

OFICIO FN N°618/2021

ANT.: Oficio FN N° 037, de 15 de enero
de 2019.

MAT.: Instrucción General que imparte
criterios de actuación en delitos
de violencia institucional

SANTIAGO, 28 de julio de 2021

DE: FISCAL NACIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO

**A: FISCALES REGIONALES Y ADJUNTOS, ASESORES JURÍDICOS,
ABOGADOS ASISTENTES Y EQUIPOS DE TRABAJO DE TODO EL
PAÍS**

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I.	<i>INTRODUCCIÓN</i>	3
1.	OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR LOS DELITOS DE TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES	5
1.1.	Naturaleza y alcance de las obligaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos	5
1.2.	Estándares y normas de derecho blando (Soft Law)	7
1.3.	Obligaciones del Estado en materia de investigación de la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes	7
2.	EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL	9
II.	<i>INSTRUCCIONES GENERALES EN DELITOS DE TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES</i>	11
1.	COMPETENCIA	11
2.	ÁMBITO DE APLICACIÓN PENAL	12
2.1.	Elementos del tipo base de tortura. Artículo 150 letra A Código Penal	12
2.1.1.	Bien Jurídico	12
2.1.2.	Tipo Objetivo	13
a)	Sujetos	13
b)	Concepto de tortura	15
c)	Verbo rector	16
d)	Modalidades comisivas	16
2.1.3.	Tipo subjetivo	17
2.2.	Torturas agravadas por la clase de delito que se comete conjuntamente y sus resultados (Art. 150 B)	17
2.3.	Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	18
2.4.	Diferencia entre tortura y apremios	19

2.4.1. Circunstancias orientadoras para la evaluación de la intensidad del sufrimiento	19
2.5. Vejaciones injustas del artículo 255 del Código Penal y Violencias innecesarias del artículo 330 del Código de Justicia Militar	21
2.5.1. Vejaciones injustas del artículo 255 del Código Penal.....	21
2.5.2. Violencias innecesarias del artículo 330 del Código de Justicia Militar.	
23	
2.6. Reglas sobre el uso de la fuerza.	24
2.6.1. Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la manifestación pacífica y el uso de la fuerza por encargados de hacer cumplir la ley.....	24
2.6.2. Ejercicio ilícito de la fuerza: ámbito de aplicación, alcance de su regulación legal y reglamentaria.	26
2.7. La violencia sexual como tortura y otros tratos crueles y los desnudamientos en lugares de detención o custodia.	28
2.7.1. Estándares internacionales de derechos humanos.....	28
2.7.2. Orientaciones para la calificación jurídica de los desnudamientos forzados penalmente relevantes.....	31
2.7.3. Valoración jurídica de los registros corporales.....	31
2.8. Delitos conexos: la falsificación de instrumento público y obstrucción a la investigación.	33
2.9. Investigación de la responsabilidad del superior jerárquico.....	33
3. ASPECTOS GENERALES DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN ..	34
3.1 Diligencias investigativas.....	37
3.2 Diligencias esenciales.	37
3.2.1 Contacto y citación para la toma de declaración de la víctima.....	37
3.2.2. Denuncia en Audiencia de Control de Detención.....	38
3.2.3. Toma de declaración de la víctima.	39
3.2.4 Solicitud de incautación de grabaciones en cualquier soporte, sea video o audio, que den cuenta del hecho denunciado.	39
3.2.5 Estado de cumplimiento de las diligencias esenciales.....	41
3.3 Otras diligencias.	41
3.3.1 Instrucciones particulares a las unidades policiales.....	41
3.3.2 Requerimiento de información en casos con imputado conocido.	42
3.3.3 Requerimiento de información en casos sin imputado conocido.....	43
3.3.4.. Delitos en cuya comisión se hubiere empleado armas de fuego letales o menos letales.....	43
3.3.5 Requerimiento al Servicio Médico Legal (Pericias conforme al Protocolo de Estambul).....	44
3.4 Aplicación de Metodología SACFI en la investigación de casos ante reiteraciones delictivas.....	46
4. CRITERIOS ORIENTADORES DE LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS.....	47
5. TÉRMINOS	48
5.1 Salidas judiciales.....	48
5.1.1 Acuerdos reparatorios.....	48
5.1.2 Suspensión condicional del procedimiento.....	48
5.2 Términos facultativos.	48
5.2.1 Archivo Provisional y decisión de no perseverar.....	48

5.2.2 Principio de Oportunidad	49
6. REGISTROS	49
7. TRABAJO INTERINSTITUCIONAL	50
III. MUERTES BAJO CUSTODIA DEL ESTADO (MBC)	51
1. ENCONTRARSE BAJO CUSTODIA, CONTROL O CUIDADO	52
2. DILIGENCIAS MÍNIMAS	53
3. MARCA EN SAF “MBC”	53
4. TÉRMINOS	54
5. FICHA SITIO SUCESO	54
IV. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS	54

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde al Fiscal Nacional, en virtud de la facultad establecida en el artículo 17 letra a) de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dictar los criterios de actuación para el cumplimiento de las funciones que la Constitución Política de la República y la misma Ley Orgánica le encomiendan. Esta potestad constituye una herramienta fundamental para el correcto, efectivo, coherente y coordinado desempeño de la función de la persecución penal pública y de protección de las víctimas y testigos, contribuyendo asimismo a la indispensable unidad de acción de la Institución.

La presente Instrucción General tiene el objeto de actualizar el Oficio FN N° 037/2019, de fecha 15 de enero de 2019. Si bien el referido oficio tiene un poco más de dos años de vigencia y aborda ampliamente desde un punto de vista normativo la reforma hecha por la Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que “Tipifica el delito de tortura y de tratos crueles, inhumanos o degradantes”, distintas razones nos han impulsado a actualizar sus contenidos.

La promulgación de la Ley N° 20.968, sin duda ha representado uno de los avances más importantes en cuanto al cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile en materia de investigación y sanción del delito de tortura. A más de cuatro años de su entrada en vigor, el acervo generado tanto en las investigaciones que se han sustanciado por los y las fiscales en todo el país, así como las sentencias dictadas en algunos de estos casos, han entregado valiosas herramientas con relación a cuestiones de suyo complejas como la determinación del bien jurídico tutelado, el nivel del sufrimiento –físico, psíquico y sexual- constitutivo de tortura, el perfilamiento de los distintos fines –obtención de información, castigo o fines discriminatorios- que permiten configurar el mismo delito, la elaboración de criterios de diferenciación entre la tortura y los apremios y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros.

Hasta octubre de 2019, de acuerdo con los reportes de organismos nacionales e internacionales de promoción y protección de derechos humanos, el fenómeno de la tortura y los tratos crueles y degradantes –incluso antes de la reforma del año 2016- giraba principalmente en torno a los malos tratos, con fines de castigo, discriminatorios o tendientes a obtener información, que ejecutaban agentes del Estado durante la detención, traslado o en lugares de custodia o privación de libertad. Si bien, al comienzo de la década pasada, ocurrieron diversas manifestaciones sociales (como las movilizaciones de estudiantes de 2011 y el conflicto en la Región de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo el 2013), en ninguna de ellas se vio la masividad y heterogeneidad que se observó en las manifestaciones masivas que se desarrollaron en el contexto de la crisis social del año 2019.

Una de las consecuencias prácticas de este nuevo análisis del ejercicio de la fuerza en el contexto de estas manifestaciones o protestas sociales, es que la presente instrucción General –como se explicará también más adelante- hace extensiva la aplicación de sus principios investigativos no sólo a los delitos de tortura, apremios ilegítimos y otros tratos crueles, sino que también a todos los delitos contra la vida e integridad física cometidos por agentes del Estado en el contexto del uso de la fuerza o mantenimiento del orden público.

Las razones expuestas, además de la necesidad de actualizar continuamente conocimientos para facilitar la labor de investigación y protección de víctimas y testigos, han alentado la tarea de modificación de la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional.

A partir de este acto queda sin efecto el citado Oficio FN N° 037/2019, de fecha 15 de enero de 2019, rigiendo en lo sucesivo lo dispuesto en este oficio para las investigaciones iniciadas con posterioridad a la fecha de dictación. Esta nueva Instrucción General podrá utilizarse con el propósito de mejorar la calidad de las investigaciones archivadas y que sean reabiertas, por existir antecedentes que lo justifiquen de acuerdo a las reglas generales.

La presente Instrucción General –entre otros aspectos- aborda contenidos relativos al concepto y a las principales obligaciones internacionales en materia de investigación de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y a las particularidades del fenómeno de la violencia institucional. En el ámbito normativo, se tratarán las discusiones relacionadas al bien jurídico protegido, a la especial calidad de los sujetos activos y finalmente a las víctimas de este delito. Asimismo, se desarrollan criterios diferenciadores entre los delitos de tortura y apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Finalmente se analiza el delito de abusos contra particulares y su relación con el delito de violencias innecesarias contemplado en el Código de Justicia Militar.

Una de las principales novedades de la actualización de la Instrucción General que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional, son los acápite

específicos sobre el ejercicio ilegítimo del uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales en el contexto del mantenimiento del orden público en manifestaciones sociales masivas y el abordaje de los desnudamientos de personas detenidas o que se encuentran bajo custodia de fuerzas policiales.

En el ámbito investigativo, a la luz del conocimiento acumulado en las investigaciones y de la dictación de las primeras sentencias en la materia, la presente actualización precisa el contenido del principio de imparcialidad que requieren las investigaciones por los delitos de tortura y otros tratos crueles, además de desarrollar el contenido y alcance de las diligencias investigativas específicas para este tipo de delitos. En este contexto, se hace presente que junto al Servicio Médico Legal, se actualizaron las directrices de procedencia del Protocolo para la Investigación y Documentación del Delito de Tortura (Protocolo de Estambul) conforme a los lineamientos del Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

El nuevo oficio mantiene la regulación anterior referida a la protección de víctimas de estos delitos y establece los requisitos para que operen los distintos tipos de términos en las investigaciones. Finalmente, el oficio mantiene lo relativo a muertes bajo custodia y desaparición forzada de personas.

1. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INVESTIGAR LOS DELITOS DE TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES

1.1. Naturaleza y alcance de las obligaciones de Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Teniendo en consideración que, a lo largo de la presente Instrucción General, se citarán recurrentemente normas del derecho internacional de los derechos humanos (convenciones, declaraciones, principios, reglas, etc.) que servirán para interpretar, conceptualizar y comprender distintos aspectos del fenómeno de la tortura, a continuación, se hará una breve explicación respecto de la distinta fuerza obligatoria que tienen las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

Lo que hoy se conoce como el “Sistema de Protección de los Derechos Humanos”, surge como un desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, que se instaura como resultado de las atrocidades acontecidas en la Segunda Guerra Mundial. En efecto, “(...) el término de la Segunda Guerra Mundial produce un fuerte movimiento que tiende a la humanización del Derecho Internacional

protegiendo y beneficiando al hombre, y reconociéndole el goce, cada vez mayor, de determinados derechos”¹.

Uno de los principales propósitos del derecho internacional de los derechos humanos es otorgar una esfera de protección a todos los seres humanos, limitando el ejercicio del poder por parte de los Estados frente a las personas, estableciendo así un esquema de obligaciones influenciadas fuertemente por las atrocidades cometidas en el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial. En efecto, la Carta de las Naciones Unidas es la primera norma jurídica positiva que consagra mandatos específicos para los Estados en relación con los derechos humanos, además de constituirse en el fundamento de la cooperación internacional para alcanzar el efectivo respeto y garantía universal de los derechos humanos. A partir de su adopción, se concreta la “internacionalización” de los derechos humanos y en ella se encuentran las bases para desarrollos posteriores como la Declaración de los Derechos Humanos.

Con el tiempo, los tratados internacionales de derechos humanos se han ido especializando tanto en los temas que abordan, como en los grupos sociales que precisan de su tutela. Actualmente, el *corpus iuri* del derecho internacional de los derechos humanos continúa creciendo y ampliando el marco de protección a los derechos y libertades fundamentales, llegando a considerar asuntos tan específicos como: la discriminación racial, la tortura, las desapariciones forzosas, las personas con discapacidad y la garantía de los derechos de la mujer, los niños, los migrantes y los pueblos indígenas, entre otros. Es importante resaltar que los tratados y convenios de derechos humanos, deben analizarse en conjunto para comprender a cabalidad las obligaciones contraídas por un Estado Parte.

En el ámbito del derecho internacional, los Estados al ratificar tratados y convenciones, se encuentran jurídicamente obligados a cumplirlos y a responder ante la comunidad internacional por su cumplimiento y desarrollo. Para ello, a nivel nacional se ha requerido que las constituciones establezcan esa exigibilidad, el valor que tendrán dentro de la normativa nacional y la forma como deberá armonizarse esa legislación internacional con la interna. En el caso de Chile han sido suscritos la mayoría de los tratados de los Sistemas Universal e Interamericano, lo cual permite desde su ratificación, considerarlos como parte de su legislación interna.

Los tratados internacionales en Chile adquieren vigencia, cuando se produce la promulgación por decreto del Presidente de la República y se hace la publicación del decreto y del texto del tratado en el Diario Oficial, y una vez ocurrido esto sigue su desarrollo, advirtiéndose que solo se admite la modificación de sus contenidos, obrando de conformidad con las normas propias del derecho internacional público.

¹ LLANOS MANSILLA Hugo, “La persona humana como sujeto del derecho internacional”. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/xmlui/bitstream/handle/11534/11827/000306175.pdf>

En cuanto a los tratados internacionales, podemos decir que son instrumentos de carácter vinculante: establecen obligaciones jurídicas (normas de aplicación inmediata). En esta materia cabe destacar las normas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual establece instituciones como: i) *Pacta sunt servanda* (Art. 26); ii) Primacía del derecho internacional (Art. 27); iii) Principio *pro persona*.

1.2. Estándares y normas de derecho blando (*Soft Law*).

El concepto derecho blando o “soft law” se utiliza para denotar acuerdos, principios y declaraciones que no son legalmente vinculantes. Los instrumentos de derecho blando se encuentran predominantemente en el ámbito internacional. Las resoluciones de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas son un ejemplo de ley blanda. Con el término de “soft law” se hace referencia a las reglas que no son estrictamente vinculantes por naturaleza, pero ello no implica que carezcan de valor normativo. En el contexto del derecho internacional, el derecho blando se refiere a pautas, declaraciones de políticas o códigos de conducta que establecen estándares de conducta que son relevantes para el desarrollo de los estándares internacionales de derechos humanos, sin perjuicio que no son directamente exigibles.

En definitiva, las normas de soft law no tienen el mismo carácter vinculante que tienen los tratados. Por regla general es posible identificar las normas de soft law como aquellas denominadas declaraciones, principios, reglas mínimas y directrices. A modo de ejemplo, podemos mencionar la Declaración de Defensores de Derechos Humanos (1998), la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), las observaciones generales, observaciones finales y dictámenes adoptados por los órganos de tratados y las recomendaciones de procedimientos especiales. Por último, señalar que para identificar una norma de soft law corresponde analizar su fuente y origen, dado que su entrada en vigencia no depende de la ratificación del instrumento, cuestión que sí ocurre con los tratados internacionales.

1.3. Obligaciones del Estado en materia de investigación de la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes.

La prohibición contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en el derecho internacional de los derechos humanos al igual que la prohibición contra la esclavitud o el genocidio, es absoluta. Por lo mismo, la tortura “es *inadmisible bajo cualquier circunstancia, incluso la guerra, la emergencia pública o una amenaza terrorista*”².

Tal es la importancia para el derecho internacional de esta prohibición absoluta, que, en caso de ocurrir un delito de tortura, sobre el Estado pesan las obligaciones

² CEJIL-APT, *La tortura en el derecho internacional. guía de jurisprudencia*, Ginebra-Washington D.C., 2008, p. 2.

de investigarlo, sancionarlo proporcionalmente, reparar a las víctimas y ofrecer garantías de no repetición.

Con relación al alcance de la obligación estatal de investigar, tanto los tratados del sistema universal de protección como los del sistema interamericano, han señalado lo siguiente:

La Convención contra la Tortura (UNCAT por sus siglas en inglés) en su artículo 12 establece que "*Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial*". El deber de investigación se complementa con el artículo 13, que establece que los particulares tendrán derecho a reclamar ante las autoridades competentes y que el Estado hará lo necesario para proteger al denunciante y a los testigos frente a cualquier represalia. Los artículos 12 y 13 también se aplican a los tratos crueles, inhumanos o degradantes³.

Por su parte, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 2.1 exige que el Estado asegure los derechos contenidos en el Pacto a todos los individuos que se encuentren en su territorio y en su jurisdicción y el artículo 2.3 establece que las personas cuyos derechos han sido violados deberán contar con un recurso adecuado y su derecho a tal recurso será determinado por las autoridades competentes. Estas disposiciones, sumadas al artículo 7°, implican que "*[I]as denuncias [de malos tratos] deberán ser investigadas con celeridad e imparcialidad por las autoridades competentes*". Asimismo, el derecho a presentar denuncias por malos tratos debe estar reconocido en el derecho interno del Estado en cuestión⁴.

