
COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

**TORTURAS, TORMENTOS O APREMIOS ILEGÍTIMOS Y
OTROS**

14 de septiembre de 2019
Recursos de nulidad

María Inés Horvitz Lennon¹

Por sentencia de 14 de septiembre de 2019, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (TOP) de Santiago condenó al carabinero F. A. R. a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias legales correspondientes, por su responsabilidad en calidad de autor en los delitos reiterados de falsificación de instrumento público (artículo 193 N° 4 del Código Penal), acaecidos en Santiago los días 7 y

¹ **MARÍA INÉS HORVITZ LENNON.** Abogada Consejera del Consejo de Defensa del Estado.

Dada la larga extensión de los fallos comentados, ellos no se han incorporado físicamente a la presente revista. Dichas decisiones son las siguientes: sentencia pronunciada por el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de fecha 14 de septiembre de 2019, cuya Sala estuvo integrada por los Magistrados Sr. Juan Carlos Urrutia Padilla, Sra. Carolina Herrera Sabando y Sra. Romina Onetto Bertin, los dos primeros titulares de este tribunal y la última en calidad de interina (rol único 1700492941-1, rol interno 305.2019) más el correspondiente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de diciembre de 2019, redactado por el Ministro Sr. Alejandro Rivera Muñoz, rol ingreso Corte N° 5.499-2019, que rechazó los recursos de nulidad deducidos por las defensas de los sentenciados en contra de la decisión del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago mencionada.

25 de mayo de 2017, y también a la pena de diecisiete años de presidio mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena por su participación en calidad de autor en el delito de tormentos o apremios ilegítimos en contra de W. R. N. y en los delitos reiterados de torturas en las personas de C.C.C., G.Z.R. y E.G.U. (artículo 150 A del Código Penal), acaecido el primero en Santiago el día 7 de mayo de 2016; mientras que los tres restantes ocurrieron los días 6 (los dos primeros) y 25 (el tercero) de mayo de 2017 en la comuna de Estación Central. Por ser más favorable que el artículo del 74 Código Penal, el TOP aplicó respecto de F.A.R. la regla de determinación de pena contemplada en el inciso segundo del artículo 351 del Código Procesal Penal, aumentando la pena en dos grados, llegando así a la pena de presidio mayor en su grado máximo. En el caso del carabinero R.M.C. la sentencia lo condenó a ocho años de presidio mayor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes, por su responsabilidad que en calidad de autor le correspondió en el delito de torturas, en la persona de G. Z. R., ilícito previsto y sancionado el artículo 150 A del Código Penal, en grado de consumado, acaecido en Estación Central el día 6 de mayo de 2017. Con fecha 30 de diciembre de 2019, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó los recursos de nulidad interpuestos por los condenados.

En lo que sigue me haré cargo únicamente de la problemática referida a los delitos de tortura y de aplicación de tormentos y apremios ilegítimos respecto del principal condenado, el carabinero F. A. R., apodado “el Nazi”, pues a él se le imputaron hechos bajo dos estatutos punitivos temporalmente diferentes que hacían aplicables normas de sanción cuya demarcación típica es la que motiva y justifica este comentario. Se omitirá, por consiguiente, toda referencia a la condena por delitos reiterados de falsificación ideológica de los partes policiales y a la absolucón de los cargos por delitos de detención ilegal y de amenazas.

Esquemáticamente y en lo pertinente, los hechos probados fueron los siguientes:

Que el día 7 de mayo de 2016 aproximadamente a las 19:30 horas en las inmediaciones de la Plaza Argentina de la comuna de Estación Central y mientras W. R. N. se encontraba realizando labores como comerciante ambulante, sin el debido permiso municipal, es trasladado por la fuerza por el F. A. R., junto a otro funcionario policial, hacia el bus de Carabineros conocido como “piquete”. Una vez que W. R. N. se encontraba al interior de dicho vehículo, F.A.R. procedió a insultarlo, mientras lo golpea con su bastón institucional en el estómago y tórax, siendo golpeado nuevamente por el imputado con un golpe de puño en su ojo derecho, cayendo la víctima al suelo. F.A.R. presiona con sus piernas el pecho de la víctima y lo toma fuertemente con sus manos del cuello. Luego saca su pistola y le dice cuando quiera venga a hacerle algo porque “con ésta me defiendo de huevones como vos”. Estos golpes generaron en W. R. N. contusiones torácicas, contusión cervical anterior y contusión en su ojo derecho, así como un trastorno de adaptación con ánimo ansioso. Posteriormente W.R.N. es trasladado a constatar lesiones al SAPU Raúl Yazigi y luego a dependencias de la 21° Comisaría de Estación Central. Mientras estaba al interior de dicha comisaría, F.A.R. le dice “te voy a mandar en cana chinche conche tu madre, te voy pa la fiscalía”.

