18 de diciembre de 2008, párr. 2014. En relación con el valor como prueba circunstancial del sistema de información y seguimiento dentro de las estructuras jerárquica dirigida por el superior, Sentencia de Primera Instancia, IT-01-47, The prosecutor v. Hadzihasanovic & Kubura, Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, 15 de marzo de 2006, párr. 94.

⁸⁸ Decisión de confirmación de cargos, ICC-01/05-01/08-424, The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Sala de Cuestiones Preliminares II, Corte Penal Internacional, 3 de julio de 2009, párr. 434.

⁸⁹ OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. Revista Política Criminal, Vol. 13, Nº25 (Julio 2018) Art. 12, p.24 Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A12.pdf

⁹⁰ SCHABAS, William, *An Introduction to International Criminal Law 3ed*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 221.

⁹¹ OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. “La Responsabilidad del Superior en el Acuerdo de Paz en Colombia a la luz del Derecho Internacional”. Revista Política Criminal, Vol. 13, Nº25 (Julio 2018) Art. 12, p. 24.

Si bien la existencia de este nexo causal no ha sido acogida por otros tribunales internacionales⁹², la CPI ha señalado que su existencia se justifica en el principio general de derecho penal que exige que no puede existir responsabilidad penal por un crimen en ausencia de algún nexo personal con éste.⁹³ Por otro lado, la CPI también ha definido el contenido del nexo causa como el incremento del riesgo, en el supuesto de que los subordinados cometan delitos como resultado del incumplimiento de las obligaciones jurídicas del superior.⁹⁴

3. Relación entre responsabilidad jerárquica y responsabilidad institucional

Finalmente, cabe señalar que la responsabilidad penal de integrantes de las fuerzas armadas o de las policías no exime a la institución de responsabilidad administrativa o civil, las que se rigen por sus respectivos estándares de prueba. Esta responsabilidad puede surgir por falta de prevención de violaciones de derechos humanos, por no respetar los derechos humanos o por no protegerlos ante terceros. Los órganos del Estado, según su respectivo mandato, tienen la obligación de investigar tales responsabilidades dentro de su mandato legal y adoptar todas las medidas necesarias para que las violaciones no vuelvan a ocurrir.

4. Aspectos probatorios en casos de responsabilidad institucional

Un aspecto esencial en los casos de tortura y malos tratos lo constituye su dificultad probatoria. Mientras la presunción de inocencia prohíbe condenar a alguien cuya culpabilidad no haya sido debidamente probada, la carga probatoria en relación a la responsabilidad institucional responde a un estándar distinto. Al respecto, tanto la CIDH como la Corte IDH han establecido la existencia de una presunción de responsabilidad del Estado por las lesiones que presente una persona que ha estado bajo cualquier tipo de custodia por parte de agentes estatales. Ante tal situación,

⁹² A pesar de que la sentencia de primera instancia del TIPY en el caso *Delalic et al.* exigió la existencia de un nexo causal entre la no omisión del deber de prevenir del superior y la comisión de los crímenes internacionales por los subordinados, la Sala de Apelaciones del TIPY ha rechazado esta interpretación en las sentencias de apelación en el caso *Blaskic* (párr. 77), *Krnjelac* (párrs. 170-172) y *Hadzihasanovic et al.* (párrs. 38-40).

⁹³ Sentencia de Primera Instancia, ICC-01/05-01/08-3343, *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sala de Primera Instancia III, Corte Penal Internacional, 21 de marzo de 2016, párr. 213.

⁹⁴ *Ídem*.

existe la obligación del Estado de entregar una explicación satisfactoria y convincente de los hechos y desvirtuar tales alegaciones por medio de prueba adecuada.⁹⁵

En el caso *J. vs. Perú*, la Corte IDH estableció que para dar cuenta de que se ha producido una violación de derechos “no es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios, sino que es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste”⁹⁶. La Corte además, señaló la legitimidad del uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones como elementos válidos para fundamentar una sentencia, con la condición de que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.⁹⁷

⁹⁵ CIDH, Informe No. 24/18, caso N°12.982, párr. 94.

⁹⁶ Corte IDH, Caso *J. vs. Perú*, sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 305.

⁹⁷ *Ibid.*, párr. 306.