

INFORME SOBRE ESTÁNDARES INTERNACIONALES SOBRE APREMIOS ILEGÍTIMOS, VIOLENCIA SEXUAL Y TORTURA

Por Elisabeth Matthei Schacht y Marcela Zúñiga Reyes, estudiantes de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Lidia Casas Becerra, investigadora del Centro de Derechos Humanos de la UDP

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

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

I. Tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes

A. Regulación legal nacional

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

Diversos tratados aprobados y ratificados por Chile prohíben la tortura y otro tipo de tratos inhumanos o degradantes contra las personas. En ese marco, por ejemplo, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, o la

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura¹. Desde agosto del año 2009, está vigente el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que establece como crímenes de lesa humanidad la tortura y otros actos inhumanos de carácter similar.²

En noviembre del mismo año, la Ley N°20.357, ley tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, introdujo como crímenes de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, el delito de tortura³, siempre que se realizara bajo ciertas condiciones.⁴

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ Art. 195 del Código Procesal Penal.

⁶ Art. 93 letra h) del Código Procesal Penal

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

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

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

a. Vejaciones injustas (art. 255 CP):

i. Tipo objetivo

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

ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)

iii. Pena: reclusión menor en su grado mínimo

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

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

c. Negativa de servicio (art. 256 CP)

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo: empleado público del orden administrativo¹³

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

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

¹⁰ DURÁN, Mario, "Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido", en Polít. Crim., vol. 14, N° 27 (julio 2019), art. 7, pp. 202 – 241, p. 214, disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v14n27/0718-3399-politcrim-14-27-202.pdf>.

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

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

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

2. Conducta: retardar o negar a los particulares la protección o servicio que deba dispensarles en conformidad a las leyes y reglamentos

ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)

iii. Pena: suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y multa de 11 a 20 UTM.

2. Apremios ilegítimos (arts. 150 D, 150 E y 150 F CP)

a. Figura base (art. 150 D CP):

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo:

a. empleado público¹⁴, abusando de su cargo o sus funciones; o,

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

2. Conducta¹⁵:

a. Aplicar, ordenar o consentir en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura; o,

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

ii. Tipo subjetivo: dolo (directo o eventual)

iii. Pena: presidio menor en sus grados medio a máximo y accesoria correspondiente

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

¹⁵ No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

b. Figura agravada (art. 150 D inciso segundo): Si se comete contra una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público.

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

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

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

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

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

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

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

i. Tipo objetivo

1. Sujeto activo:

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

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

2. Conducta¹⁶:

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

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

* Entendiendo por tortura, todo acto por el cual:

¹⁶ No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

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

ii. Tipo subjetivo:

1. Dolo (directo o eventual)¹⁷

2. Actuar con la razón o el fin de:

- a. obtener de ella o de un tercero, información, declaración o una confesión,
- b. de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido,
- c. o de intimidar o coaccionar a esa persona,
- d. o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación

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

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

iii. Pena: presidio mayor en su grado mínimo

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

i. Pero, si se entiende por tortura:

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

2. Con alguno de los fines de la figura base

ii. Pena: presidio menor en su grado máximo

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

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

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

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

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

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

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

que responda a una política de Estado o de sus agentes u otros, requisitos que no son necesarios para la configuración del delito de tortura previsto y sancionado en el Código Penal.

B. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica y la vida o la integridad moral, ligada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad independiente que la persona se encuentre privada de libertad.

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

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

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

¹⁸ Historia de la ley, p. 8 y 179

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

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

²¹ Historia de la ley, p. 179.

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

²³ Historia de la ley, p. 288.

²⁴ MATUS, RAMÍREZ, ibíd. p. 191.

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

²⁶ Ibíd. DURÁN, p. 209.

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

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

C.1 Según la gravedad del hecho

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

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

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

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

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

Respecto a cuándo los dolores o sufrimientos pueden ser calificados como "graves", puede recurrirse a criterios de valoración jurídico-sociales³⁰, o criterios como la duración, método o

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

²⁸ MATUS, RAMÍREZ, *Ibíd.*, p. 199.

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

modo en que se infligió el dolor o sufrimiento, o los efectos que se pretendía causar, y las características de la víctima³¹.