Que, el día 6 de mayo de 2017 aproximadamente a las 13:45 horas en las inmediaciones de la plaza Argentina comuna de Estación Central, C. C. C. se encontraba realizando labores de comercio ambulante sin el debido permiso municipal, siendo trasladada por funcionarios policiales al mando del F. A. R. al bus institucional conocido como “piquete”. Una vez que la víctima ingresa al vehículo, se cierra la puerta detrás de ella y manteniéndose en ese lugar a solas con el imputado, éste le señala “aquí llegaste maraca conche tu madre”, la toma de su ropa y la lanza hasta el fondo del bus. Posteriormente la toma con sus manos fuertemente del cuello intentando asfixiarla, tomándola del pelo, sacándole un mechón de raíz y golpeándola con sus puños en la cabeza. Esta violenta agresión sólo culminó cuando se escucharon golpes en la puerta del piquete mientras la víctima le decía al imputado que esta situación no se quedaría así. F.A.R. le contestó que nadie le iba a creer porque no tenía testigos y que la iba a cagar, que “en cuanto te pesquen voy a cargarte para pasarte detenida”. Posteriormente, funcionarios de Carabineros subieron al bus institucional a G. Z. R. y a su pareja, ambos comerciantes ambulantes.

Una vez en el interior, se percataron que se encontraba en el lugar la víctima C.C.C., quien estaba llorando y le contó que F.A.R. le había pegado. Cuando G.Z.R. le pregunta al imputado por qué le había pegado éste le responde “que te metí vos chanco culiao”. Acto seguido F.A.R. le ordena R. M. C. que golpear a G.Z.R..R.M.C. procede a golpear a la víctima en diversas partes del cuerpo con golpes de pies y puños y con el bastón institucional y posteriormente el imputado F.A.R. también procede a golpear a G.Z.R. con golpes de puños y patadas en el cuerpo. Finalmente, todos son trasladados a dependencias de la 21° Comisaría de Estación Central ubicada en Avenida Ecuador N° 4050 donde son dejados en libertad. Las agresiones provocadas por los imputados produjeron en C. C. C., observación TEC, laceraciones y rasguños en el cuello, pérdida de cabello y dolor en cuero cabelludo y un trastorno de adaptación con ánimo ansioso. Respecto de G. Z. R., observación TEC, rasguño en cuello y laceraciones en cuello, siendo diagnosticado con un trastorno por estrés traumático.

Que, el día 25 de mayo 2017, aproximadamente a las 15:30 horas, en las inmediaciones de la plaza Argentina en Estación Central, E. G. U. fue sometido por funcionarios de Carabineros bajo el mando del imputado F.A.R. a un control de identidad, al demorarse en exhibir su cédula de identidad producto del nerviosismo, el imputado F.A.R. se la arrebató de las manos y junto a otras dos funcionarias de carabineros conducen violentamente a la víctima hasta el bus institucional estacionado en el lugar conocido como “piquete”. Una vez que la víctima se encontraba al interior del bus el imputado F.A.R. lo golpea en distintas partes del cuerpo con golpes de pies y puños. Luego, comienza a golpearlo con más fuerza con su bastón institucional, en la espalda, en sus costillas y lo golpeó con su bastón en la cabeza hasta que pierde el conocimiento. Después que la víctima recuperó el conocimiento, recibe la devolución de su billetera percatándose que le faltaba dinero. F.A.R.. tomó a E. G. U. fuertemente con sus manos del cuello, casi asfixiándolo y le dijo que si lo acusaba por lo ocurrido lo mataría. Finalmente, el imputado F.A.R. ordenó la liberación de la víctima y entrega la boleta citación N° 276.060, de fecha 25 mayo 2017, donde se señala que queda citado al 2° Juzgado de Policía Local de Estación Central por la infracción de “ejercer el comercio ambulante en la vía pública sin permiso municipal”, documento

extendido por instrucción del propio imputado y suscrito por él dando cuenta de hechos sustancialmente falsos. Las agresiones provocadas por F.A.R. produjeron en la víctima las siguientes lesiones: hematoma perioccipital derecha, dolor en cuello, múltiples lesiones de hemicuello izquierdo, equimosis, lesión costrosa en lado izquierdo, múltiples contusiones pequeñas y escoriaciones en región torácica derecha, dos hematomas con escoriaciones ovaladas muy dolorosas a la palpación de carácter menos grave. Además de lo anterior, esta agresión afectó la pieza dental N° 19, la cual debió ser extraída y le generó un trastorno adaptativo por estrés postraumático.