En relación con la obligación de diligencia y garantía del artículo 1° de la Convención Americana de Derechos (CADH) y su concreción en el artículo 8° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST) dichos tratados señalan que:

"Los Estados partes garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.

Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados partes garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.

Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que éste prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado"⁵.

³ CEJIL-APT, op cit., p. 16.

⁴ CEJIL-APT, op cit., p. 18.

⁵ CEJIL-APT, op cit., p. 106.

Las obligaciones específicas con relación a las investigaciones en los delitos de tortura, en cuanto a la necesidad que sean prontas, eficaces, imparciales y realizadas por un órgano competente, se verán en detalle en el Acápite N° 3 sobre Aspectos Generales de las Diligencias de Investigación, del punto II de la presente Instrucción General.

2. EL FENÓMENO DE LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

Como punto de partida es necesario destacar que la violencia, es decir, la capacidad de violar o vulnerar la integridad de una persona es algo que excede completamente al ámbito del derecho y sus definiciones legales. Aclarado aquello, la noción de violencia institucional ha sido utilizada por la doctrina de los autores, organizaciones de derechos humanos y órganos internacionales de protección, para designar al conjunto de acciones o prácticas específicas desplegadas por agentes del Estado que tienen la capacidad de transgredir la integridad física, psíquica, sexual y moral de las personas que por lo general se encuentran en contextos de restricción de su autonomía o libertad personal. De esta manera, tanto situaciones de abuso en los procedimientos policiales como las malas condiciones en las cárceles podrían ser constitutivas de violencia institucional⁶.

Una utilización más restrictiva del concepto refiere que violencia institucional es la acción u omisión desplegada por un agente del Estado, que atenta contra la integridad física, psíquica y moral, y que además es constitutiva de delito. Si bien, desde un punto teórico y analítico, las conceptualizaciones del párrafo anterior son correctas, es este último concepto restringido al que se refiere la presente Instrucción General.

En un comienzo, el fenómeno de la violencia institucional estaba circunscrito a la violencia constitutiva de delito que cometían funcionarios policiales o penitenciarios en contra de las personas que tenían bajo su custodia. Sin embargo, la nueva tipificación de la tortura y los tratos crueles inhumanos o degradantes, con la ampliación de sujeto activo (funcionarios públicos o particulares que ejercen una función pública), la consideración de distintas modalidades comisivas (activas u omisivas) y la eliminación del lugar de privación de libertad como elemento típico, ha ampliado el espectro en donde pueden cometerse estos delitos y en donde el Ministerio Público debe realizar su labor investigativa. Así, por ejemplo, podrán ser

⁶ Para conocer con más detalles los distintos niveles de afectación que pueden tener la violencia ejercida por instituciones o agentes del Estado ver en PERELMAN Marcela, TUFRO Manuel, “Violencia institucional: tensiones actuales de una categoría política central”, dossier Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 2017; BARATTA Alessandro, “Derechos Humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal” en Criminología y sistema penal. Compilación *in memoriam*, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2013, pp. 334-356. Para el análisis de la categoría “violencia institucional” como práctica estructural del sistema penal y como delito penal ver ANITUA Ignacio Gabriel, ZYSMAN QUIRÓS Diego, “La tortura: una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave”, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, pp. 9-18. Finalmente, para ver distintas concreciones de la violencia institucional o del Estado como forma de ilícito penal ver McLAUGHLIN Eugene, “Delitos de Estado” en Diccionario de Criminología McLaughlin Eugene & Muncie John (compiladores), Gedisa, Barcelona, 2011, p. 158.

sujetos/as activos/as educadores/as de organismos colaboradores del Servicio Nacional de Menores (SENAME), cuidadores/as de Establecimientos de Larga Estadía de Adultos Mayores (ELEAM), personal médico de establecimientos penitenciarios concesionados, entre otros. Es decir, tanto los lugares de ocurrencia de este tipo de criminalidad como las personas que pueden cometerlos se han ampliado y complejizado significativamente.

Efectivamente, las características de la criminalidad derivada de la violencia institucional y la naturaleza de los derechos por ella afectados hacen necesario que el Ministerio Público tenga un abordaje especializado para concluir con éxito estas investigaciones. Nos enfrentamos -en términos globales- a un fenómeno que presenta dificultades para su oportuna y adecuada investigación y ante el cual ha habido por lo general una respuesta deficiente por parte de los sistemas de justicia penal en todo el mundo⁷.

Una de las dificultades que afecta el éxito de las investigaciones penales está dada porque la violencia institucional impacta en su mayoría a personas que se encuentran en situaciones de especial vulnerabilidad por diversas causas, tales como la condición socioeconómica, la privación de libertad, afecciones en la salud mental, la edad, entre otros⁸. Estas condiciones de vulnerabilidad generan un estado de indefensión frente al agresor, el cual se encuentra en una posición privilegiada para abusar el poder que ostenta en su calidad de agente estatal.

Asimismo, por la naturaleza de este tipo de delitos, las investigaciones pueden verse obstaculizadas por la posible existencia de un compromiso corporativo en los agentes de las instituciones públicas a la que pertenecen los imputados, lo que puede originar prácticas que entorpezcan las investigaciones, tales como la alteración de elementos de prueba y registros, e intimidación de víctimas y testigos.

Ante esta situación de desequilibrio de poder y desprotección, surge la necesidad de implementar acciones efectivas de asistencia y protección a víctimas y testigos de violencia institucional.

⁷ En el caso particular de Chile el Comité Contra la Tortura de Naciones Unidas en su último Examen Periódico del año 2018 con relación a la “Investigación, enjuiciamiento y sanción de actos de tortura y malos tratos” en su Párrafo 26 señaló que “De acuerdo con la información proporcionada por la delegación, entre enero de 2009 y mayo de 2018 se abrieron 1.042 causas judiciales por actos de tortura o malos tratos, poniéndose término a 599 de estas causas. Sin embargo, la información estadística disponible no permite conocer las razones concretas que motivaron el sobreseimiento de numerosas causas ni el sentido de las 46 sentencias dictadas desde 2014. Además, el Comité observa con preocupación que en ningún caso las penas de prisión impuestas a los autores excedieron los tres años (arts. 2, 12, 13 y 16). En *Comité contra la Tortura, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*, (CAT/C/CHL/6).

⁸ Respecto de la especial situación de vulnerabilidad en que están las víctimas de tortura sea cual fuere el sistema de justicia en que se encuentren, ver detalle en RAFECAS Daniel. “*La vulnerabilidad como rasgo característico de las víctimas de tortura (...) ¿también de los victimarios?*”, en ANITUA Gabriel Ignacio y ZYSMAN QUIRÓS Diego compiladores. *La Tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*. Buenos Aires, Ediciones Didot, 2013, p. 416.

Para efectos de la investigación de esta criminalidad, las Fiscalías Regionales establecerán procesos de trabajo, tendientes a lograr el cumplimiento de estas instrucciones generales, que consideren el trabajo conjunto con las/los abogadas/os asesores coordinadores regionales en derechos humanos, fiscales especializados/as en estas materias y otras afines que puedan enriquecer el análisis investigativo, como los fiscales especializados en delitos contra la función pública, criminalidad organizada, etc.

II. INSTRUCCIONES GENERALES EN DELITOS DE TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES

1. COMPETENCIA

La Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, en concordancia con las recomendaciones internacionales en la materia y siguiendo el criterio interpretativo de la Excelentísima Corte Suprema⁹, modifica el artículo 1º de la Ley N° 20.477, restringiendo expresamente la competencia de los tribunales militares:

"En ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan la calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Ésta siempre se radicará en los tribunales ordinarios con competencia en materia penal. Para estos efectos, se entenderá que civil es una persona que no reviste la calidad de militar, de acuerdo al artículo 6º del Código de Justicia Militar."

Por su parte, en casos donde se investiguen delitos tratados por esta Instrucción General, y que además tanto la víctima como los imputados revistan la calidad de militar de acuerdo al artículo 6º del Código de Justicia Militar, la naturaleza "común u ordinaria" del bien jurídico tutelado, excluye la posibilidad de aplicar la jurisdicción militar para conocer de dichos delitos. Reafirmando lo anterior, la jurisprudencia nacional ha desarrollado latamente este criterio, así la Corte suprema en el Rol 4639-2013, también el Tribunal Constitucional en el Rol 2492-13-INA¹⁰.

De esta manera, el Ministerio Público es competente para conocer todas las investigaciones en las que civiles y niños, niñas y adolescentes revistan la calidad de víctimas o de imputados. Por esto, los fiscales se encuentran legalmente impedidos de declararse incompetentes o enviar los antecedentes a la Justicia Militar en estos casos. Asimismo, deberán

⁹ Corte Suprema, 4 Junio de 2015, ROL N° 5884-15. Considerando 5º.

¹⁰ La obligación del Estado de excluir la jurisdicción militar ante investigaciones de delitos que protegen bienes jurídicos "ordinarios o comunes" (que no sean de función militar) fue consagrada en la sentencia: Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

oponerse ante solicitudes de otros intervenientes que vayan en contra de esta norma, y recurrir ante cualquier resolución judicial que acoja dicha solicitud.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN PENAL

El presente instructivo tiene aplicación respecto de los actos constitutivos de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y de todos los delitos contra la vida e integridad física que sean cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y/o por particulares que ejercieren funciones públicas, fueren partícipes u obraren a instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público, según corresponda. También se tratarán dos fenómenos específicos de la violencia institucional: el ejercicio ilícito de la fuerza en el contexto del mantenimiento del orden público (2.6.2) y, la violencia sexual como forma específica de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes (2.7)

2.1 Elementos del tipo base de tortura. Artículo 150 letra A Código Penal.

2.1.1. Bien Jurídico.

La doctrina española ha desarrollado la discusión del bien jurídico protegido por estos delitos, a propósito del delito de trato degradante establecido en el artículo 173.1 de su Código Penal, existiendo consenso en que además de afectarse eventualmente la vida y la integridad física y psíquica de las personas, se lesionan la integridad moral de la víctima, es decir, producen en la víctima “sentimientos de humillación y degradación”.¹¹ Se enfatiza el concepto de “degradación de la víctima”, que al ser tratada sin consideración al respeto del valor inherente a su condición humana, se le ocasiona sufrimientos más allá de la afectación de su integridad física, síquica o incluso de su vida, afectación que se ha denominado “integridad moral”. Sobre el concepto de integridad moral, De la Mata y Pérez han señalado que:

“El trato degradante se define por la causación de padecimientos físicos, psíquicos o morales a una persona que, tratada al margen de toda consideración y respeto que merece el ser humano por el solo hecho de serlo, cosificada e instrumentalizada en manos de un sujeto que abusa de la superioridad que ostenta (...) experimenta un sentimiento de humillación o envilecimiento de especial intensidad que menoscaba su integridad moral, referida ésta al ámbito espiritual o anímico de su esencia.”¹²

La tortura y los apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes, requieren, además de inflijir daños o padecimientos que estos produzcan humillación o envilecimiento. En palabras del catedrático de derecho penal español Francisco Muñoz Conde:

¹¹ DE LA MATA, Norberto. y PÉREZ, Ana. “El concepto de trato degradante en el delito contra la integridad moral del Art. 173. 1 del Código Penal” en *Revista Penal*, 2005, N° 15. p. 15.

¹² DE LA MATA, Norberto. y PÉREZ, Ana. *op.cit.* p. 42.

*"Es requisito que el acto contrario a la voluntad del sujeto pasivo, suponga además su humillación o envilecimiento."*¹³

A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional español, refiriéndose al medio carcelario, ha dicho que para apreciar la existencia de tratos inhumanos o degradantes es necesario que:

*"Éstos acarren sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de condena."*¹⁴

En nuestro medio, en cuanto al bien jurídico, recientemente se han pronunciado los autores Matus y Ramírez, en sentido similar, señalando que:

*"Sin esta degradación de la persona a la calidad de objeto y su humillación, las lesiones y hasta la muerte causadas no podrían considerarse tortura, tal como sucede en los enfrentamientos abiertos entre partes en un conflicto internacional o de carácter interno, donde —con independencia de la diferencia de los medios u armas empleadas— no existe degradación ni humillación de unos a otros, sino un hacer frente al otro, vis a vis."*¹⁵

Agregando que esta degradación o humillación requiere cierto grado de proximidad o trato directo entre el autor y la víctima, destacando que:

*"(...) lo relevante es que la aplicación de tortura presupone, objetivamente, la indefensión de la víctima, esto es, el hecho de encontrarse reducida o a disposición del torturador, sin necesidad de que esa condición fáctica se encuadre en algún concepto procesal ("detención") o provenga de una relación jurídica ("estar bajo custodia, cuidado o control"), sino solo que permita "aplicar" tortura, lo que resulta imposible sin esa condición fáctica."*¹⁶

En el mismo sentido, relacionado con la idea de una relación o interacción próxima entre el funcionario público y la víctima, en España, el profesor Muñoz Conde, señala:

*"La tortura se sitúa en la relación Estado individuo, en las situaciones en que este último se encuentra en una situación de indefensión o de inseguridad frente a los representantes del Estado."*¹⁷

2.1.2. Tipo Objetivo.

a) Sujetos.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *"Derecho Penal, Parte Especial"*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2017, p.164

¹⁴ Tribunal Constitucional Español 120/1990 de 27 de junio, Fundamento Jurídico 9.

¹⁵ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 4^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. p. 168

¹⁶ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 4^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. pp.171-172

¹⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *op cit.* p. 167

Los delitos de torturas y apremios son de sujeto activo especial, dado que sólo pueden ser cometidos por un funcionario público o un particular en determinadas circunstancias, esto es, en el ejercicio de funciones públicas, a instigación de un empleado público, con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público.

Especial consideración nos merece el concepto de función pública, por escapar a las categorías penales generales. Entendemos, basados en el concepto de función pública de la Convención Interamericana Contra la Corrupción¹⁸ y en fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁹ (Corte IDH), que constituye función pública, toda actividad que se ejerce por una persona de alguna manera remunerada con fondos públicos o que actúa en representación de una institución del Estado mediante algún tipo de convenio o contrato.

En cuanto al sujeto pasivo, desde un punto de vista normativo, este puede ser cualquier persona. Sin embargo, como fue señalado, generalmente las víctimas de tortura u otros tratos crueles, son personas que se encuentran en situaciones extremas de vulnerabilidad. En relación con la especial condición del sujeto activo y pasivo en los delitos de violencia institucional, Daniel Rafecas destaca que a la barrera sistémica de acceso a la justicia que tienen las víctimas de violencia institucional, se suman otros factores que pueden ser explicados desde un punto de vista criminológico, y es que:

"(...) los autores de detenciones ilegales, vejaciones, apremios y torturas no encuadran en ningún estereotipo de delincuente; pero que también se trata de delitos invisibles a la opinión pública y a los medios masivos de comunicación; y que en definitiva afectan a personas con alta vulnerabilidad frente al sistema penal, es decir, a personas muy alejadas del poder político, económico y comunicacional; y que los perpetradores de estos delitos son en gran medida los mismos que debían encargarse de que no acontezcan, los mismos que deberían denunciar e investigar tales ilícitos".²⁰

¹⁸ Artículo Primero: se entenderá por "Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

¹⁹ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Considerandos 92, 95 y 96.

92. La iniciativa privada puede también proveer servicios para el sistema público de salud, caso en el cual la atención que presta es financiada por el Estado y tendrá carácter público.

95. La iniciativa privada, de forma complementaria, y mediante la firma de convenios o contratos, cuando en cierta región del país no existan hospitales públicos suficientes para atender a la demanda de pacientes, En ambas situaciones, ya sea que el paciente esté internado en un hospital público o en un hospital privado que tenga un convenio o contrato con el SUS, la persona se encuentra bajo cuidado del servicio público de salud brasileño, es decir, del Estado.

96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo.

²⁰ RAFECAS, Daniel. "La vulnerabilidad como rasgo característico de las víctimas de tortura... ¿también de los victimarios?" en ANITUA, Gabriel Ignacio y ZYSMAN QUIRÓS, Diego. compiladores. "*La Tortura. Una práctica estructural del sistema penal, el delito más grave*". Ediciones Didot, Buenos Aires, 2013, p. 416.

b) Concepto de tortura.

El inciso 3º del artículo 150 letra A del Código Penal, define la tortura, siguiendo a la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, de Naciones Unidas (UNCAT), como:

*"(...) todo acto por el cual se **inflige intencionalmente** a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de sancionarla 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".*

En tanto que el inciso 4º del mismo artículo regula en forma separada la tortura que consista en la aplicación de métodos, tendientes a conseguir los mismos fines contenidos en el inciso 3º: "Se entenderá también por tortura la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento o decisión".