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

Cabe señalar, en todo caso, que ni la causación de dolores o sufrimientos graves, ni la aplicación de los métodos a los que hace referencia el artículo requieren necesariamente de una injerencia corporal intensa y, ni siquiera, de injerencia corporal alguna, toda vez que pueden darse casos de sufrimientos o métodos que afecten la psiquis que alcancen la gravedad suficiente para ser constitutivos del delito de torturas³⁴.

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

Por último, no puede entenderse como requisito que el sujeto se encuentre privado de libertad, puesto que, después de la reforma de la ley N° 20.968, no se requiere la privación de libertad de un sujeto para la configuración de ninguno de los tres delitos en cuestión³⁶. Sin perjuicio de que **ejecutar los delitos estando el sujeto privado de libertad o bajo el cuidado, custodia o control del sujeto activo, pueda constituir una agravante respecto de estos delitos**³⁷.

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

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 A del Código Penal, para estimar que los hechos son constitutivos de tortura, es importante no solo la realización de una conducta

³⁰ DURÁN, p. 218.

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

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

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

³⁴ DURÁN, p. 217.

³⁵ DURÁN, p. 217.

³⁶ DURÁN, p. 230.

³⁷ Artículos 150 C del Código Penal.

que conlleve una afectación física, sexual o psíquica, sino que aquella se realice con una finalidad específica.

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

- obtener de la víctima o de un tercero, información, una declaración o una confesión,
- castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido,
- intimidar o coaccionar a la víctima,
- discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad³⁸.

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ DURÁN, p. 233.

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

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

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

Al respecto, es posible observar que la Corte IDH en vez de aplicar el criterio europeo y distinguir las conductas, solo realiza una interpretación positiva. En este sentido, parece existir una zona gris constituida por algunas prácticas calificadas por ambos tribunales regionales como tortura y otras de penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes. A pesar de que la Corte IDH ha reconocido y catalogado de forma positiva la distinción realizada por el TEDH, parece empatizar más con la idea de la resolución casuística de casos, ya indicada, razón por la cual en esta materia existe una tendencia de identificar la tortura y malos tratos con un tipo específico de violación.

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

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

que se cometa con determinado fin o propósito."⁴² En razón a los hechos del caso, es necesario conocer cómo estos elementos han sido aplicados por la Corte IDH en casos de violencia sexual.

II. Concepto de violencia sexual ejercida por agentes del Estado

La violencia en contra de las mujeres, sea física, psicológica, sexual o de otra índole, es reconocida por diversos instrumentos de derechos humanos como una violación a los derechos humanos de las mujeres, y en especial de la Convención sobre la Eliminación de Previsión, Eliminación, Sanción y Reparación de violencia contra la Mujer. Esta comprende prevenir la ocurrencia de estos hechos, de investigar, sancionar y reparar las violaciones cuando ya han ocurrido con el propósito de no repetición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por su parte, ha desarrollado jurisprudencia relativa a violencia sexual en casos que involucran agentes del Estado, y su relación con la aplicación de tortura, tratos crueles y degradantes. No obstante, las agresiones sexuales y en particular la violación sexual es una conducta que vulnera el derecho a la integridad conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, y ciertamente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante Convención Belém do Pará)... La Corte IDH ha interpretado la violencia sexual como una "forma paradigmática" de violencia contra las mujeres.

Inicialmente, en el caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú (2006), la Corte se refirió a la violencia sexual cometida contra mujeres privadas de libertad, y en otros como Rosendo Cantú v. México (2010), en que la perpetración de violencia sexual se produce en un contexto de conflicto armado y guerra contra el narcotráfico y de guerra civil en el caso de la Masacre de Las Dos Erres v Guatemala (2009). En este último, los hombres de la comunidad fueron asesinados y las niñas y mujeres fueran violadas. En ambos casos converge la discriminación múltiple en que la condición de que las víctimas eran indígenas, de zonas rurales y mujeres las situaba en especiales condiciones de vulnerabilidad experimentando expresiones de violencia marcadas por su condición de mujeres.

En Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala (2009), la Corte IDH observó que las mujeres, en el contexto de las masacres a la población campesina, fueron particularmente seleccionadas como víctimas de violencia sexual con el propósito de destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual de la misma manera como

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

anteriormente lo había detallado la Corte en el caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala⁴³, estableciéndose, por consiguiente, un patrón de conducta de violencia de género, es decir, que la violencia sea dirigida en forma desproporcionada hacia ellas o solo hacia ellas. En Castro Castro v Perú, la Corte IDH asume una perspectiva de género en casos sobre violencia contra las mujeres ocurrida durante un ataque al Penal en el que se encontraban detenidas: "[a]l analizar los hechos y sus consecuencias, la Corte tomará en cuenta que las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres."⁴⁴ Esta es una violencia que debe ser entendida como distinta desde un punto de vista cuantitativo, es decir la frecuencia con la que ocurre y cualitativo refiriéndose a las características que esta tiene.

1. Violencia sexual y violación como una forma de tortura

Es el caso Fernández Ortega vs. México (2011), la Corte IDH se refiere expresamente a la responsabilidad del Estado por la violación sexual cometida por parte de agentes militares como una forma de tortura. La Corte reconoce que la violación sexual provoca un sufrimiento severo a la víctima, aun cuando no existan secuelas físicas⁴⁵ verificables, y que al igual que la tortura persigue fines tales como intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.⁴⁶

Además, la Corte IDH "considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales [...] Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto, requisitos que en el presente caso se encuentran cumplidos"⁴⁷. Ello es de importancia, pues algunos hechos ocurridos en los últimos días se han producido en instalaciones policiales, y en otros en espacios como instalaciones comerciales.

⁴³ Corte IDH, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, supra nota 143, párr. 49.19.

⁴⁴ Corte IDH, Penal Miguel Castro Castro c. Perú (2006), párr. 223.

⁴⁵ Corte IDH, caso Fernández Ortega vs. México, (2010) par. 125.

⁴⁶ Corte IDH, caso Fernández Ortega vs. México, (2010) par. 127.

⁴⁷ *Ibíd.*, par. 128.

La Corte IDH ha relevado en *Fernández Ortega v. México* (2010), reiterando decisiones anteriores, que las características propias del delito de violación dificulta gravemente los elementos probatorios de este, pues la violación sexual se suele realizar en lugares donde no existen testigos más allá de las víctimas y los perpetradores, y por lo mismo, la Corte expresa que "Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho".⁴⁸

A su vez, la Corte IDH ha incorporado el factor de reiteración y sistematicidad en la violencia sexual en mujeres, en el reciente caso "Atenco vs. México" de 2018.⁴⁹ En primer lugar, la Corte IDH dio cuenta que "dada la naturaleza sexual de la violencia ejercida, la repetición y similitud de los actos cometidos en contra de las distintas mujeres, así como las amenazas e insultos que profirieron en su contra, para la Corte es evidente que dichos actos fueron intencionales".⁵⁰ En segundo lugar, el Tribunal constató la gravedad de los casos de violencia sexual que son cometidos por agentes policiales que abusan de su poder y se aprovechan de la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran bajo su custodia.⁵¹ Las once víctimas del caso fueron amenazadas reiteradamente con ser asesinadas y violadas, cuestión que la Corte IDH reconoce como experiencias traumáticas que pueden dejar severas consecuencias físicas y psíquicas, al dejar a la víctima humillada, situación difícil de ser superable con el mero paso del tiempo.⁵²

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

⁴⁸ *Fernández Ortega y Otros v. México*, 2010, par. 315. Se refiere la Corte al caso *Rosendo Cantú vs México* y *Caso Favela Nova Brasilia v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, párr. 248.

⁴⁹ Corte IDH, *Atenco v. México* (2018)

⁵⁰ Corte IDH, *Atenco v. México* (2018), par. 195.

⁵¹ Corte IDH, *Atenco*, par. 196.

⁵² *Ibíd.*

autoridad, así como en retaliación por las supuestas lesiones sufridas por sus compañeros policías.”⁵³

Es importante recalcar que la violencia además se manifiesta en la amenaza de agredir sexualmente –delito contemplado en nuestro ordenamiento jurídica- en que además se usa un lenguaje misógeno que busca humillar y degradar a las mujeres.