El dato temporal en esta causa es relevante, pues uno de los hechos enjuiciados ocurre con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 20.968, el 11 de noviembre de 2016, mientras que los demás acaecen después de ese hito legal. En efecto, hasta esa fecha se contemplaba, en el inciso primero del artículo 150 A del Código Penal, el denominado delito (base) de aplicación de tormentos o apremios ilegítimos cuya introducción al sistema punitivo nacional se debió a la ley 19.567, de 1998. La ley que introdujo ex novo el delito de tortura en el artículo 150 A del Código Penal planteó desde un comienzo la interrogante interpretativa acerca de cuál de las nuevas normas de sanción ubicadas en el párrafo IV del Título III del Libro II representaba la continuidad normativa del antiguo delito de aplicación de tormentos, cuestión de particular importancia a la luz de la postura de un sector significativo de la doctrina que postulaba que el delito de aplicación de tormentos o apremios ilegítimos vigente hasta la reforma de la Ley N° 20.968 constituía un auténtico delito de tortura.

Sin embargo, junto con el de tortura se estableció, en el nuevo artículo 150 D del Código Penal, un delito de menor gravedad cuya punibilidad quedó sometida a una cláusula de subsidiariedad expresa respecto del primero (“aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura”) de modo que comenzó a hacerse imperioso identificar criterios de demarcación entre ambas normas de sanción. De allí que resultara del mayor interés comprobar en este caso bajo cuál de los tipos penales eventualmente concurrentes cabía efectuar la subsunción de los hechos de la causa.

Tanto el fallo del TOP como el de la Corte de Apelaciones (ICA) hicieron expresa referencia al origen de la modificación legal operada en 2016. La Corte recogió el reconocimiento del tribunal oral en el sentido que ella obedeció a la necesidad de conciliar la legislación nacional con los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Chile que regulan la materia, en particular la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Esta Convención define tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. Si se examina la norma de sanción del artículo 150 A del Código Penal, actualmente vigente, el legislador chileno introdujo el delito de tortura bajo la premisa de que se trataba de un mandato de tipificación de las Convenciones, pues a diferencia del texto del inciso primero del antiguo artículo 150 A, ahora no existe una sustancial incongruencia semántica con la definición convencional de tortura.

Sin embargo, en su considerando noveno, la sentencia del TOP entiende que la voz tormento e, incluso, el apremio ilegítimo son equivalentes del vocablo tortura. Para sostener tal afirmación, el fallo expresa:

“[q]ue la voz tormento, se define en el Diccionario de la Real Academia Española como la acción o efecto de atormentar, y en las siguientes acepciones, se equipara a la angustia o dolor físico, congoja o aflicción, dicho de otro modo, sufrimiento. Por otra parte, el vocablo apremio, se define como la acción de apremiar, que a su vez se describe como “dar prisa, compeler a alguien a que haga algo con prontitud”. Luego, apremiar ilegítimamente dice relación con la acción de compeler por medios espurios, indebidos, ilícitos, a una persona para realizar algo. De ahí que tanto los tormentos como los apremios ilegítimos pueden

relacionarse con la noción de tortura del Derecho Internacional, puesto que ambos vocablos, en el contexto de una afectación por funcionarios, a los derechos consagrados en la Constitución, resultan compatibles con la definición internacional, que, como se ha dicho, define la tortura como todo acto en que se inflinja [sic] intencionalmente dolor o sufrimiento grave (tormento) con una finalidad específica”.