En tanto que el artículo 150 D del Código Penal, respecto de los delitos de apremios y otros tratos crueles inhumanos o degradantes los conceptualiza como: "*la aplicación de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes que no alcancen a constituir tortura (...)*".

La aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento (Art. 150 A inc. 4º).

Como ya se mencionó, la definición legal de tortura del artículo 150 A del Código Penal fue una adecuación casi textual de lo prescrito en la Convención contra la Tortura de Naciones Unidas. Sin embargo, tomando la segunda parte del artículo 2º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Código Penal chileno en el inciso 4º del artículo 150 A considera también tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento, concurriendo algunas de las finalidades a las que se refiere el inciso 3º del artículo 150 A del Código Penal, es decir, la aplicación de estos métodos con el propósito de obtener una información o confesión, castigar por un acto que haya cometido o se le impute haber cometido o se aplique la tortura por las razones discriminatorias allí mencionadas²¹.

²¹ Para conocer con mayor detalle lo relativo a la incorporación de la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la voluntad de la víctima como forma de tortura ver MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 4ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 pp. 170-171; y DURÁN MIGLIARDI, Mario. "Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido" en *Polit. crim. [online]*. 2019, vol.14, n.27, pp. 202-241.

Si bien puede ser valorado positivamente el hecho de incluir dentro de la prohibición de la tortura, “técnicas manualizadas, indoloras, o psicológicas” que permiten ejercerla sin necesidad de tener el torturador contacto corporal con la víctima, como por ejemplo, “a través de privación continua del sueño por medio de iluminación intensa, música a alto volumen, exposición de prisioneros desnudos a temperaturas o posiciones no naturales extremas, miedo controlado, entre otras²² no se explica la atenuación penológica con relación al tipo base de tortura, teniendo en consideración que lo relevante a la hora de configurar la tortura es la intensidad o gravedad del sufrimiento –físico, psíquico o sexual- y la concurrencia de los fines, siendo indiferente si la tortura se materializa a través de golpes, amenazas o aplicación de técnicas psicológicas para causar estrés en la víctima. Por lo anterior, en la hipótesis de estar en presencia de un caso de tortura a través de la aplicación de métodos, se recomienda –por una cuestión de pena- re conducirlo al tipo base del artículo 150 A inciso 3°.

c) Verbo rector.

El diccionario de la Real Academia de Lengua Española (RAE) define infligir, como “Causar un daño físico o moral o imponer un castigo”. En este sentido la doctrina en España ha llamado la atención que se trata en primer término de un verbo activo: “infligir —del latín *infligere*—, cuyo sentido gramatical significa causar daños o imponer o aplicar castigos y que, por tanto, hace referencia a la puesta en marcha de una acción, para, en una primera aproximación al concepto, entender que parece exigir la realización de comportamientos activos.”²³

d) Modalidades comisivas.

Siguiendo la definición de la Convención contra la Tortura, la descripción típica, más allá de las reglas generales de autoría y participación, contiene distintas modalidades comisivas, a saber:

- Ordenar un acto de tortura: Se eleva a delito autónomo un acto de proposición o inducción, no requiriéndose para que la acción sea punible, la ejecución del hecho ordenado, produciéndose así un adelantamiento del castigo. Esta modalidad requiere de un funcionario público, que tenga la potestad de ordenar.
- Consentir un acto de tortura o concertarse para la ejecución de un acto de tortura: No se requiere que el hecho se execute, ni que el funcionario que consiente tome parte en la ejecución.

²² MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 4^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. pp.170-171

²³ DE LA MATA, Norberto. y PÉREZ, Ana., *op.cit.* p. 42.

- Aplicar o ejecutar un acto de tortura: Esta modalidad comisiva, admite la participación tanto de funcionarios públicos como de particulares.
- Omitir, impedir o cesar la aplicación de torturas: Modalidad de comisión exclusiva de un funcionario público, se subentiende que es un funcionario público, que no ha ordenado, consentido ni aplicado la tortura, se trata de un supuesto de responsabilidad por el mando.

2.1.3. Tipo subjetivo.

Como ya se ha señalado, la definición legal de la tortura del Art. 150 A del Código Penal, se construye sobre la idea de tres pilares; el elemento material consistente en infiligr intencionalmente un sufrimiento grave, relevante o trascendente, la especial calidad del sujeto activo, quien debe ser un funcionario público o un particular en ejercicio de una función pública y finalmente un elemento teleológico, es decir, deben existir en el hechor las siguientes finalidades distintas del dolo de maltratar:

- Obtener de la víctima o de un tercero, información, declaración o una confesión.
- Castigar a la víctima por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona.
- Aplicar la tortura 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 género²⁴, la edad, la filiación, la apariencia personal²⁵, el estado de salud o la situación de discapacidad.

La necesidad de concurrencia de estas intenciones especiales en el torturador distintas del dolo de maltratar, excluyen la posibilidad de cometer este delito con dolo eventual.

2.2. Torturas agravadas por la clase de delito que se comete conjuntamente y sus resultados (Art. 150 B).

El artículo 150 B del Código Penal contempla reglas especiales de agravación de penas en los casos en que “con ocasión” de cometer el delito de torturas, se

²⁴ Vid. Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/17 solicitada por Costa Rica, 24 Noviembre 2017. “Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo”.

²⁵ Tratándose de un concepto abierto cuyo contenido no fue restringido por el legislador, el término de apariencia personal incorpora al concepto de expresión de género. Dado el sustrato común entre ambos, referido a la manifestación externa o presentación visual de la persona, pudiendo ser de cualquier índole o naturaleza, entre ellas la manifestación del género con el cual esta se identifique.

La Opinión Consultiva OC-24/17, define expresión de género cómo: “[...] la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manerismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros. La expresión de género de una persona puede o no corresponder con su identidad de género autopercibida”.

cometen otros delitos conjuntamente, como es el caso del: homicidio (Art. 150 B Nº 1 del Código Penal); violación, abuso sexual mediante introducción de objetos, castraciones, mutilaciones y lesiones graves del Art. 397 Nº1 del Código Penal (Art. 150 B Nº 2 del Código Penal) o un cuasidelito de homicidio o de lesiones graves del Art. 397 Nº1 del Código Penal (Art. 150 B Nº 3 del Código Penal). Así las lesiones o cuasidelitos de menor entidad a los recién señalados se consideran absorbidos junto a la tortura del Art. 150 A del Código Penal.

Con relación al sentido y alcance de estas disposiciones, Matus y Ramírez señalan, que atendida la gravedad de las penas consideradas por el legislador, se contienen las múltiples relaciones concursales posibles.

En primer lugar, situaciones de concurso material entre torturas seguidas de los delitos que se señalan, como cuando tras obtener la información buscada se mata al torturado, intensificando las torturas o mediante otro medio (un único disparo letal mientras la víctima se encuentra todavía sujeta al aparato de torturas o en el lugar donde ellas se aplicaban, por ejemplo). En segundo término, también ha de considerarse incluso en estas agravaciones el caso más habitual de los delitos complejos, en el cual las torturas se emplean como medio para la comisión de tales delitos (equivalente, en cierta medida, al ensañamiento en el homicidio calificado), o donde el resultado lesivo o mortal se encuentra aceptado previamente por los torturadores, quienes actúan a su respecto con dolo eventual.

Agregando que si bien es poco probable que si las torturas se aplican con la finalidad de obtener información, se acepte o se tenga la voluntad de causar muerte del torturado, es posible que este resultado igualmente ocurra, lo que explicaría a su juicio que el legislador haya incorporado el caso del delito preterintencional del Nº 3 del Art. 150 B, en que con ocasión de las torturas se produce en forma imprudente la muerte o lesiones del Art. 397 Nº 1 en la víctima.²⁶

2.3. Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

De la misma manera en que lo hace el artículo 16 del UNCAT²⁷, el artículo 150 D del Código Penal define en forma negativa qué acción u omisión es constitutiva de apremio ilegítimo u otro trato cruel, inhumano o degradante. Así señala que “el empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con

²⁶ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 4^a edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 pp. 174-175.

²⁷ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Art. 16 “1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona (...)"

las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente". De esta manera, serán apremios ilegítimos, los malos tratos, sea porque el dolor o sufrimiento -físico, psíquico o sexual- infligido, no alcanza la gravedad o severidad de la tortura o porque no hay claridad con relación a los fines específicos exigidos en el inciso 3º del artículo 150 A del Código Penal: obtención de una confesión o información, de castigo o discriminatorio.

2.4. Diferencia entre tortura y apremios.

Como se dijo, las especiales finalidades exigidas para el delito de tortura, en el artículo 150 A del Código Penal, no se exigen para los delitos de apremios u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, siendo esta la primera diferencia entre ambas conductas.

Sin embargo, la intensidad del sufrimiento y su gradualidad, que ha venido en denominarse el elemento material, es el principal criterio delimitador entre ambas conductas.^{28 29}

Esta relación de gradualidad, en palabras del legislador chileno, se expresa en el artículo 150 D del Código Penal al señalar que serán apremios ilegítimos aquellas conductas “*(...) que no alcancen a constituir tortura (...)*”.

2.4.1. Circunstancias orientadoras para la evaluación de la intensidad del sufrimiento.

Para la medición de intensidad o gravedad del sufrimiento provocado a la víctima se consideran circunstancias internas y externas del hecho cometido, aspectos que el Tribunal Europeo y la Corte IDH, han utilizado para configurar la doctrina de la “apreciación relativa”, remitiendo su análisis a los factores endógenos y exógenos de la conducta o comportamiento.

Se entiende por factores endógenos aquellos que se refieren a las características del trato que se ha verificado, 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 generalmente causan. Por otra parte, constituyen factores exógenos los que se refieren a las condiciones de la persona que padece sufrimiento, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal que constituya una vulnerabilidad de la víctima, que sea conocida por el sujeto activo.

Dentro de los factores exógenos, conocidos por el agente y utilizados por este al momento de infijir el maltrato, se encuentran el sexo y género de la víctima. Es

²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos: “Campbell y Cosans”, sentencia de 25 de febrero de 1982; “Irlanda contra el Reino Unido”, sentencia de 18 de enero de 1978; “Timurtas contra Turquía”, sentencia de 13 de junio de 2000.

²⁹ El criterio de la gravedad ha permitido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como a la Comisión, discriminar distintos niveles de intensidad de sufrimiento de la víctima, calificando en concreto la conducta.

así, como el año 2016, el Relator Especial sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, evacuó un informe a través del cual evalúa la aplicabilidad de la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles en el derecho internacional a las experiencias propias de las mujeres, las niñas y las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales³⁰.

Para enmarcar la aplicación de la perspectiva de género al fenómeno de la tortura, el Relator Especial señala que:

"La violencia de género, endémica incluso en tiempos de paz y a menudo amplificada en períodos de conflicto, puede ir dirigida contra cualquier persona en razón de su sexo y de los papeles asignados por la sociedad a cada género. A pesar de que este tipo de violencia suele afectar predominantemente a las mujeres, las niñas, las personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, las minorías sexuales y las personas disconformes con su género, también pueden sufrirla los hombres y los niños, contra los que se ejerce un tipo de violencia sexual que es consecuencia de unos papeles y unas expectativas que la sociedad asigna"³¹.

Lo anterior cobra una relevancia fundamental teniendo en consideración que una violación a los derechos humanos, de acuerdo con la definición nacional e internacional de torturas y otros tratos crueles, motivada por el sexo, identidad de género, orientación sexual o expresión de género, puede configurar, y además explicar, la comisión de delitos de violencia institucional. Esto además tiene una repercusión práctica importante, puesto que como destaca el Relator Especial: *"En la práctica, no suele estar claro el límite conceptual entre los malos tratos y la tortura (...) Adoptar una perspectiva de género frena la tendencia a considerar malos tratos determinados abusos cometidos contra mujeres, niñas y personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, aunque [puesto que] encajarían mejor en la definición de tortura"*³².

La distinción entre torturas y apremios y otros tratos crueles inhumanos o degradantes, se define finalmente por el grado de vulneración al bien jurídico protegido, que se afectará de distinta manera según la gravedad del sufrimiento infligido, siguiendo a De La Mata y Pérez:

*"Difiere del trato inhumano y de la tortura únicamente en razón a la intensidad de la afección al interés tutelado, medida en función de las circunstancias personales del individuo y de las características del ámbito socio-político en el que se ubican estos comportamientos, único criterio de distinción, lo que permite afirmar que nos encontramos ante nociones graduadas de una misma especie de comportamiento."*³³

³⁰ Informe del relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57, 05 de enero 2016.

³¹ A/HRC/31/57, p. 4.

³² A/HRC/31/57, p. 4.

³³ DE LA MATA, Norberto. y PÉREZ, Ana. *op.cit*. p. 42.

En general, podemos decir que la relación entre las torturas y los apremios se visualiza como una pirámide, estando en la cúspide las torturas, seguidas de las conductas de apremios y otros tratos crueles, y aún más abajo, en su base, el delito de vejación injusta o de abusos contra particulares.

2.5. Vejaciones injustas del artículo 255 del Código Penal y Violencias innecesarias del artículo 330 del Código de Justicia Militar.

2.5.1. Vejaciones injustas del artículo 255 del Código Penal.

Dentro de la jerarquía de los delitos de violencia institucional, una de las figuras menos gravosas estaría configurada por el delito de **vejaciones injustas del artículo 255 del Código Penal**, tratándose de una norma con cláusula de subsidiariedad expresa, esto al disponer que se aplicará la pena señalada “salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará solo la pena asignada por la ley a este.”, anticipándose a eventuales situaciones de concurso aparente que puedan presentarse respecto de otros delitos del Código Penal.

En cuanto a la clasificación del tipo penal, este corresponde a uno de mera actividad, esto en razón a que el núcleo esencial de la conducta sancionada sería la acción vejatoria, sin exigir para efectos de su consumación la existencia de un resultado lesivo en la víctima.

Respecto del concepto “vejaciones”, se entiende según el diccionario, “la acción y efecto de vejar”, mientras que, por vejar se entiende “maltratar, molestar, perseguir a alguien, perjudicarle o hacerle padecer”. Por su parte, la doctrina dominante, desde Labatut a la fecha, entienden dentro del verbo rector a “cualquier maltrato, molestia, perjuicio o gravamen de que se haga víctima a una persona”³⁴. Sin embargo, esta figura en la actualidad regularía un grupo acotado de conductas³⁵, puesto que el ámbito de protección de la norma y su respectivo bien jurídico tutelado³⁶, han ido mutando desde su configuración originaria en el Código Penal de 1874 y sus ulteriores modificaciones, siendo en la actualidad un tipo residual a las figuras especiales de torturas y apremios ilegítimos consagradas por la Ley N°20.968.

³⁴ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. 3^a Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 463; LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal, Tomo II, Parte Especial*. 7^a edición. Editorial Jurídica, Santiago, 2000. p. 94.

³⁵ Vid. POLITICO, MATUS y RAMÍREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. Segunda edición actualizada. , Editorial Jurídica, Santiago, 2005. p. 515; MATUS y RAMIREZ. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. 3^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 463, p. 138.; Respecto de la distinción previa a la entrada en vigencia de la Ley N°20968, Véase ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte Especial. Tomo IV*. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica, Santiago, 1997. pp. 233-234.

³⁶ Véase a modo de ejemplo el tratamiento que la doctrina nacional le da a este tipo, categorizándolo como: Delito cometido por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos, específicamente, atentando contra el decoro, dignidad y prestigio de la Administración (LABATUT 2000), Delito que afecta la confianza depositada en los empleados públicos (MATUS y RAMÍREZ 2019) (POLITO, MATUS, RAMIREZ 2005), Delito que consiste en la infracción de deberes del cargo (ETCHEBERRY 1997).

En lo tocante al bien jurídico tutelado por la norma, tanto la doctrina como la jurisprudencia refieren que los delitos funcionarios contemplados en el Título V del Libro II del Código Penal tendrían por bien jurídico protegido al “recto y normal desenvolvimiento de la administración pública”³⁷, “la recta administración pública en sentido amplio, como actividad general del Estado”³⁸, “la función pública”³⁹, entre otros similares.

Respecto a la categoría amplia de sujeto activo “empleado público” recogida por el tipo penal, esta resultaría aplicable a la mayoría del personal perteneciente a los distintos órganos de la Administración del Estado y servicios públicos. Al referirse a la especial calidad que debe revestir el sujeto activo del delito, la doctrina ha señalado que las expresiones “empleado público” y “funcionario público” deben ser entendidas como sinónimas, por tanto, les resultaría aplicable el contenido del artículo 260 del Código Penal, excluyendo así una interpretación restrictiva de los conceptos ya señalados, como resulta evidenciable en el ámbito del derecho administrativo⁴⁰.

Debe tenerse en vista la exigencia que la conducta punible ocurra en el contexto de un acto de servicio⁴¹, lo que excluye cualquier conducta que no constituya una potestad legal establecida para dicho empleado público, particularmente aquellas que resultaren manifiestamente ilícitas, máxime si se considera la supresión de los apremios ilegítimos o innecesarios dentro de este tipo penal⁴², creando una figura autónoma en el artículo 150 D en razón de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.968.

³⁷ BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Tomo IV*. 2^a Edición aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2007. p. 151

³⁸ ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica, Santiago, 1997. p. 203

³⁹ MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. 3^a Edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. p. 439.

⁴⁰ Vid. BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal, Tomo IV*. 2^a Edición aumentada y actualizada, Legal Publishing, 2007. pp. 152-153; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo IV*. Tercera edición revisada y actualizada. Editorial Jurídica, Santiago, 1997. p. 206; MATUS y RAMIREZ. *Manual de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. 3^a Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 439-440; POLITOFF, MATUS y RAMIREZ. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte especial*. Segunda edición actualizada., Editorial Jurídica, Santiago, 2005. pp. 487-488.

⁴¹ Sobre el concepto “funciones militares” del artículo 330 del Código de Justicia Militar, homologable también al concepto acto de servicio” del artículo 255 del Código Penal, la Corte suprema refirió en su fallo Rol 28100-2014, considerando sexto, lo siguiente: “Que, por otro lado, nos encontramos en presencia de un delito común atribuido a funcionarios de Carabineros a quienes se les acusa de aprehender a tres ciudadanos que resultaron agredidos, hechos que evidentemente quedan fuera de toda calificación como acto de servicio policial (militar) o efectuado con ocasión del mismo servicio. Dada la naturaleza evidentemente antijurídica de los hechos establecidos, no puede considerarse que la sola circunstancia de encontrarse carabineros en servicio activo o en cumplimiento de un desempeño rutinario permita asumir que los delitos que cometan en esas circunstancias se efectuaron con ocasión del servicio militar, ya que ello implica trasladar impropiamente a la judicatura especial un hecho común apartado totalmente de las funciones que atañen al aludido servicio militar, y que son de conocimiento de la justicia ordinaria”. En un sentido similar, fallo Corte Suprema 23579-2015.

⁴² La redacción del artículo antes de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.968, señalaba: “El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, será castigado con las penas de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte sueldos vitales”.

Por otra parte, la actual redacción del tipo en comento contempla una agravante consistente en el aumento de un grado en la pena, cuando el hecho punible sea cometido contra un sujeto pasivo que se encuentre en una situación de vulnerabilidad o cuando este último se encuentre bajo su cuidado, custodia o control.

En razón de lo ya expuesto, se utilizará por **regla general** como título de castigo el artículo 255 del Código Penal, cuando la conducta ilícita haya sido realizada por un funcionario público y/o empleado público perteneciente a un órgano de la Administración del Estado y/o servicio público, siempre y cuando este no ostente la calidad contemplada en el artículo 6º del Código de Justicia Militar⁴³. Refuerza la exclusión señalada, la cláusula de subsidiariedad contemplada expresamente en la norma, de tal forma que ante casos que verifiquen como resultado al menos lesiones menos graves y sean cometidos por sujetos activos del artículo 6º del Código de Justicia Militar, se castigará dicha conducta conforme al delito de violencias innecesarias del artículo 330 N°3 del Código de Justicia Militar, cuyo marco penológico es superior al referido.

Se tendrá como **excepción** a la regla general referida, aquellos casos donde un funcionario público o empleado público, de aquellos contemplados en el artículo 6º del Código de Justicia Militar, cometiere una conducta ilícita que no provoque lesiones a la víctima del delito.

2.5.2. Violencias innecesarias del artículo 330 del Código de Justicia Militar.

Por su parte, el delito de **violencias innecesarias** del artículo 330 del Código de Justicia Militar, según lo ha señalado la jurisprudencia nacional, se estructura primeramente con una **figura simple o base contemplada por la primera parte del articulado y el numeral 4** que considera situaciones en que no existe un resultado o este pudiese estimarse como lesiones leves; y en tres hipótesis calificadas descritas en los numerales 1, 2 y 3 del comentado artículo⁴⁴. Respecto del bien jurídico tutelado por la norma, esta figura cautela un bien jurídico de naturaleza militar, siendo el “deber militar”⁴⁵.

La estructura del tipo penal, según lo ha entendido la doctrina, corresponde a un tipo complejo formado por un delito doloso, que corresponde a la conducta catalogada como violencia innecesaria, y luego un resultado más grave atribuible al menos a imprudencia militar. Por otra parte, el empleo de la voz “con motivo”,

⁴³ Personal del Ejército, Fuerza Aérea, Armada y Carabineros.

⁴⁴ Sentencia TJOP Puerto Montt, 19 Marzo 2019, RIT 104-2018, RUC 1700613778-4. Considerando Duodécimo

⁴⁵ Vid. ETCHEBERRY, Alfredo. *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1967-1982, Tomo IV. Parte General y Parte Especial*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987. pp. 589-592.

excluiría la imprudencia de la conducta base, delimitando el tipo a la concurrencia de dolo, al menos⁴⁶.

Conforme a lo señalado previamente, cuando la conducta ilícita bajo análisis sea susceptible de subsunción dentro de esta figura penal, **se excluirá el uso del delito base**, evitando así aplicar figuras penales como las lesiones leves del artículo 494 N°5 del Código Penal, tipo facultativo para el tribunal basado en los elementos valorativos “*calidad de las personas*” y “*circunstancias del hecho*” cuya justificación resulta anacrónica. Así, ante la ausencia de lesiones verificables por una conducta susceptible del tipo base de violencias innecesarias, recobra aplicación el artículo 255 del Código Penal aun tratándose de funcionarios pertenecientes a las fuerzas armadas o Carabineros⁴⁷.

Podrá emplearse al artículo 330 del Código de Justicia Militar como título de castigo, en aquellos casos donde el exceso de las potestades legales asociadas al ejercicio de funciones militares⁴⁸, conlleve a su vez como consecuencia la realización de una de las conductas ilícitas de los numerales 1°, 2° y 3° de la norma referida. Así las cosas, el artículo 330 del Código de Justicia Militar, en la práctica operaria como solución legal expresa a una hipótesis concursal.

Por otra parte, se excluye también la aplicación de la agravante contemplada en el inciso final del citado artículo⁴⁹, en razón de constituir siempre una conducta sancionable por los tipos penales de tortura o apremios ilegítimos.

2.6. Reglas sobre el uso de la fuerza.

2.6.1. Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho a la manifestación pacífica y el uso de la fuerza por encargados de hacer cumplir la ley.

La Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas 15/21 de 2010, reconoció que “toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”. De este derecho deriva también la obligación que tienen los

⁴⁶ Véase, por ejemplo, lo señalado por la Corte Suprema, 14 Diciembre 2015, Rol 7315-2015, considerando sexto: “Dicho delito se aplica a los funcionarios de Carabineros de Chile y se ha entendido por “violencias” la comisión de actos de agresión física o maltrato de obra y es menester que aquella sea empleada por el militar para vencer la resistencia opuesta a su actuación, pero es necesario que la misma sea “innecesaria”, es decir que para la ejecución del acto su empleo se haga sin motivo racional.”

Así lo que se sanciona es el empleo de fuerza más allá de lo permitido, el exceso de ejecución, o cuando no sea necesario el uso de la fuerza por no presentar la persona en que se ejecuta resistencia de ninguna especie. Se exige, además, un elemento subjetivo que dice relación con el estado animico del autor en orden a lo injusto de requerir que la violencia sea empleada sin motivo racional.”; También las sentencias TJOP Puerto Montt, 19 Marzo 2019, RIT 104-2018, RUC 1700613778-4. Considerando duodécimo y decimotercero; ICA Copiapó, 11 Diciembre 2018, Rol 443-2018, considerando tercero.

⁴⁷ Supra subapartado 2.5.1

⁴⁸ Respecto de la interpretación del concepto “funciones militares” resulta aplicable el contenido de la nota N° 41 del presente instructivo.

⁴⁹ Señala el precepto: “Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado”.

Estados de promover “un entorno seguro y propicio para que los individuos y los grupos puedan ejercer sus derechos a la libertad de reunión pacífica, de expresión y asociación...”.

Tanto en el caso de las manifestaciones pacíficas como en aquellas que pueden tornarse violentas, se ha recomendado a los Estados velar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, ejerzan la fuerza cuando sea estrictamente necesario y lo hagan en forma proporcional a la amenaza a la que puedan verse expuestos, por lo mismo se ha recomendado fuertemente prohibir la armas de fuego para la mantención del orden público y preferir siempre el uso de armas “no letales” o “menos letales”, haciendo un uso correcto de ellas.

En el caso en que una manifestación que se haya iniciado en forma pacífica y luego haya devenido en una violenta o en una manifestación pacífica en donde los manifestantes violentos sea un grupo pequeño y específico, la acción de las policías debe ser dirigida específicamente a dicho grupo. El ejercicio legítimo de la fuerza para el mantenimiento del orden público y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas es uno de los elementos centrales en un Estado Democrático de Derecho. Reafirmando esto último, la Corte IDH ha señalado que:

“[...] de acuerdo con la propia Convención, el derecho a participar en política, la libertad de expresión y el derecho de reunión no son derechos absolutos y pueden estar sujetos a restricciones. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias, por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad [...]”⁵⁰.

Sin embargo, la restricción del derecho de reunión por causa de haber devenido el método de protesta en el empleo de medios violentos, no es causa suficiente que permita restringir dicho derecho a la totalidad de los manifestantes, primando por tanto el principio de distinción, de tal forma que sólo aquellos que empleen medios violentos como forma de manifestación vean limitado temporalmente su derecho a reunión y libertad de expresión, mientras que el resto del grupo de manifestantes sigue gozando del ejercicio de su derecho a reunión en forma pacífica⁵¹.

La Asamblea General de Naciones Unidas a través de su Resolución 34/169 de 1979, dictó el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, y en el contexto del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana

⁵⁰ Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 3025. Considerando 168. Vid. Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371. Considerando 174; Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/15/21, 30 Septiembre de 2010, Pár. 4.

⁵¹ Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371. Considerando 175; Consejo de Derechos Humanos 25º período de sesiones “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo” A/HRC/RES/25/38, 11 de abril de 2014, p. 3

Cuba en 1990, se dictaron los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por Funcionarios Encargados de Hacer cumplir la Ley, en los que por primera vez llamó a los Estados a utilizar “armas incapacitantes no letales” de tal manera de evitar al máximo la posibilidad de ocasionar lesiones de gravedad a las personas en la tarea del mantenimiento del orden público.

Sin perjuicio del marco normativo descrito, la relevancia de la temática también ha sido abordada específicamente en distintos pronunciamientos por órganos o representantes especializados de las Naciones Unidas, entre ellos: el Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias⁵², Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación⁵³, Consejo de Derechos Humanos⁵⁴, entre otros. De la misma forma, a nivel latinoamericano, se evidencia la preocupación que suscita este tema en las instancias especializadas, sea la CIDH⁵⁵ o la Corte IDH.

2.6.2. Ejercicio ilícito de la fuerza: ámbito de aplicación, alcance de su regulación legal y reglamentaria.⁵⁶

Resulta imperativo precisar los alcances o distinciones que este marco jurídico ofrece al momento de calificar un hecho ilícito en el plano de la atribución de responsabilidad penal, puesto que no toda la regulación desarrollada en la materia ha tenido por finalidad atribuir responsabilidad penal individual, siendo por el contrario uno de los principales objetivos de los instrumentos señalados, la atribución de responsabilidad estatal y servir como orientación o guía al desarrollo de la normativa de los Estados en los casos que se evidencien falencias normativas o desarrollo inferior en relación con el estándar vigente en materia de derechos humanos⁵⁷. Dicho de otro modo, la vulneración a uno o varios derechos

⁵² Vid. A/HRC/11/2, 27 Mayo 2009. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston; A/HRC/14/24/Add.1, 18 Junio 2010. Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Philip Alston. Addendum. Communications to and from governments; A/HRC/32/39, 06 Mayo 2016. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias relativo al derecho a la vida y el uso de la fuerza por los proveedores de servicios de seguridad privada en contextos de mantenimiento del orden.

⁵³ Vid. A/HRC/31/66, 04 Febrero 2016. Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones.

⁵⁴ Vid. A/HRC/RES/19/35, 18 Abril 2012. La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas; A/HRC/RES/25/38, 11 Abril 2014, La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones pacíficas.

⁵⁵ Vid. CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Protesta y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II

CIDH/RELE/INF.22/19, Septiembre 2019; CIDH. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Violencia Policial contra afrodescendientes en Estados Unidos. OEA/Ser.L/V/II., Doc. 156, 26 noviembre 2018.

⁵⁶ Para una mayor profundización sobre una arista de este asunto, véase el documento de la UEDDH “Análisis sobre el uso de la fuerza y empleo de proyectiles de energía cinética a la luz de los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos.” Disponible en el link <http://172.18.1.193/usexvif/>

⁵⁷ Vid. A/HRC/11/2, 27 Mayo 2009. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Philip Alston. pp. 23-24. En palabras del Relator: “Los principios contenidos en los diversos textos de obligaciones internacionales deben a su vez reflejarse en los documentos operacionales y de políticas aprobados a nivel nacional. Si bien los Estados conservan una discreción considerable en el enfoque específico que adopten, las normas internacionales de derechos humanos remiten a una serie de medidas que deben tomarse al respecto, entre las que se incluyen las siguientes: a) la aplicación de un marco jurídico

humanos determinados debe a su vez ser graduada en torno al nivel de intensidad de la afectación del derecho, de tal forma que de un mismo ilícito se puede al menos analizar un cúmulo de responsabilidades de distinta entidad, pudiendo concurrir de forma conjunta o sólo alguna de ellas. Hablese de la responsabilidad internacional del Estado, administrativa, disciplinaria, civil y penal⁵⁸.

En el plano del ordenamiento interno, es posible identificar como supuestos de delimitación del uso de la fuerza por parte de los agentes estatales en las causales de justificación⁵⁹, así por ejemplo, aquellas consagradas en el artículo 10° N° 4, 5, 6 y 10 del Código Penal, artículo 208 del Código de Justicia Militar respecto de los miembros de las FF.AA., artículos 410, 411, 412 del Código de Justicia Militar respecto de Carabineros y artículo 23 Bis del Decreto Ley N°2460 del 9 de enero de 1979, respecto de la Policía de Investigaciones. Luego, en un segundo nivel se adicionan como complementos de naturaleza administrativa a todos aquellos instrumentos emanados de la Institución respectiva para la regulación de una actividad o función institucional que potencialmente implique el uso de algún grado de fuerza. Este último punto cobra especial relevancia, puesto que el desapego a la regulación consagrada en los instrumentos administrativos no es el fundamento que justifica la configuración del injusto penal en un caso determinado, por el contrario, dicho fundamento de punición se configura por la ausencia de una causal de justificación respecto de una conducta típica.

La valoración que debe otorgársele a los distintos instrumentos administrativos que regulan el uso de la fuerza en el plano interno, entendiendo que estos son en la realidad la materialización en algún grado del desarrollo de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, debe ser conforme a criterios de especificación por vía interpretativa de los elementos de las causales de justificación y/o eximición de responsabilidad, siendo necesario diferenciar su

concebido para garantizar tanto el mantenimiento efectivo del orden como el respeto de los derechos humanos, incluido el derecho a reunirse pacíficamente; b) la capacitación del personal de mantenimiento del orden centrada tanto en la teoría como en la práctica; c) políticas y procedimientos operacionales para ayudar y orientar al personal de mantenimiento del orden a controlar las reuniones dentro del marco legal; y d) sanciones disciplinarias y de otra índole destinadas a promover el cumplimiento. La combinación de medidas que garanticen el mejor equilibrio posible variará de un Estado a otro en función de la estructura policial y de otros factores.”

⁵⁸ Vid. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo. Sentencia del 29 Julio 1988. Considerandos 132, 134-135; Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Fondo. Sentencia del 20 Enero 1989. Considerandos 138-141.