Esta interpretación no resulta sistemáticamente plausible, pues mientras la variante típica del inciso primero del antiguo artículo 150 A del Código Penal empleaba la voz tormento sin exigir intención alguna, ni finalidad ulterior ni motivación de cierta índole de parte del autor, la modalidad calificada contenida en el inciso tercero sí hacía referencia a determinados propósitos perseguidos por el agente de modo que la aplicación de tormentos, en la figura básica, no requería estar necesariamente vinculada al forzamiento de una confesión o de una declaración, o la entrega de información. En suma, el antiguo delito base de aplicación de tormentos no contenía como requisito típico la comprobación de un elemento subjetivo específico en la conducta del agente, sino sólo su modalidad agravada, en el inciso tercero. Ello es reconocido por el tribunal cuando expresa, en el mismo considerando noveno, que la descripción típica de la figura base “preliminarmente resulta menos exigente que aquella que lo reemplazó, puesto que en su redacción no se contempla la exigencia de un objetivo específico que motive la aplicación de estos tormentos”, pero seguidamente matiza su razonamiento añadiendo que, “[s]in embargo, la voz “tormento” se asimila al vocablo tortura. El verbo rector “torturar”, no estaba recogido en nuestro código punitivo, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, acudían al derecho internacional para dar contenido a esta figura”. Paradojalmente, el fallo no hace mención alguna a la figura calificada del inciso tercero, que al menos parcialmente, contemplaba los propósitos que suelen asociarse a la perpetración de este delito.

Esto es, y no obstante las obvias diferencias de texto entre ambas normas de sanción, el tribunal mantiene, al menos nominalmente, la designación de tortura para el delito cometido por F.A.R. bajo el imperio del antiguo inciso primero del artículo 150 A del Código Penal acudiendo a la noción internacional de dicho crimen.

Asimismo, y aun cuando, a juicio del tribunal, no se encuentra requerido por el tipo penal en comento, las acciones de F.A.R. resultaron compatibles con la noción internacional de tortura, también, en cuanto surgieron como una forma de castigar a W. R. N. por haber huido de su fiscalización, lo que se desprende de los dichos de W.R.N. en las distintas instancias, cuando dice que antes de este suceso, huyó de F.A.R., lo que fue admitido por éste en la investigación y luego, mientras lo golpeaba, le decía “de mí nadie se arranca” .

En suma, aunque el primer hecho imputado a F.A.R. caía bajo la vigencia de la Ley N° 19.567 que, en ninguna de las variantes típicas del artículo 150 A, contemplaba como elemento subjetivo específico la de irrogar sufrimiento a la víctima con el propósito de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, finalidad que sólo tiene relevancia típica con la dictación de la Ley N° 20.968 de noviembre de 2016, el tribunal la consideró incluida en el tipo penal base vigente a la época sólo en razón de la “noción internacional de tortura”, y sin hacer razonamiento alguno de cómo ello era compatible con la circunstancia que el inciso tercero del precepto penal derogado no la contemplara expresamente, a pesar de existir la definición convencional a la época de la dictación de la Ley N° 19.567. Es más, tampoco existió ningún razonamiento en orden a verificar el posible carácter de *lex mitior* del delito contemplado en el artículo 150 D del Código Penal, introducido por la reforma de 2016, que en buena medida reproduce la formulación del antiguo inciso primero del artículo 150 A del señalado cuerpo legal.

Ya en el análisis de los tres hechos que fueron cometidos bajo la vigencia de la Ley N° 20.968, llama la atención la ausencia de toda referencia interpretativa acerca de la norma de sanción contemplada en el artículo 150 D, particularmente porque el Ministerio Público acusó a los imputados por dicho delito y no por el de torturas, como lo hizo el Consejo de Defensa del Estado. En efecto, en su considerando noveno, el fallo califica los hechos probados como constitutivos del delito de torturas en base a la concurrencia de alguno de los elementos subjetivos específicos que exige el tipo penal:

Finalmente, en cada caso, la prueba rendida permitió desprender que las agresiones tuvieron por objeto castigar a las víctimas por desafiar la autoridad de F.A.R., puesto que todas las agresiones fueron precedidas por alguna clase de desavenencia: C.C.C. se negó a sentarse en el lugar específico donde F.A.R. la enviaba en el bus, G.Z.R. lo increpó por “pegarle a una mujer” y E.G.U. demoró la exhibición de su cédula de identidad y dificultó su ingreso al piquete, título de castigo que se evidenció, expresamente, en el caso de G.Z.R., cuando R.M.C. acomete en su contra, accediendo a la instrucción de F.A.R. de agredirlo, para lo que empleó el eufemismo “arréglatelo”. Además, esta conclusión se vio reforzada al considerar que, a diferencia de sus acompañantes, E. P. S. y C.S.C., reportaron una conducta sumisa, sin desobedecer ni increpar a F.A.R. por sus abusos y ninguno de ellos fue agredido mientras estuvo dentro del piquete.