⁵⁹ Vid. JAKOBS, Günther. *Derecho Penal, fundamentos y teoría de la imputación*. 2^a edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997. pp.545-551; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 10^a edición, Editorial BdeF, Buenos Aires, 2020. pp. 489-501; ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del delito*. Civitas, Madrid, 1997. pp. 656-660, 734-741; MATUS, Jean Pierre Y RAMÍREZ, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. pp. 274-275, 281-282; WILENMANN, Javier. *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*. Marcial Pons, Buenos Aires, 2017. pp. 287-343, 731-736; WILENMANN, Javier. “El control del ejercicio de la fuerza pública durante el estallido social en la práctica judicial chilena” en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal Año 9 N° 41*, pp. 3-24. p. 6. ; ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. 3^a edición*. Editorial Jurídica, Santiago, 1999. pp. 243-247; COUSÍNO, Luis. *Derecho Penal Chileno. Tomo II*. Editorial Jurídica, Santiago, 1979. pp. 202-205, 438-442; NÁQUIRA, Jaime. *Derecho Penal Chileno. Parte General. Tomo I*. 2^a edición. Thomson Reuters, Santiago, 2015. pp. 372-375; MUÑOZ CONDE, Francisco Y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal, Parte General*. 9^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. pp.331-334, 362-364.

contenido particular para determinar su alcance respecto de las normas del ordenamiento penal. Así, los principios generales contenidos en los instrumentos administrativos operan concretizando las exigencias de necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza en aquello que complementen o especifiquen los criterios generales contemplados por el legislador en las causales de justificación. Por el contrario, el contenido relativo a la organización y acción precisa frente a distintos escenarios de intervención policial sirve únicamente para definir modos de buena actuación en el ejercicio de la función policial, siendo su utilidad la fundamentación de responsabilidad estatal y eventualmente la responsabilidad administrativa disciplinaria⁶⁰.

Desde una perspectiva probatoria, el valor de los instrumentos institucionales que regulan el uso de la fuerza cobra especial relevancia al momento de analizar el tipo subjetivo de una determinada conducta típica. Específicamente, el apego o desapego al instrumento, la entidad o gravedad de la infracción de protocolo, la exigibilidad del protocolo en atención a las circunstancias contextuales reinantes en el caso concreto, entre otros, permiten en conjunto a otros antecedentes probatorios, afirmar o rechazar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo penal que se impute, especialmente el elemento cognoscitivo, o en su defecto como indicio de este.

En razón de lo expresado en el presente acápite, el o la fiscal a cargo de una investigación cuyos hechos implicaren el uso de la fuerza en cualquiera de sus modalidades, para efectos de su valoración jurídico-penal, deberá reconducir su análisis a las causales de justificación, sea para dar por configuradas aquellas que resultaren aplicables al caso, o para desacreditar la procedencia de estas.

En el caso que se decida formalizar la causa, se incorporará parte de este contenido en la comunicación de los hechos que se formalizan ante la concurrencia de causales de justificación incompletas.

2.7. La violencia sexual como tortura y otros tratos crueles y los desnudamientos en lugares de detención o custodia.

2.7.1. Estándares internacionales de derechos humanos.

La jurisprudencia de tribunales internacionales y las recomendaciones de órganos convencionales y extra convencionales de los sistemas de protección de derechos humanos, han reconocido ampliamente a la violencia sexual como una de las formas específicas en que se materializa la tortura y los tratos crueles. Tal como se ha expuesto en sentencias de tribunales internacionales de derechos humanos e informes de verdad sobre los crímenes de lesa humanidad cometidos por agentes del Estado en Chile y en el mundo, las principales víctimas de esta modalidad de violencia estatal son las mujeres y otros grupos en situación de especial

⁶⁰ WILENMANN, Javier. “El control del ejercicio de la fuerza pública durante el estallido social en la práctica judicial chilena” en: *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal* Año 9 N° 41, PP. 17-18.

vulnerabilidad como niños y niñas, adolescentes, gays, lesbianas, personas trans e intersex.

Por lo anteriormente dicho, tanto para el derecho internacional de los derechos humanos como para el derecho interno, cobra particular importancia destacar **la violencia sexual como una forma específica de tortura**, toda vez que -como se dijo- este tipo de violencia es ejercida mayoritariamente, pero no exclusivamente, contra las mujeres. El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer ha señalado que la discriminación contra la mujer incluye la violencia basada en el sexo, “es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada” y que abarca “actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer estos actos, coacción y otras formas de privación de libertad”⁶¹.

La violencia sexual ha sido una herramienta utilizada en actos constitutivos de tortura y aplicación de tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo cual ha sido reconocido a nivel normativo internacional y nacional. Uno de los hitos que releva lo fundamental de asumir la violencia sexual como una forma de tortura o tratos crueles o inhumanos, está dado por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que criminaliza – en cuanto crimen de lesa humanidad- la violación sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable⁶²; también los reconoce en cuanto crímenes de guerra⁶³. En cuanto a jurisprudencia internacional, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1998 (Caso Akayesu), estableció que “la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona bajo circunstancias que son coercitivas. La violencia sexual no se limita a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no involucran penetración o siquiera contacto físico”⁶⁴. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha consagrado una definición amplia de violencia sexual, teniendo como base la jurisprudencia internacional y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, al definirla como “**acciones que se cometan en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.**”⁶⁵ Por su parte Naciones Unidas ha desarrollado una serie de documentos con el propósito de abordar la violencia sexual, los

⁶¹ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 11 Período de Sesiones. Recomendación General No. 19 “La Violencia contra la Mujer”. Documento: HRI/GEN/1/Rev. 1at84 (1994), párrafo 6.

⁶² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 7.1.

⁶³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Artículo 8.2.

⁶⁴ Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment (Sept.2, 1998). En el párrafo 687 se estableció que “(...) *Como la tortura, la violación se utiliza para propósitos tales como la intimidación, degradación, humillación, discriminación, castigo, control o destrucción de una persona. Como la tortura, la violación es un atentado contra la dignidad personal y la violación de hecho constituye tortura cuando se infinge por un oficial público u otra persona que tenga un rol oficial o debido a su instigación, consentimiento o aquiescencia*”.

⁶⁵ Corte IDH, Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de Fondo, Reparación y Costas, 2006, párrafo 306.

cuales consideran desde definiciones de la misma hasta recomendaciones respecto de cómo abordar, tratar y reparar la violencia sexual en el contexto de conflictos o represión política, razón por la cual el problema es abordado con énfasis por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas⁶⁶. Las Naciones Unidas han destacado la importancia de visibilizar la violencia sexual en la sociedad actual y han puesto énfasis en la necesidad de prevenir su ocurrencia y evitar la impunidad si se presentan casos. Por último, a nivel nacional es necesario recordar que el informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura consideró expresamente la violencia sexual, y en el marco de su funcionamiento “recibió testimonios de prisioneros y prisioneras políticas que en tal condición sufrieron agresiones sexuales, mujeres, hombres e incluso menores de edad”⁶⁷.

Sin duda alguna se ha reconocido como una forma extrema de violencia contra las mujeres, la violación sexual como forma de tortura. Sobre este punto la Corte IDH en el Caso “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú” ya reconoce que “(...) la violación sexual de una detenida por un agente del Estado es un acto especialmente grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente (...) Asimismo, la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima <humillada física y emocionalmente>, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.”. De ahí que la Corte IDH haya podido concluir que “(...) los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura”⁶⁸.

Recientemente la Corte IDH el año 2018 en el “Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México”⁶⁹ perfiló y desarrolló aún más las características de la violencia sexual como tortura. La Corte en este caso en que once mujeres detenidas por la policía, sufrieron violencia sexual por medio de agresiones verbales y físicas, en donde siete de ellas además fueron víctimas de violaciones sexuales, puesto que parte de los abusos infligidos incluyeron penetración de su cuerpo o con alguna parte del cuerpo de los policías o algún objeto.

Es importante destacar que la Corte IDH advirtió, que si bien ya la violencia sexual y física en contra de las once mujeres era razón suficiente para considerar los actos de los agentes estatales como tortura, los insultos y violencia verbal cobraron una especial relevancia a la hora de configurar de forma global el caso. Sobre el particular, destacó la gravedad de la violencia verbal y psicológica a la que también

⁶⁶ Marco Analítico y Conceptual de las Naciones Unidas de la Violencia Sexual en los Conflictos, junio de 2011; Reparaciones por la violencia sexual relacionada con los conflictos, junio 2014; resoluciones del Consejo de Seguridad: 1325 (2000), 1612 (2005), 1674 (2006), 1820 (2008), 1882 (2009), 1888 (2009), 1889 (2009), 1894 (2009) 1960 (2010).

⁶⁷ Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura (2004), Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, p. 278.

⁶⁸ Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006, párr. 311

⁶⁹ Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. 2018.

fueron reiteradamente sometidas, por medio de insultos y amenazas con connotaciones altamente sexuales, machistas, discriminatorias y en algunos casos, misóginas.

En suma, es importante reconocer a la hora de enfrentar un caso de tortura o de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de carácter sexual en contra de mujeres y otros grupos que se encuentran en situación especial de vulnerabilidad, que esta forma específica de violencia estatal se puede manifestar de distintas maneras, las cuales pueden ir desde insultos o amenazas con contenido sexual hasta las formas más extremas de violencia como lo son la violación u otras formas de abuso sexual. Para detectar estos actos, es fundamental hacer el análisis desde una perspectiva de género, lo cual permitirá al investigador/a identificar, por ejemplo, reproducción de estereotipos o actitudes misóginas en las que se expresa esta forma específica de tortura y malos tratos.

2.7.2. Orientaciones para la calificación jurídica de los desnudamientos forzados penalmente relevantes.

Uno de los fenómenos específicos dentro de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes de carácter sexual, es el desnudamiento forzado en contextos de detención, custodia y cuidados. En relación con la desnudez forzada de mujeres privadas de libertad, es interesante ver que la Corte IDH sobre la materia ha sostenido que “*Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometan en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno*⁷⁰”, señalando que precisamente la desnudez forzosa es uno de esos casos.

2.7.3. Valoración jurídica de los registros corporales.

Como se dijo supra la reforma de la Ley N° 20.968 fue novedosa en varios sentidos, uno de ellos fue que estableció un sistema de gradualidad con relación a los malos tratos que puede infilir un agente estatal o un particular en ejercicio de una función pública. De esta manera, en lo más alto de la pirámide se encuentra el delito base de tortura descrito y sancionado en el artículo 150 A del Código Penal, en la mitad de la pirámide se encuentra el delito de apremios ilegítimos tipificado y castigado en el artículo 150 D del Código Penal y, finalmente, en la base, se mantiene el delito de abuso contra particulares del 255 del Código Penal.

⁷⁰ Corte IDH. Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, Párrafo 191; Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, Párrafo 306.

La explicación anterior resulta importante puesto que la orden proveniente de un funcionario de la policía para el registro corporal de una persona puede ser constitutiva de los delitos ya referidos o tratarse de una conducta legítima. Todo dependerá de las circunstancias de hecho que rodean el desnudamiento, motivo por el cual se investigará con base al siguiente listado de factores:

- Existencia o inexistencia de antecedentes que justifiquen la realización del registro.
- Motivos de la detención de la persona sujeta al procedimiento.
- Tipo de registro efectuado.
- Sexo, edad y estado de salud de la persona registrada. Se tendrá en consideración el estado de salud conocido o evidente de la persona al momento del registro (lesiones físicas, discapacidades, enfermedades crónicas, etc.).
- Forma procedural en la que el registro es llevado a cabo. Para estos efectos, se tendrá en consideración el marco regulatorio interno de la Institución (protocolo) a la que pertenezcan los imputados.
- Zonas del cuerpo sobre las que ha procedido el registro.
- Nivel o grado de desnudamiento efectuado (total o parcial), si procediere.
- Sexo registral del personal que realiza el procedimiento en relación con la identidad de género de la persona registrada.
- Condiciones materiales del lugar o habitación donde se realice el procedimiento.
- Existencia o inexistencia de un registro documental asociado al procedimiento (cuando procediere).
- Finalmente, si hubiere, relación de las diversas manifestaciones de malos tratos que refiera haber recibido la víctima durante el procedimiento.

En razón de lo anterior, para efectos de la valoración jurídico-penal de un registro corporal en sus distintas modalidades, superficial, pormenorizado y exhaustivo, se deberá analizar en profundidad los factores señalados previamente para efectos de la valoración global del procedimiento como legítimo o ilegítimo, como también otros factores particulares inherentes al caso. A partir de dicha valoración, el o la fiscal a cargo de la causa si decidiere formalizar la investigación, deberá hacer referencia abreviada a estos factores en la formalización.

Adicionalmente, durante el proceso de evaluación de los antecedentes del caso, podrá consultarse a la Unidad especializada en DD.HH., Violencia de Género y Delitos Sexuales respecto de la valoración jurídico-penal del procedimiento de registro, subsunción a los tipos penales aplicables, como cualquier otro apoyo que resultare necesario⁷¹.

⁷¹ Para mayor información remitirse al documento de la UEDDH “Informe sobre la desnudez forzada de personas privadas de libertad en comisarías u otros lugares de custodia”. Disponible en el link <http://172.18.1.193/usexvif>

2.8. Delitos conexos: la falsificación de instrumento público y obstrucción a la investigación.

Es posible que con ocasión de la comisión de delitos de violencia institucional los funcionarios imputados confeccionen partes policiales dando cuenta de información ideológicamente falsa, a fin de encubrir su delito o el de otro/a funcionario/a, incurriendo en el delito del artículo 193 N°4 del Código Penal, que sanciona al empleado público que falte a la verdad en hechos substanciales, y que la falsedad se contenga en un instrumento público.

También es posible que, en el contexto de casos de violencia institucional, la falsedad consista específicamente en aportar antecedentes falsos en una causa penal, de manera que la conducta podría encuadrar en el tipo penal del artículo 269 bis del Código Penal, que sanciona el que “*obstaculice gravemente el esclarecimiento de un hecho punible o la determinación de sus responsables, mediante la aportación de antecedentes falsos*”.

En ambos casos, si se advierte la existencia de estos delitos conexos a los de violencia institucional, con la finalidad de uniformar criterios de actuación y de proceder coordinada y especializadamente en tales casos, se instruye a los y las fiscales a cargo de estas investigaciones informar a la Unidad Especializada en Anticorrupción de la Fiscalía Nacional. A su vez, deberán coordinar con los y las fiscales especializados en dichas materias, si correspondiere, a través del Fiscal Regional respectivo.

2.9. Investigación de la responsabilidad del superior jerárquico⁷².

Sin perjuicio de lo antes dicho, respecto de las formas de comisión por omisión en los delitos de tortura y apremios ilegítimos, en los restantes tipos penales de violencia institucional, además de la atribución de responsabilidad individual a los ejecutores materiales del delito, es necesario indagar si conforme a los antecedentes existentes, es posible la atribución de responsabilidad a los superiores jerárquicos de los autores materiales del delito o a quienes no impidieren o no hicieron cesar las torturas y/o los apremios, establecidos en los artículos 150 A y D del Código Penal.

En el mismo sentido, la Corte IDH ha manifestado que ante la existencia de **indicios suficientes**, deberán abrirse las respectivas líneas de investigación tendientes a determinar si las autoridades a cargo de los operativos omitieron impedir o investigar los actos de tortura **estando en posición de hacerlo**⁷³.

⁷² Para el desarrollo de la temática, sugerimos revisar el documento de la UEDDHH “Informe sobre la responsabilidad del superior en el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones sociales”. Disponible en el link <http://172.18.1.193/usexvif>

⁷³ Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 296.

Ahora bien, con la finalidad de orientar la imputación conforme a los artículos 150 A y D del Código Penal en cuanto la responsabilidad del superior en razón de los ilícitos cometidos por sus subordinados, deberá tenerse en cuenta la notoriedad del suceso delictivo, la que se puede desprender de algunos de los siguientes factores: características del lugar de ocurrencia del delito (lugares abiertos o cerrados⁷⁴), cantidad de víctimas afectadas por el ilícito, número de autores del delito, duración del hecho delictivo, circunstancias fácticas de la cuales pueda desprenderse si los superiores u otros posibles responsables, estaban o no en posición de impedir o hacer cesar las conductas respecto de los ejecutores materiales del delito, entre otros.

3. ASPECTOS GENERALES DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN

El derecho internacional de los derechos humanos – con sus normas obligatorias y recomendaciones- obliga a los Estados a investigar con prontitud e imparcialidad todo caso de tortura que ocurra en su territorio. De acuerdo al Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, más conocido como Protocolo de Estambul, el objetivo de las investigaciones de tortura debe ser:

“(...) aclarar los hechos en relación con presuntos casos de tortura, con miras a identificar a los responsables de los hechos y facilitar su procesamiento o a utilizar la información en el contexto de otros procedimientos dirigidos a obtener reparación para las víctimas (...) Para que este objetivo se cumpla debe ser preciso que las personas encargadas de la investigación puedan, por lo menos, tratar de obtener declaraciones de las víctimas de la presunta tortura; recuperar y preservar las pruebas, incluidas pruebas médicas, en relación con las presuntas torturas para ayudar en el eventual procesamiento de los responsables; identificar a posibles testigos y obtener sus declaraciones con respecto a la presunta tortura; y determinar cómo, cuándo y dónde se han producido los presuntos hechos de tortura, así como cualquier tipo de pauta o práctica que pueda haber dado lugar a la tortura.”⁷⁵

Para la consecución de estos objetivos, la jurisprudencia de los órganos de control de tratados y de tribunales internacionales y la opinión de organismos especializados ha sido sintetizada en el Protocolo de Estambul a través del desarrollo de principios fundamentales de toda investigación sobre casos de tortura. De acuerdo a estos principios:

“Los Estados velarán por que se investiguen con prontitud y eficacia las quejas o denuncias de torturas o malos tratos (...) Incluso cuando no exista denuncia expresa, deberá iniciarse una investigación si existen otros indicios de eventuales

⁷⁴ Por ejemplo, tratándose de lugares cerrados, deberá prestarse especial atención al número de víctimas detenidas en ese lugar, a la realización de procedimientos especiales (detenciones en el contexto de manifestaciones masivas). En estos casos, resulta sumamente plausible que el superior jerárquico operativo mantenga presencia activa en las distintas dependencias a su cargo.