En consecuencia, la prueba rendida permitió verificar a cabalidad todos y cada uno de los elementos del tipo penal del artículo 150 A, razón por la cual fue desestimada la calificación jurídica propuesta por el Ministerio Público, a la que adhirió el Instituto de Derechos Humanos, que sanciona la aplicación de apremios ilegítimos que no alcancen a constituir tortura.

Como se aprecia, el razonamiento del tribunal discurre sobre la premisa de que, al verificarse la concurrencia de los elementos típicos del delito principal no hace falta pronunciarse sobre la figura penal subsidiaria contemplada en el artículo 150 D del Código Penal, evitando así realizar la demarcación entre ambos injustos. Ello hubiera sido especialmente pertinente en este caso, dada la equiparación efectuada antes entre el texto del antiguo inciso primero del artículo 150 A y el nuevo introducido por la Ley N° 20.968.

En definitiva, la falta de análisis de todas las variantes típicas aplicables al caso impidió una reconstrucción dogmática que habilitara una interpretación consistente y sistemática de los delitos de tortura y apremios ilegítimos. En ambos constituye un denominador común la irrogación de dolor o sufrimiento sobre la víctima; la diferencia se hallaría en la intensidad de dolor o en sus consecuencias y en los fines

perseguidos con la causación del mal o en las razones que motivan tal comportamiento. En el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, de 2007, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó los requisitos que, a su juicio, deben verificarse para afirmar la existencia de tortura, a saber, “a) un acto intencional; b) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, y c) que se cometa con determinado fin o propósito”.

Sin embargo, y como parece evidente, todos ellos concurren también en cualquier acto cruel, inhumano o degradante. Así, un “apaleo” en la calle por policías a manifestantes que se pronuncian contra la autoridad en una marcha no autorizada puede, al mismo tiempo, ser constitutivo de tortura o “solamente” de un acto cruel, inhumano o degradante en tanto siempre se tratará de un acto intencional que causa sufrimientos físicos o mentales y que se comete con algún propósito, en este caso, como una forma de castigo por desobediencia. En la discusión comparada, la situación de especial vulnerabilidad e indefensión de la víctima cuando está bajo custodia policial o privada de libertad constituye uno de los criterios relevantes para distinguir ambas figuras. Sin embargo, la reforma de 2016 suprimió tal exigencia para el delito de tortura y configuró dicha circunstancia como calificante del delito, dificultando una interpretación delimitadora clara y precisa entre las distintas figuras penales que fueron incorporadas. Por otro lado, la norma prevista en el inciso final del nuevo artículo 150 A, que pareciera operar como una causa de justificación respecto del delito de tortura (“[n]o 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”), entra en conflicto con la idea de este acto como uno de los crímenes más aborrecibles e intolerables, que debe estar prohibido en términos absolutos, esto es, que no puede ser permitido bajo consideración alguna.

Por ello es imprescindible hacer la distinción entre la tortura y otros actos crueles, inhumanos o degradantes que afectan la integridad y la dignidad personal reservando el reproche de mayor intensidad y significación comunicativa para la primera, todo ello con el fin de impedir la banalización que puede conllevar una respuesta punitiva indiferenciada ante la violencia estatal abusiva. La dificultad que

presenta un continuo de ilícitos en cuyo extremo superior se sitúa el crimen más grave, y en su extremo inferior las “molestias o penalidades” que sobrepasen la ejecución de sanciones legales o de actos legítimos de una autoridad, eventualmente constitutivas de vejámenes injustos, está en la definición del umbral entre la tortura y el tipo penal subsidiario del artículo 150 D que castiga otros tratos degradantes “que no alcancen a constituir tortura”.

La jurisprudencia internacional sobre derechos humanos ha sido oscilante en la materia, incluso en casos que hoy no dudáramos en calificar de tortura. Así, en la sentencia del caso Irlanda vs. Reino Unido, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que un trato degradante era aquel capaz de “crear en las víctimas sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad, susceptibles de humillarles, envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral”. Sostuvo que las “cinco técnicas” que se aplicaban en Irlanda del Norte –que consistían en tener a los individuos en puntas de pie por largas horas, cubrirles la cabeza con capuchones, sujetarlos a un intenso y constante ruido y privarlos de sueño, de comida y bebida en cantidad suficiente– y que fueron ejecutadas para obtener información de inteligencia no alcanzaban a constituir tortura sino tratamiento inhumano, ya que al término tortura se le adscribía un estigma particular que denotaba “tratamiento inhumano deliberado que causa un sufrimiento muy severo y cruel”.

Por su parte, y con relación a la entidad de los severos sufrimientos físicos y mentales exigidos por la definición de tortura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha sostenido que se “debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso, teniendo en cuenta factores endógenos y exógenos. Los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar. Los segundos remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal”. No obstante, la jurisprudencia de la CIDH ha sido errática al pronunciarse respecto de estos criterios en tanto ha sostenido que, por ejemplo, golpear intencionalmente a un detenido es constitutivo de

tortura, pero en casos similares, en que se verifican no solo golpes sino también maltratos más graves, no ha reconocido su concurrencia.

Ya en el nivel de la legislación interna, es relevante destacar que los factores referidos a las condiciones de la víctima, como su edad o especial vulnerabilidad constituyen expresamente calificantes del delito de apremios ilegítimos, por lo que una interpretación armónica de los preceptos penales en juego debería llevar a concluir que estas condiciones personales, cuando concurren en el hecho, ya forman parte del injusto del delito de tortura; no así en el caso de la variante agravada contemplada en el inciso 2° del artículo 150 D. De allí que el delito contenido en la norma de sanción del inciso 1° del artículo 150 D sea el auténtico delito base de apremios ilegítimos, que no exige ni privación de libertad ni condiciones de especial vulnerabilidad de la víctima.

Sobre los propósitos del agente, pareciera que al nivel de la jurisprudencia internacional no existen casos en los que tales finalidades hayan sido un criterio determinante para la demarcación entre la tortura y otros tratos ilegítimos, sino más bien uno de carácter complementario. El rasgo decisivo ha sido la gravedad e intensidad de los sufrimientos irrogados a las víctimas, manifestado en la crueldad y ensañamiento de las acciones o medios empleados, en la persistencia o reiteración de la conducta en el tiempo, en el aprovechamiento de la completa situación de indefensión de la víctima que permite doblegarla hasta límites inimaginables. El derecho (y especialmente el derecho penal) no está en condiciones de hacerse cargo de dicha tarea cuando los actos han sido ejecutados al margen de cualquier normalidad institucional; en efecto, no es posible dar una respuesta retributivamente proporcionada a lo que, desde cualquier perspectiva, es expresión de máxima irracionalidad e inhumanidad de los victimarios. Tal fue la experiencia del genocidio nazi durante la II Guerra Mundial y, más localmente, la que nos dejó la dictadura de Pinochet, que más tarde determinó la tipificación de la tortura como crimen de lesa humanidad al amparo de Ley N° 20.357, de 18 de julio de 2009. No obstante, en democracia estas prácticas ponen en peligro las bases mismas del estado de derecho y el correcto funcionamiento de las instituciones públicas. De allí la importancia de reservar el nomen iuris de tortura para aquellos actos más graves que,

con abuso de sus facultades, ejecutan funcionarios públicos en contra de particulares, los que deben ser intensamente prevenidos y castigados en forma severa cuando son ejecutados.

El caso F.A.R. reúne importantes elementos reiterados de crueldad y gravedad en la irrogación de sufrimiento a sus víctimas privadas de libertad. La circunstancia que se le apodara “el nazi” es una muestra elocuente de ello. Sin embargo, la delimitación con el delito de apremios ilegítimos no es nítida, lo que se muestra en las diferentes imputaciones jurídicas efectuadas por los acusadores. Por otro lado, no existe en este caso un tratamiento penológico sustancialmente diferente: piénsese que la pena privativa de libertad del delito de tortura es presidio mayor en su grado mínimo, excluido el mínimum si la víctima se encuentra, legítima o ilegítimamente, privada de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control (artículo 150 C), mientras que los apremios ilegítimos irrogados a una persona privada de libertad se castigan con las penas del inciso primero del artículo 150 D (presidio menor en sus grados medio a máximo) aumentadas en un grado (artículo 150 D, inciso segundo). Si bien este fallo aporta relevantes criterios diferenciadores es nuestro parecer que la tarea se encuentra aún pendiente, y que serán los tribunales quienes casuísticamente deberán resolverla.