⁷⁵ OACNUDH. *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* [en línea]. Párrafo 77, 2004. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/training&Rev1sp.pdf>.

*torturas o malos tratos (...) Los investigadores, que serán **independientes** de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan, serán **competentes e imparciales**. Tendrán autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, médicos o de otro tipo, y podrán acceder a sus resultados. Los métodos utilizados para llevar a cabo estas investigaciones tendrán el máximo nivel profesional, y sus conclusiones se harán públicas.*⁷⁶

Si bien se trata de principios básicos de cualquier investigación penal, independiente del delito de que se trate, es importante hacer presente el énfasis que se les da en instrumentos internacionales, debiendo ser incorporados a cualquier sistema jurídico a fin de orientar todas las investigaciones de presuntos casos de tortura o apremios ilegítimos.

Por tanto, a fin de garantizar la competencia y la idoneidad exigida para este tipo específico de investigaciones, la asignación de estas causas debe radicarse necesariamente en los y las fiscales que tengan la debida formación o capacitación especializada en materia de derechos humanos.

Manifestaciones concretas del principio de imparcialidad en las investigaciones

En cuanto a las órdenes de investigar e instrucciones particulares: se instruye a los y las fiscales que estas sean diligenciadas por una Institución policial distinta de la que formen parte los funcionarios investigados; si en la localidad de ocurrencia de los hechos no existe una Unidad o Destacamento de la otra policía, se deberá enviar la Instrucción particular y/o Orden de Investigar a la unidad o destacamento más cercana geográficamente de dicha policía.

En particular, tratándose de hechos ocurridos al interior de un recinto penitenciario, el o la fiscal podrá trabajar directamente con el Departamento de Investigación Criminal de Gendarmería de Chile (DICRIM). Asimismo, en el caso de que los investigados sean funcionarios de Carabineros se podrá trabajar con el Departamento de Asuntos Internos de Carabineros (DAICAR) a través de sus respectivas Secciones de Asuntos Internos (SAICAR) y tratándose de funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile, con el Departamento V de dicha institución. **Sin perjuicio de lo señalado en el presente párrafo, el empleo de estas unidades especializadas se limitará a gestiones específicas, como la recolección e interpretación de documentación interna de la institución investigada u otras de la misma naturaleza, quedando siempre radicada la investigación y sus gestiones principales en la institución policial opuesta de aquella que está siendo investigada.**

En cuanto a la asignación de la causa: en los casos en que una persona, respecto de la cual se sigue una investigación en su contra, denuncie alguno de los delitos

⁷⁶ OACNUDH. *Protocolo de Estambul, op. cit.*, párrafo 79.

que trata la presente instrucción, se cautelará la imparcialidad de la investigación designando a un fiscal distinto al que la investiga como imputado.

Tratándose de **fiscalías unipersonales**, será la Fiscalía Regional la encargada de establecer un procedimiento para la asignación del nuevo caso, conforme a la realidad operativa de su región. A su vez, si la realidad de la región así lo permitiese, se vislumbra como buena práctica asignar la investigación a una fiscalía local territorial distinta de aquella que cotidianamente trabaja con la unidad policial investigada, reforzando de esta forma el cumplimiento al principio de imparcialidad.

La excepción a la regla anterior la constituyen aquellos casos que consistan en una misma interacción entre un funcionario y un particular, donde, de acreditarse la versión del funcionario público, importaría configurar una causal de justificación en su favor que a su vez desestime la alegación del particular, o viceversa. A modo de ejemplo, en un caso en que exista oposición a la detención, el funcionario deberá desplegar un nivel de fuerza determinado para vencerla, fuerza que para este podría estar justificada inicialmente bajo una causal de justificación, sin embargo, para el particular podría tratarse de fuerza excesiva constitutiva de delito.

Ante dicho escenario, un mismo fiscal investigará la causa por constituir una misma situación que debe ser valorada y analizada en su conjunto, evitando así decisiones contradictorias que versen sobre un mismo hecho, siendo obligatorio en su análisis remitirse a las causales de justificación, sea para darlas por configuradas o desacreditar su procedencia en el caso concreto.

Habiendo determinado las circunstancias que rodean al hecho investigado, el o la fiscal, mediante una decisión fundada que deberá constar en el sistema, adoptará uno de los siguientes caminos, según las circunstancias y antecedentes investigativos del caso que investiga:

- 1) Continuar con la investigación por existir uno o varios delitos contra el particular, cometidos durante la misma interacción con el funcionario público, luego de haber determinado la ausencia de causales de justificación o su concurrencia incompleta.
- 2) Adoptar una decisión de fondo respecto de la causa desde la arista de la imputación contra el funcionario público, sea porque los hechos denunciados no constituyen delito o en razón de concurrir una causal de justificación a su favor. En dicho caso, se remitirán los antecedentes pertinentes al fiscal de la especialidad que corresponda, para continuar la investigación contra el particular.

La aplicación de esta excepción, no importará en caso alguno radicar la investigación del o los delitos comunes cometidos por el particular que no digan relación con la interacción ya referida, en el o la fiscal que investiga el presunto delito de violencia institucional. **En todo lo restante, continuará la competencia**

del fiscal que deba perseguir uno o varios de los delitos cometidos por el particular, si procediere.

3.1 Diligencias investigativas.

Los y las fiscales que tengan a su cargo investigaciones por hechos que puedan ser constitutivos de alguno de los delitos que trata el presente instructivo, dispondrán en el más breve lapso posible la realización de las **diligencias esenciales** establecidas por esta Instrucción General, quedando luego supeditadas a las características propias del caso la realización de otras diligencias.

3.2 Diligencias esenciales.

3.2.1 Contacto y citación para la toma de declaración de la víctima.

Se deberá asegurar un emplazamiento válido de esta, consignando en una constancia en el sistema informático (SAF, OPA, Red Gestión Penal según corresponda) y en la carpeta investigativa, especificando el medio de contacto empleado, la fecha de contacto, el o la funcionario/a que realizó la comunicación y finalmente los resultados de dicha gestión.

En el acto de la citación, se le informará un correo electrónico u otro medio de contacto idóneo al que pueda escribir en caso que tenga algún impedimento sobreviniente que le impida asistir a la citación acordada, a fin de fijar un nuevo día y hora para la realización de la diligencia.

El "Modelo Administración y Tramitación de Causas" estableció que todas las víctimas (o sus representantes legales, según corresponda) serán contactadas telefónicamente por el equipo de "Preclasificación", a fin de indagar la posibilidad de que estas tengan antecedentes que aportar en una declaración. En dicha instancia, si se cuenta con la agenda del equipo de fiscales investigadores en esta materia, podrá procederse a efectuar la citación a la víctima, en cuyo caso se debe respetar el estándar señalado en este punto. Por el contrario, de no ser posible el cumplimiento de dicha actividad con las exigencias mencionadas previamente, el equipo de "Preclasificación" se limitará sólo a confirmar la existencia de antecedentes que aportar a la futura declaración.

En todos los casos, se debe asegurar la asignación preferente dentro de las 24 horas de recibida la denuncia, con el objeto de velar por el cumplimiento de la obligación estatal de celeridad en las investigaciones.

En casos donde no haya sido posible tomar contacto con la víctima, se deberá dejar constancia de dicha situación y de al menos tres intentos de contacto en fechas diversas y por distintos medios cuando exista más de uno (escritos, telefónicos, presenciales, u otros), antecedentes que serán consignados conforme

al párrafo anterior. Habiéndose logrado un contacto efectivo con la víctima, se tendrá por satisfecha esta exigencia.

Habiendo la víctima haya sido contactada y citada a declarar, y esta última no asista sin dar motivos justificados para ello, se dejará constancia en los términos del primer párrafo del presente acápite, constancia que tendrá por satisfecha la exigencia de citación a declarar.

3.2.2. Denuncia en Audiencia de Control de Detención.

En casos de denuncias realizadas durante una audiencia de control de la detención, los y las fiscales solicitarán la mayor cantidad de antecedentes de contacto a la víctima, tales como: teléfono fijo, teléfono celular, correo electrónico, dirección personal, dirección laboral, direcciones de parientes y/o cercanos.

Se deberá hacer presente al tribunal la necesidad de dar cumplimiento a los requisitos de forma y contenido de la denuncia de conformidad a lo dispuesto en el artículo 174 del Código Procesal Penal, exigiendo que su contenido refiera a los siguientes aspectos: narración circunstanciada del hecho, designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieron noticias de él.

De igual forma, durante el transcurso de la audiencia, quien comparezca en representación del Ministerio Público solicitará al tribunal la copia del audio de la audiencia, específicamente la denuncia realizada, grabación que luego será remitida a la fiscalía en la que se radicará la causa por violencia institucional.

A su vez, si durante la realización de la denuncia en la audiencia de control de la detención se verifique que él o la denunciante mantiene lesiones notoriamente visibles en su cuerpo, el o la fiscal presente en la audiencia solicitará al tribunal dejar constancia en audio de la existencia de lesiones del denunciante, describiendo someramente la naturaleza y ubicación de las lesiones.

Adicionalmente, se revisará si la víctima cuenta con una constatación de lesiones (DAU) o acta de estado de salud, según sea el documento que corresponda al caso concreto⁷⁷. En base a lo anterior, se verificará el debido correlato entre lo consignado en el documento que se trate y el estado de salud apreciable en la víctima al momento de la audiencia. En caso de existir diferencias sustanciales, porque existen más lesiones que las consignadas en el DAU o porque el DAU no consigna lesiones existiendo lesiones visibles o sea porque habiendo un Acta de estado de salud la persona mantiene lesiones visibles, en todas estas circunstancias se solicitará la constatación de lesiones de la víctima, luego del

⁷⁷ Véase para estos efectos el “Convenio sobre Protocolo Interinstitucional de constatación de estado de salud de detenidos en proceso penal”, suscrito entre el Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile” suscrito el 8 de julio de 2013.

término de la audiencia, sea que esta fuere puesta en libertad o quedare sometida a una medida cautelar (personal).

En estas denuncias y en caso de contar con la agenda del equipo investigador en esta materia, podrá procederse a efectuar la citación a la víctima en el mismo acto, para un día y hora determinado a prestar declaración, sirviendo como emplazamiento válido esta constancia en el audio. Por el contrario, de no ser posible por no contar con dicha coordinación, se limitará a solicitar la mayor cantidad de antecedentes de contacto a la víctima conforme al subapartado 3.2.1 del presente instructivo.

3.2.3. Toma de declaración de la víctima.

Esta diligencia deberá ser realizada obligatoriamente por el o la fiscal, o por el o la abogado/a asistente, cuando los hechos denunciados sean calificados por el o la fiscal como delitos de los artículos 150 A, B y E del Código Penal. De ser necesario, dada la dinámica de ejecución del delito denunciado y/o las condiciones físicas o psicológicas en que se encuentre la víctima, dicha diligencia será realizada con apoyo de un profesional de la URAVIT.

Tratándose de víctimas niños, niñas y/o adolescentes la declaración siempre deberá ser tomada por el o la fiscal, o el o la abogado/a asistente. Cada vez que se cuente con los medios tecnológicos que permitan obtener un registro en video íntegro y de calidad (cámara, teléfono celular, etc.), dicha diligencia deberá quedar videografiada, lo que no implica ajustar la declaración a los estándares de la entrevista investigativa videografiada regulada en la Ley N° 21.057, a menos que se investigue alguno de los delitos establecidos en el artículo 1º de dicha ley.

En los casos restantes, el o la fiscal asignado podrá optar por delegar la toma de declaración de la víctima en una entidad policial a su elección, a la que impartirá para estos efectos la respectiva orden de investigar y/o instrucción particular, velando dar íntegro cumplimiento al principio de imparcialidad consagrado en la presente instrucción. Adicionalmente, en estos casos, elaborarán una minuta de preguntas que servirá de guía al personal policial encargado de la toma de declaración, debiendo abordar en la forma más clara y pormenorizada los asuntos de interés jurídico-penal a consultar a la víctima.

3.2.4 Solicitud de incautación de grabaciones en cualquier soporte, sea video o audio, que den cuenta del hecho denunciado.

Se tendrá como diligencia esencial en los delitos de la especialidad, la solicitud oportuna de incautación de las grabaciones en cualquier soporte, sean video o audio, asociadas al lugar o lugares en que ocurrieron los hechos investigados, sean lugares y/o recintos cerrados, de libre acceso al público o vehículos institucionales.

Para estos efectos el Preclasificador verificará o realizará las siguientes diligencias, dependiendo de la forma de inicio de la causa:

- a) Situación de flagrancia: Se dispondrá como diligencia en forma verbal la solicitud a la brevedad del levantamiento de las grabaciones de las cámaras de seguridad u otro tipo del lugar en que ocurrieron los hechos investigados, de recintos cerrados o vía pública (sean estos privados, municipales o policiales). Para efectos de la ejecución de lo instruido, se estima suficiente que el funcionario policial diligenciador respalte mediante una grabación lo ordenado. En cuanto al registro de lo instruido, puede enviarse a la policía respectiva una instrucción escrita posterior, que haga referencia a la diligencia ya ordenada o mediante una constancia en la carpeta.
- b) Ingreso por denuncia o querella: El Preclasificador verificará si ha ordenado la realización de esta diligencia, en caso negativo, impartirá la instrucción para la obtención de los registros audiovisuales existentes, en el sentido antes señalado. Asimismo, el Preclasificador deberá verificar si existen otras denuncias o querellas por los mismos hechos, en caso afirmativo deberá proceder a la agrupación de las mismas.
- c) Consideraciones especiales según la institución investigada: Tratándose de hechos ocurridos al interior de un recinto penitenciario de Gendarmería de Chile, las grabaciones deberán solicitarse al Alcaide del recinto penitenciario respectivo, con copia al Departamento de Investigación Criminal de Gendarmería de Chile (DICRIM).

Tratándose de hechos ocurridos al interior de unidades o destacamentos pertenecientes a Carabineros de Chile, como también en vehículos policiales o procedimientos policiales en los que se deba portar cámaras, se tendrá en consideración para efectos de la solicitud de las grabaciones, la regulación establecida en el "Manual de uso y registro de videocámaras en el servicio policial 2020" aprobado por la Orden General N° 2732 de la Dirección General de Carabineros de Chile, de fecha 10 de enero de 2020, como asimismo, conforme a lo señalado en el Oficio N° 106 de la Dirección General de Carabineros de Chile, de fecha 18 de noviembre de 2020, según las siguientes situaciones:

- i. Casos de delitos flagrantes cometidos por Carabineros con videocámaras corporales: Instrucción Particular al Centro Nacional de Control de Imágenes de Carabineros (CENCICAR).
- ii. Casos de grabaciones de hechos delictivos captados por Drones institucionales: Instrucción particular al Centro Nacional de Control de Imágenes de Carabineros (CENCICAR).

- iii. Casos de grabaciones de "cámaras de otra naturaleza": Instrucción particular a la Unidad respectiva en la que se encuentre la videocámara cuyas grabaciones se requieran.

3.2.5 Estado de cumplimiento de las diligencias esenciales.

Se entenderán cumplidas las diligencias esenciales del apartado 3.2 y sus respectivos subapartados, cuando estas hubieren sido realizadas tanto en forma como fondo, de conformidad a lo exigido en la presente Instrucción General.

A su vez, también se entenderán por cumplidas las diligencias de los subapartados 3.2.1 “Contacto y citación de la víctima” y 3.2.3 “Toma de declaración de la víctima” cuando, no habiéndose logrado la realización de la diligencia, si se haya cumplido con la o las condiciones establecidas en el subapartado específico para certificar la imposibilidad de realización de esta.

3.3 Otras diligencias.

3.3.1 Instrucciones particulares a las unidades policiales.

Al dictar una instrucción particular, el o la fiscal de la causa, considerará en atención a la naturaleza de su caso, las siguientes gestiones a realizar:

- a) En el caso que las conductas constitutivas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sean de aquellas que potencialmente dejen secuelas físicas, se deberá requerir y adjuntar a la carpeta investigativa el Dato de Atención de Urgencia (DAU) de la víctima y el Acta de entrega de detenidos, si hubiere, o en su defecto el Acta de estado de salud y el Acta de entrega de detenidos, según sea el caso⁷⁸. Se tendrá en consideración la situación señalada en el apartado 3.2.2 para los efectos de realizar una nueva constatación de lesiones (DAU) ante lesiones evidenciadas en la audiencia de control de la detención.

Adicionalmente, las lesiones deberán ser fijadas fotográficamente, indicándose la identidad del funcionario policial que realizó la diligencia.

- b) Fijar fotográficamente el sitio del suceso y todos los indicios físicos y evidencias que puedan encontrarse en el lugar de los hechos, remitiendo posteriormente, y con las respectivas cadenas de custodia, las evidencias a la fiscalía competente.

⁷⁸ Véase para estos efectos el “Convenio sobre protocolo interinstitucional de constatación de estado de salud de detenidos en proceso penal”, suscrito entre el Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile” del 8 de Julio de 2013.

- c) Incautar armas u objetos utilizados para agredir a la víctima, si existieren, fijándolos fotográficamente y describiéndolos de forma detallada para su posterior levantamiento y remisión con cadena de custodia a la Fiscalía u otro organismo encargado de realizar las pericias según la instrucción del fiscal.
- d) Empadronar posibles testigos de los hechos.
- e) Reconocimiento de imputados conforme al "Protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputados, de noviembre 2013" entre el Ministerio Público y las policías.
- f) Otras pericias para casos complejos, especialmente en cuanto a la determinación del sujeto activo o en la dinámica de ejecución del hecho. Se podrá solicitar a los respectivos laboratorios policiales u otros organismos, alguna de las siguientes pericias, tales como: análisis crímino-dinámico, análisis de videos (reconstrucción cronológica de los acontecimientos con base en distintas fuentes de video, obtención de fotogramas de un video, determinación de velocidades de desplazamiento de vehículos), análisis de audios para determinar la ocurrencia de episodios específicos, planimétrico e infografía, georreferenciación de dispositivo SIMCCAR⁷⁹, georreferenciación de equipos celulares, entre otras.

Requerimientos de información generales⁸⁰:

3.3.2 Requerimiento de información en casos con imputado conocido.

El fiscal podrá oficiar a la institución del o los funcionarios involucrados, solicitando según las necesidades del caso, los siguientes antecedentes o cualquier otro que estime necesarios para el esclarecimiento del hecho:

- a) Reglamentos, protocolos o instrucciones, según corresponda, que regulen institucionalmente el ámbito o actividad en cuyo contexto se produce el delito.
- b) Copia íntegra de la investigación administrativa o disciplinaria realizada respecto de los hechos denunciados, cualquiera sea el estado en el que esta se encuentre al momento de la solicitud.
Tratándose de hechos ocurridos al interior de un recinto penitenciario, el requerimiento de información deberá solicitarse al Departamento de Investigación Criminal de Gendarmería de Chile (DICRIM).

⁷⁹ Aplicable a Carabineros de Chile.

⁸⁰ En el caso de Carabineros de Chile, se tendrán en consideración los documentos institucionales identificados en la “Minuta sobre Instrumentos Institucionales de relevancia jurídico-penal utilizados por Carabineros de Chile” o el documento que lo reemplace. Disponible en el link <http://172.18.1.193/usexvif/>

- c) Documentación Institucional: copia de registro “comunicaciones CENCO”⁸¹ y registros radiales, hoja de ruta del vehículo, georreferenciación de dispositivo SIMCCAR, etc.

3.3.3 Requerimiento de información en casos sin imputado conocido.

El fiscal al oficiar a la institución a la pertenecen los denunciados, cuya identidad específica desconoce, considerará los siguientes aspectos al elaborar su solicitud, o cualquier otro que estime pertinente para lograr la identificación del o los imputados:

- a) Documentación institucional: Copia de las anotaciones en los diversos libros de registro documental institucionales, certificado de servicio extraído de PROSERVIPOL⁸², copia de registro del extracto CAD (*Computer assisted dispatch*), copia de registro “comunicaciones CENCO”⁸³ y registros radiales, hoja de ruta del vehículo, etc.
- b) Reglamentos, protocolos o instrucciones, según corresponda, que regulen institucionalmente el ámbito o actividad en cuyo contexto se produce el delito.

Requerimientos de información especiales:

La presente sección se tendrá como complemento a la sección “requerimiento de información generales” subapartados 3.3.2 y 3.3.3, sea con imputado conocido o desconocido, sirviendo como orientación para dilucidar hipótesis delictivas específicas.

3.3.4 Delitos en cuya comisión se hubiere empleado armas de fuego letales o menos letales.

1. En caso de existir, remitir informes técnicos, institucionales o externos, sobre disparo del arma de fuego que se trate, distinguiendo entre los tipos de munición disponibles y sus efectos en la superficie del cuerpo humano, relativo a la munición empleada por el imputado.
2. Individualización de los funcionarios autorizados para utilizar el armamento que se trate y los respectivos certificados o documentos que acrediten su habilitación para el uso de dicho armamento, si procediere.

⁸¹ Aplicable a Carabineros de Chile.

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem.

3. Verificar existencia de acta circunstanciada de utilización de armamento que se trate.
4. Verificar en los libros respectivos si existe constancia de salida desde la unidad o dependencia del armamento que se trate, con su correlativo retiro de munición, el día de los hechos. Para estos efectos se considerará necesario individualizar al funcionario a cargo del armamento, servicios prestados, vehículo en el cual se movilizó, además, de la individualización del armamento utilizado (marca, modelo, número de serie, calibre y munición empleada).
5. Remitir hoja de ruta de los vehículos utilizados en el procedimiento, si procediere.

3.3.5 Requerimiento al Servicio Médico Legal (Pericias conforme al Protocolo de Estambul).

El presente apartado fue elaborado a partir de los lineamientos desarrollados por el valioso trabajo del equipo del Servicio Médico Legal (SML) encargado de generar y uniformar los estándares de esta pericia a nivel nacional.

Las y los fiscales, deberán requerir al SML la realización del “Examen de salud físico y psicológico conforme al Protocolo de Estambul” de la víctima.

Respecto de esta pericia, se debe tener presente las siguientes consideraciones:

- En relación a utilidad probatoria.

Para los casos de torturas de los artículos 150 A y B del Código Penal, se dispondrá la realización de esta pericia. Excepcionalmente se podrá prescindir de esta pericia cuando existan medios probatorios suficientes para acreditar todos los elementos de los delitos de torturas del Art. 150 A y B, como por ejemplo, informes de lesiones, protocolos operatorios, registros de videogramaciones explícitas de la agresión, etc.

Tratándose de los apremios ilegítimos de los artículos 150 D y E del Código Penal, se deberá usar restrictivamente en aquellos casos donde exista un imputado conocido, se proyecte la resolución final del caso mediante un juicio oral y la realización de la pericia pueda ser útil para resolver casos graves donde no hay vestigios de los malos tratos físicos. En esta hipótesis cobra especial relevancia la pericia de Estambul en su faz psicológica.

- Personas en situación de discapacidad cognitiva.

Se sugiere solicitar complementariamente al Protocolo de Estambul, un informe en que el perito se pronuncie sobre el desarrollo cognitivo de la persona a evaluar y determinación de funciones que dicen relación con la posibilidad de comprender, recordar y/o relatar, y actuar conforme a lo anterior.

- Niños, Niñas y adolescentes.

En los casos de víctimas infantiles sin discapacidad cognitiva, el propio perito que realiza la evaluación pericial está en condiciones de evaluar clínicamente esa capacidad –testimonial- y si se puede llegar a obtener información válida para dar curso a la evaluación. Excepcionalmente, se sugiere solicitar complementariamente al Protocolo de Estambul, un informe sobre capacidad testimonial **solo en aquellos casos que se sospeche de una discapacidad cognitiva que pudiera afectar la capacidad testimonial y en la que no existan evaluaciones previas a las que pueda acudirse.**

- Con relación a la oportunidad.

En cuanto a la proximidad temporal entre la pericia y los hechos investigados, es deseable que el examen físico se realice con la mayor prontitud posible a fin de no perder posibles evidencias. Por su parte, la evaluación psicológica es recomendable que sea realizada no antes de noventa días de ocurridos los hechos, con el fin de documentar adecuadamente un posible trauma, descartando reacciones agudas en contexto de crisis. La pericia se debe realizar según lineamientos del SML, que para el caso de la pericia psicológica deberá implicar la realización de a lo menos dos entrevistas para emitir una conclusión.

- Contenidos mínimos esperable en las conclusiones de los informes:

Informe Psicológico:

- Relato de la experiencia vivida de la persona evaluada, los antecedentes asociados a la identificación del responsable por parte de la víctima y si la experiencia relatada es consistente con la vivencia de tortura, malos tratos, según estudios de este fenómeno.
- Si conforme a la sintomatología y/o indicadores psicológicos, emocionales o conductuales presentes es posible generar un diagnóstico. De no ser así, se deben describir los síntomas o indicadores presentes.
- Es recomendable solicitar en la misma pericia una evaluación de daño psíquico, que es el concepto que hace alusión a todos los desajustes psicológicos derivados de la exposición de la persona a una experiencia de victimización criminal.
- Tratándose de víctimas que registren episodios reiterados o habituales de victimización, se sugiere solicitar en la misma pericia una evaluación que individualice el daño presente directamente asociado al episodio denunciado versus otros daños provenientes de su historia de vida.

Informe de Lesiones:

- Diagnóstico y pronóstico (pronóstico médico legal).
- Quejas y sintomatología psicológica observada durante la evaluación física.
- Data de ocurrencia de las lesiones.

- Consistencia entre los puntos anteriores y los hechos relatados.
- Conclusión del informe de lesiones, contemplado una calificación médico-legal de las lesiones.

En virtud de lo señalado, en caso de recibirse informes que no contengan estos contenidos se deberá pedir su complemento.

3.4 Aplicación de Metodología SACFI en la investigación de casos ante reiteraciones delictivas.

Como fue tratado en el subapartado 2.6.1, frente la complejidad de investigar delitos cometidos en el contexto de mantenimiento del orden público, durante el control de manifestaciones masivas, reflejada en la dificultad de determinar los autores y partícipes de esta clase de hechos, surge entonces la necesidad de investigar en forma relacionada los distintos hechos acaecidos en estos contextos.

Por ello, a fin de efectuar un análisis con visión global del suceso delictivo, en miras de establecer la existencia de relaciones entre los diversos hechos, aprovechando los antecedentes investigativos de algunos de los casos existentes cometidos en un mismo contexto (hora y lugar), se recomienda utilizar la metodología SACFI de acuerdo con los lineamientos que establezcan las respectivas regiones para los apoyos de estos equipos a los distintos fiscales de la región.

De esta manera, las investigaciones regionales -sobre todo en contextos como los señalados en los párrafos anteriores- a través del trabajo en conjunto con los equipos SACFI, deberían tender a obtener una reconstrucción global de todos los hechos investigados, estableciendo los episodios más relevantes según gravedad de los hechos y georreferenciación de estos, posibles patrones, focos, responsabilidades individuales y en su caso, responsabilidades de los distintos niveles de mandos. Este objetivo podría lograrse -por ejemplo- a través metodologías tales como: a) análisis de imágenes de video o fotografías asociadas como evidencia a las causas en búsqueda de patrones comunes o elementos distintivos de individualización de autores materiales y b) análisis de partes en búsqueda de patrones comunes, individualización de policías, responsabilidad de mando y georreferenciación de delitos.

Por lo tanto, de acuerdo a los artículos 15 N° 3, 22 y 23 del Reglamento del Sistema de Análisis Criminal y Focos Investigativos, aprobado por Resolución FN/MP N°1002 de fecha 30 de mayo 2016, se recomienda que ante investigaciones con las características ya descritas, el o la fiscal asignado solicite al o la fiscal jefe SACFI de su región el apoyo de su equipo de análisis, conforme a las necesidades del caso.

4. CRITERIOS ORIENTADORES DE LA ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Los y las fiscales deberán velar por el cumplimiento de los siguientes criterios:

- Derivación a la URAVIT para atención especializada de aquellas **víctimas que por el grado de afectación del delito y/o por las consecuencias físicas y psicológicas así lo requiera**.
Se entenderán comprendidas en esta categoría siempre las víctimas de:
 - a) Tortura.
 - b) Delitos cuyas consecuencias consistan en lesiones graves, o de mayor entidad.
 - c) Delitos que contemplen abuso sexual con contacto, abuso sexual agravado y víctimas de violación.
 - d) Víctimas que presenten ideación suicida.
 - e) Víctimas del artículo 108 del Código Procesal Penal.
- Derivación a la URAVIT para atención especializada de aquellas **víctimas niños, niñas y adolescentes**.
- Derivación de víctimas y testigos que por **otros criterios relevantes, en especial el de interseccionalidad**, se estime necesaria la atención especializada de la URAVIT.

Los profesionales de las URAVIT evaluarán el riesgo del caso derivado utilizando la Pauta de Intimidación de OPA y asimismo evaluarán las necesidades de protección y apoyo.

En el caso de víctimas o testigos privados de libertad a cuyo respecto se evalúa la existencia de riesgo, **se deberá considerar la adopción o la solicitud al juzgado de garantía, de alguna o algunas medidas de protección adicional, tales como:**

- a) Solicitar al juzgado de garantía que ordene el traslado o alejamiento de los funcionarios imputados de sus labores cuando estas implican contacto con la víctima o testigo.
- b) Solicitar que la víctima o testigo sea periódicamente llevada/o a la presencia del juzgado de garantía.
- c) Solicitar que la víctima o testigo sea examinada por médicos externos de servicios de salud o de Gendarmería y que emitan informes a la Fiscalía o juzgado de garantía.
- d) Solicitar que la víctima sea entrevistada con motivo de las visitas de jueces de garantía y fiscales judiciales.

- e) Solicitar que la víctima o testigo pueda ser visitado o llevado a entrevistarse con el fiscal o con el profesional de URAVIT que corresponda, para evaluar su situación de riesgo y necesidades de protección.

5. TÉRMINOS

5.1 Salidas judiciales.

5.1.1 Acuerdos reparatorios.

De conformidad con el artículo 241 del Código Procesal Penal, **no son procedentes** los acuerdos reparatorios, por tratarse de conductas que afectan bienes jurídicos que no son disponibles ni tienen carácter patrimonial, y además, por existir un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal.

Si alguno de los intervenientes propone al respectivo tribunal un acuerdo reparatorio, los fiscales deberán oponerse. Si no obstante, el tribunal decreta esta salida, el fiscal deberá apelar dicha resolución.

5.1.2 Suspensión condicional del procedimiento.

En consideración al bien jurídico protegido y a los compromisos internacionales adoptados por Chile en la materia, **se instruye aplicar esta facultad en forma excepcional, limitada y prudente, excluyendo su uso ante investigaciones formalizadas por delitos de tortura de los artículos 150 A y B del Código Penal, en razón de tratarse de hechos que comprometen gravemente el interés público.**

Por ello los y las fiscales deben ponderar, en cada caso, las circunstancias de la comisión del delito, su naturaleza, reiteración, modalidad y móviles, debiendo perseverar en la persecución criminal cuando ella aparezca necesaria, por la gravedad y trascendencia de los hechos en el caso concreto o por la existencia de riesgo alto o vital para la víctima. **En todo caso, deberá obtenerse previamente la autorización del Fiscal Regional, que deberá constar en la carpeta investigativa.**

5.2 Términos facultativos.

5.2.1 Archivo Provisional y decisión de no perseverar.

Estos términos sólo serán aplicables en la medida en que se hayan realizado las diligencias esenciales del apartado 3.2 y sus respectivos subapartados, sea mediante el cumplimiento efectivo de estas o cumpliendo con las condiciones específicas para certificar la imposibilidad de realización de la diligencia que se

trate. Para estos efectos deberá tenerse en consideración lo regulado en el subapartado 3.2.5

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el cumplimiento de las diligencias esenciales del apartado 3.2 no habilitará por si solo la adopción de un término facultativo de la causa, debiendo adicionalmente verificarse que en el caso concreto no existan otros antecedentes que permitan continuar con la investigación.

La falta de voluntad de la víctima para continuar con el proceso, o su inasistencia a una citación para tomarle declaración, por sí solas no constituyen un elemento suficiente para aplicar el archivo provisional ni la decisión de no perseverar, cuando existan otros antecedentes para la determinación del hecho punible y la participación de sus autores. Para estos efectos deberá tenerse en consideración lo regulado en el subapartado 3.2.5.

Si se opta por el archivo provisional o la decisión de no perseverar deberá obtenerse previamente la autorización del fiscal regional, la que constará en la carpeta investigativa, en forma de una resolución sucinta que contemple los antecedentes de hecho y derecho que justifican el término facultativo invocado.

5.2.2 Principio de Oportunidad.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 170 del Código Procesal Penal, **no es posible aplicar dicho término a estos delitos**, por tratarse de hechos que comprometen gravemente el interés público en razón de la conducta misma y del sujeto activo que lo comete.

6. REGISTROS

Se instruye a los y las fiscales, los y las administradores/as y sus equipos técnicos velar por el correcto registro de los delitos regulados en el presente instructivo en el Sistema de Apoyo a los Fiscales (SAF).

Los códigos de los delitos tratados en la presente Instrucción General son los siguientes:

Delito	Artículo	Código y nombre SAF
Tortura por particulares	150 A inc. 2°	224, TORTURAS POR PARTICULARES AGENTES DEL ESTADO (150 A INC. 2)
Tortura por Agentes del Estado	150 A inc. 1°	225, TORTURAS COMETIDAS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS (150 A INC 1)
Tortura para anular voluntad de la víctima	150 A inc. 4°	227, TORTURA PARA ANULAR VOLUNTAD (ART. 150 A, INC. 4°)
Tortura con homicidio	150 B N° 1	228, TORTURA CON HOMICIDIO (ART. 150 B N°1)

Tortura con cuasidelito de homicidio	150 B N° 3	230, TORTURA CON CUASIDELITO (ART. 150 B N°3)
Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes	150 D	231, APREMOS ILEG. COMETIDOS POR EMPL. PÚBLICOS. (ART. 150 D)
Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes con homicidio	150 E N° 1	232, APREMOS ILEG. CON HOMICIDIO (ART. 150 E N°1)
Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes con violación o abusos sexuales	150 E N° 2	233, APREMOS ILEG. CON VIOL., AB. SEX. AGRAV. OTROS (ART. 150 E 2)
Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes con cuasidelito de homicidio	150 E N° 3	234, APREMOS ILEGÍTIMOS CON CUASIDELITO (ART. 150 E N° 3)
Abusos contra particulares	255	420, ABUSOS CONTRA PARTICULARS.ARTS. 255.
Violencias innecesarias	330 CJM	12089, OTRAS INFRACCIONES AL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.

Los y las fiscales, administradores/as y sus equipos técnicos deberán velar por que se cumpla con registrar correctamente el check “Func. Público” en SAF a nivel de sujeto imputado a las investigaciones de este tipo de delitos. Lo anterior es importante a efecto de detectar y cuantificar correctamente la cantidad de delitos de violencia institucional.

7. TRABAJO INTERINSTITUCIONAL

Para los efectos de velar por el debido cumplimiento de las directrices instruidas en el presente instructivo y la eficaz asesoría en la investigación y persecución de estos delitos, el o la **coordinador/a regional** de Derechos Humanos se relacionará con los querellantes institucionales de acuerdo a los siguientes lineamientos:

En virtud del Convenio de Colaboración suscrito entre el Ministerio Público y el Instituto Nacional de Derechos Humanos, **se instruye a los fiscales que ante requerimientos de esta institución, deberán poner a su disposición los antecedentes necesarios para ejercer la acción penal, en los términos contemplados en la Ley N° 20.405**. A fin de determinar la alternativa más conveniente en cuanto a la oportunidad de remisión de los antecedentes, se sugiere la realización de reuniones de coordinación interinstitucional a nivel regional, lideradas por el encargado regional de Derechos Humanos.

Tanto respecto del **INDH⁸⁴** como respecto de la **Defensoría de la Niñez⁸⁵**, existen convenios Interinstitucionales, mediante los cuales se establece la obligación de entregar aquella información sobre investigaciones penales en las cuales dichas instituciones tenga atribuciones y legitimación activa para querellarse; competencia que tratándose del INDH se encuentra referida a crímenes de genocidio de lesa humanidad o de guerra, tortura, desaparición forzada de personas, tráfico ilícito de migrantes o trata de personas y en el caso de la Defensoría de la Niñez a delitos sexuales, homicidios, infanticidios y lesiones (artículo 3 N°5 de la Ley N°20.405

⁸⁴ Convenio de Colaboración Ministerio Público e Instituto Nacional de Derechos Humanos, suscrito el 25 julio de 2013.

⁸⁵ Convenio de Colaboración Ministerio Público y Defensoría de la Niñez, suscrito el 26 marzo de 2019.

respecto del INDH; artículo 4º letra b en relación al artículo 16 de la Ley N° 21.067, respecto de la Defensoría de la Niñez).

Dicha entrega de información, no implica dar a conocer la totalidad de antecedentes investigativos concretos de las causas, puesto que ello vulneraría el deber de reserva de las investigaciones penales establecido en el artículo 182 del Código Procesal Penal, siendo suficiente la remisión de antecedentes generales del hecho investigado para que puedan discernir si deducirán querellas (por ejemplo, copia del parte o denuncia) que les permita confirmar que se trata de alguno de los delitos mencionados y por otra parte hacer una relación de los mismos en su presentación judicial. Luego de lo cual y en el caso de deducir querella, estas entidades podrán en su calidad de intervenientes, conocer todo el contenido adicional de una investigación penal.

En el caso del **Consejo de Defensa del Estado**, su Ley Orgánica en su artículo 41 (Decreto con Fuerza de Ley N°1), les permite solicitar al Ministerio Público los antecedentes que estimen necesarios para determinar si deduce o no querella, por lo que en dicho caso se deberán entregar los antecedentes que se soliciten, pudiendo ser la totalidad de la carpeta investigativa.

III. MUERTES BAJO CUSTODIA DEL ESTADO (MBC)

El Estado de Chile ha contraído diversas obligaciones internacionales respecto a las personas que mantiene bajo su cuidado, control o custodia, asumiendo una posición reforzada de garante de su vida e integridad física, psíquica y moral. Este rol puede ser ejercido tanto a través de instituciones estatales como de privadas que cumplen funciones públicas, e impone deberes cuya inobservancia puede implicar responsabilidad internacional del Estado. Uno de estos deberes especiales consiste en la obligación de **instruir investigaciones de oficio respecto a todas las muertes producidas en estas condiciones, sin importar el que haya una causa de muerte presuntamente conocida**.

Con el fin de coordinar la respuesta del Estado ante las muertes ocurridas bajo su control, custodia o cuidado y dar cumplimiento a obligaciones internacionales, se suscribió el “Protocolo Intersectorial de Alerta temprana ante muertes bajo el control, custodia o cuidado del Estado⁸⁶” (en adelante “Protocolo de Muertes Bajo Custodia”) el cual compromete a los servicios de hospitalización siquiátrica, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería, Servicio Médico Legal, el Servicio Nacional de Menores, a denunciar ante las policías todas las muertes ocurridas sin importar si ha sido certificada por un médico o no.

⁸⁶ “Protocolo Intersectorial de alerta temprana ante muertes bajo control, custodia o cuidado del Estado entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Salud, Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile, Servicio Médico Legal, Servicio Nacional de Menores, Servicio Nacional del Adulto Mayor y el Instituto Nacional de Derechos Humanos”.

Por su parte, el Ministerio Público deberá investigar las muertes con el fin de acreditar la ocurrencia de los hechos que rodean el fallecimiento y si este fue provocado por actos deliberados o negligentes de los agentes responsables del control, cuidado o custodia del fallecido. Para esto, se han determinado diligencias mínimas, teniendo a la vista estándares internacionales contenidas en el “Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas”⁸⁷, de Naciones Unidas y el documento “Guidelines for investigating deaths in custody”⁸⁸ de la Cruz Roja.

1. ENCONTRARSE BAJO CUSTODIA, CONTROL O CUIDADO

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, ratificado por el Estado de Chile el año 2008, junto con crear el Subcomité contra la Tortura y mandatar a los Estados a crear Mecanismos Nacionales de Prevención contra la Tortura (MNPT'S) -ambos organismos de monitoreo de naturaleza preventiva- contiene conceptos amplios de privación de libertad y lugar de privación de libertad.

Chile, dando cumplimiento a las obligaciones contenidas en el Protocolo, promulgó la Ley Nº 21.154 que designa al INDH como Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura. Para precisar el ámbito de competencias que tendrá el MNPT, el artículo 2º de la referida ley define que entiende por privación de libertad y lugar de privación de libertad:

- a) *Privación de libertad: cualquier forma de arresto, detención, prisión preventiva, cumplimiento de penas privativas de libertad, custodia o cualquier otra medida que impida el libre desplazamiento físico de una persona, ya sea por orden de una autoridad pública o con su consentimiento expreso o tácito, en una institución pública o privada.*
- b) *Lugar de privación de libertad: todo lugar, inmueble o mueble, incluidos los medios de transporte, administrados o dirigidos por el Estado o por particulares que cumplan una función pública, en que se encuentren o pudieren encontrarse personas privadas de libertad, sea por orden de autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito, como resultado de una orden de arresto, detención, en tránsito, prisión preventiva, cumplimiento de penas privativas de libertad, internación voluntaria o forzosa, sea administrativa o judicial, como medida de protección, custodia o cualquier otra medida que impida su libre desplazamiento físico o que no se le permita abandonar libremente.*

Como se puede observar, tanto en el Protocolo Facultativo como en la Ley Nº 21.254, la definición de “lugar de privación de libertad”, es muy amplia con el propósito de brindar la mayor protección posible a las personas privadas de libertad. La Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) ha sostenido que:

⁸⁷ OACNUDH, *Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas*. 2016. [en línea] Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinnesotaProtocol_SP.pdf

⁸⁸ COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA, *Guidelines for investigating deaths in custody*. 2013. [en línea] Disponible en: <https://www.icrc.org/en/publication/4126-guidelines-investigating-deaths-custody>

"(...) los elementos principales de esta definición se refieren al hecho de que una persona privada de libertad no puede abandonar el lugar de privación por libertad propia y que la detención debe tener cierto vínculo, ya sea directo o indirecto con las autoridades públicas"⁸⁹.

2. DILIGENCIAS MÍNIMAS

En cumplimiento de obligaciones internacionales contraídas por el Estado de Chile y la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los y las fiscales que tomen conocimiento de posibles muertes ocurridas bajo el control, custodia o cuidado del Estado, deberán abrir investigaciones de oficio. Sin perjuicio de lo anterior, el "Protocolo Interinstitucional de Alerta Temprana" comprende la obligación de denuncia por parte de los diferentes servicios involucrados.

Los y las fiscales que se encuentren investigando muertes de estas características, deberán disponer la realización oportuna de al menos las siguientes diligencias:

- i. Autopsia conforme al Protocolo de Minnesota: Sin perjuicio de que haya un certificado de defunción, deberá decretarse la práctica de la autopsia conforme el "Protocolo de Minnesota"⁹⁰. Podrá omitirse esta diligencia en los casos en que la causa de muerte sin intervención de terceros esté suficientemente acreditada en la causa. Deberá quedar constancia de esta excepción en la carpeta.
- ii. Requerimiento de información: Se deberá requerir información acerca del fallecido a la Institución que lo mantenía bajo su control, custodia o cuidado o a otras instituciones ya sean médicas o de otra naturaleza. En particular, se requerirá información vinculada a las circunstancias anteriores y coetáneas a la muerte, tales como antecedentes médicos, hoja de vida, libros de novedades, libros de visitas, etc.
- iii. Tomar declaración: a) Personas cercanas al fallecido, que puedan referirse a las circunstancias anteriores y coetáneas a la muerte; b) Funcionarios/as a cargo de la custodia o cuidado directo del occiso.

3. MARCA EN SAF "MBC"

⁸⁹ Asociación para la Prevención de la Tortura e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura*. Manual para su implementación, San José Costa Rica, 2010, p. 53.

⁹⁰ El "Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas" es un documento elaborado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas, con orientaciones y directrices técnicas dirigidas a policías, investigadores y organismos forenses, mediante los que establece una norma común de desempeño en la investigación de una muerte potencialmente ilícita.

Los y las fiscales, administradores/as y sus equipos técnicos deberán velar por que se aplique correctamente la marca “MBC” a las investigaciones de este tipo de muertes.

Lo anterior es importante a efecto de detectar y cuantificar los decesos de estas características en lugares de privación de libertad o custodia.

4. TÉRMINOS

Cuando con la práctica de las diligencias mínimas sea posible acreditar que la muerte no es imputable penalmente a terceros, los y las fiscales evitarán adoptar decisiones de término que no permitan reabrir la investigación en el caso de aparecer nuevos antecedentes. En este sentido, se deben promover los términos de Archivo Provisional o Decisión de No Perseverar.

Asimismo, se insta a comunicar a las víctimas indirectas (Art. 108 inc. 2º) en casos de MBC donde se opte por una decisión temprana de término.

5. FICHA SITIO SUCESO

La policía que concurra al sitio del suceso tendrá la obligación de completar la “Ficha Sitio del Suceso”. Este documento tiene por único objetivo consignar información relevante acerca del fallecimiento y sus circunstancias, obtenidas a partir del sitio del suceso de forma preliminar, para el conocimiento del Servicio Médico Legal.

IV. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

La desaparición forzada de personas es un crimen internacional y constituye una violación grave de derechos humanos, que durante la segunda mitad del siglo XX constituyó uno de los flagelos más dolorosos que el mundo haya conocido. Como respuesta a este grave crimen el sistema internacional de protección de los derechos humanos –Universal y Regional- ha venido desarrollando en las últimas décadas todo un *corpus normativo* para la protección de personas en contra la desaparición forzada.

El Estado de Chile es suscriptor de los dos principales instrumentos sobre la materia: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada (1994)⁹¹ y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las

⁹¹ *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en el vigésimo cuarto periodo ordinario de sesiones el 9 de junio de 1994.

Desapariciones Forzadas (2006)⁹², de ahí que el país se encuentra en la obligación de adecuar su ordenamiento jurídico, para incorporar el delito de desaparición forzada de manera común en el Código Penal. No podemos olvidar que si bien la Ley N° 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes u delitos de guerra, en su artículo 6° contempla el delito de desaparición forzada, lo hace sólo para los casos en que este se ejecute en contexto de ataques graves, generalizados y/o sistemáticos en contra de la población civil.

Estos instrumentos establecen tanto una definición de desaparición forzada de personas, como la obligación de tipificarla como delito penal en el ordenamiento interno, con penas que se correspondan a la gravedad que reviste. Así, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, en su artículo 2° entiende que la desaparición forzada consiste en:

"(...) el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley".

A la fecha, Chile no ha cumplido con su obligación de tipificación de esta conducta, lo que ha afectado las posibilidades de una adecuada sanción de estos casos⁹³. Ante esta situación, los tipos penales posibles de aplicar se han circunscrito a los delitos de secuestro, regulado en el artículo 141 y el delito de detención ilegal, del artículo 148, ambos del Código Penal. Frente a esta situación, **se debe considerar que el tipo de detención ilegal cometido por funcionario público constituye un tipo privilegiado de privación de libertad**, aplicable en casos en que el delito pueda conectarse con el sistema institucional de privación de libertad. **De lo contrario, y mientras no exista el tipo penal de desaparición forzada, se deberán calificar jurídicamente los hechos como secuestro.**

⁹² Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el Sexagésimo primer periodo de sesiones el 20 de diciembre del 2006, (A/61/448), A/RES/61/177.

⁹³ La trascendencia de no contar con un tipo penal autónomo quedó en evidencia en el caso de la desaparición de José Vergara en Alto Hospicio, en que los hechos fueron calificados como detención ilegal por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, por considerar que la actuación de los funcionarios policiales acusados fue acorde al sistema institucional de privación de libertad, considerando la apariencia razonable de un delito flagrante, siendo procedente la detención y el traslado de José Vergara de acuerdo al procedimiento legal. Esta determinación fue corregida por la sentencia de nulidad dictada por la Corte Suprema, que señaló en el considerando noveno de su fallo que existió un error en la calificación jurídica hecha por los jueces de primera instancia, al estimar que los funcionarios actuaron en forma concordante con su función pública, pues también resultó probada la obstaculización al libre desenvolvimiento de los procedimientos de control judicial o administrativo, toda vez que no se perseguía un delito, no se dejó constancia de la detención, ni se puso al aprehendido a disposición de un tribunal. Dada la falta de estos requisitos, señala que debe aplicarse el tipo de secuestro, regulado en el artículo 141 del Código punitivo y subsumir en dicho tipo penal la detención practicada.

En todo aquello en que no se señale algún criterio especial de investigación, se entienden aplicables las reglas generales reguladas en: Oficio FN N° 060-2014, Instrucción General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal; Oficio N° 284-2010 y Anexo. Instrucción General que imparte criterios de actuación sobre la audiencia de preparación del juicio oral; Oficio N° 285 -2010 y Anexo. Instrucción general que imparte criterios de actuación sobre el juicio oral; y Oficio N° 790-2008, Instrucción General que imparte criterios de actuación y procesos de gestión asociados al archivo provisional de la investigación, al principio de oportunidad y a la facultad de no iniciar investigación.

Cualquier materia no tratada en el presente oficio, o bien, cuestiones que surjan en relación con el mismo, deberán ser canalizadas a través de la Unidad Especializada en Derechos Humanos, Violencia de Género y Delitos Sexuales de la Fiscalía Nacional.

Sin otro particular, le saluda atentamente,



DGP/YOP

- Unidad Especializada en DD.HH., Violencia de Género y Delitos Sexuales.
- Unidad de Asesoría Jurídica.
- Archivo