A mayor abundamiento, el Relator Especial contra la Tortura, Tratos Crueles, inhumanos o degradantes, Nigel Rodley, señala que la tortura adquiere características particulares cuando se ejerce en contra de mujeres en condiciones de detención,⁵⁴ ya sea porque está dirigida a mujeres en forma desproporcionada o fundamentalmente hacia a ellas, cual es la propensión a que sean violadas. Las agresiones sexuales son métodos cuya base es el sexo de su víctima es la humillación y degradación. En este sentido, el Informe señala:

“16. Los métodos de tortura que comprenden abuso sexual pueden caracterizarse como métodos esencialmente basados en el sexo. En su introducción oral a su informe de 1992 a la Comisión de Derechos Humanos, el profesor Kooijmans señaló que, como estaba claro que la violación u otras formas de agresión sexual contra las mujeres detenidas eran una violación especialmente ignominiosa de la dignidad intrínseca y del derecho a la integridad física del ser humano, en consecuencia constituían un acto de tortura (E/CN.4/1992/SR.21, párr. 35).”

El Relator advirtió en su informe de 1995 que la tortura sexual también se dirige en contra de mujeres como una forma castigo por su condición de activistas políticas y que han cobrado una intensidad inusitada que bajo otros contextos de protesta social.⁵⁵ El sesgo de género en el trato hacia las mujeres no tiene como fin extraer información sino para el castigo y el disciplinamiento en la actual situación. Así, mujeres que han sido agredidas sexualmente en Chile bajo una situación de estallido social pueden sufrirla por su condición de activistas o manifestantes para castigarlas,⁵⁶ y otras que por su condición de mujer se

⁵³ Corte IDH, Atenco, par. 197.

⁵⁴ Informe del Relator Especial, Sr. Nigel S. Rodley, presentado con arreglo a la resolución 1992/32 de la Comisión de Derechos Humanos, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G95/100/88/PDF/G9510088.pdf?OpenElement>,

⁵⁵ *Ibíd.* Párrafo 18.

⁵⁶ Lamentablemente esto no es nuevo para manifestantes, ya que durante las protestas estudiantiles mujeres bajo detención fueron desnudadas y objeto de maltrato verbal por su condición de mujer y manoseadas o abusadas sexualmente, delito que se contempla en el Código Penal. Véase en este sentido, Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011, Ediciones UDP, Santiago 2011, pp. 279-281 en que se detallan golpes en la vagina y desnudez forzada. Igualmente los Informes Anuales del Instituto Nacional de Derechos Humanos 2010, pp. 26-27 y 2011 en pp. 77-80 relativas a desnudamientos y abusos policiales de connotación sexual en el marco de protestas

las disciplina no solo por quebrantar las leyes penales sino también por no cumplir los estereotipos de género que asignan a mujeres un estándar de conducta de un deber-ser de sumisas y disciplinadas.

La Asamblea General de Naciones Unidas en su Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia dispone que "se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos ... la tortura ..."⁵⁷. En el caso actual, los actos de represión se han cometido durante la declaración de estado de emergencia constitucional, con lo cual es aplicable lo dispuesto por la prohibición expresa de estos actos condenados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Declaración de 1974.

2. Otras expresiones de violencia sexual

En el caso Penal Miguel Castro Castro v. Perú (2006), la Corte IDH brinda un concepto amplio de violencia sexual, que comprende otras expresiones de violencia sexual como lo ha establecido la doctrina y también la jurisprudencia. En ese sentido, los desnudamientos forzados, las inspecciones vaginales o el acoso sexual son formas de agresión que se dirigen fundamentalmente a mujeres, pero también pueden ser dirigidos en contra de varones, especialmente por su orientación sexual y/o identidad y expresión de género. Además de comprender la invasión física del cuerpo humano, la violencia puede comprender actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. Así subsumió bajo el concepto de violencia sexual el hecho de "haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, [...], que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas."⁵⁸

estudiantes e indígenas. La Corporación Humanas indica que en el año 2016, un grupo de manifestantes detenidas en una movilización de alerta por violencia en contra de las mujeres se las golpeó e insultó, Corporación Humanas, Los Estados Latinoamericanos y la Protesta Social, Santiago, p. 32.

⁵⁷ Resolución 3318 (XXIX) de la Asamblea General)

⁵⁸ Corte IDH, Penal Miguel Castro Castro v. Perú, párr. 308.

En este concepto amplio, la violación sexual, según la Corte, no implica sólo una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal sino que también comprende actos de penetración anales sin consentimiento de la víctima. Asimismo, agrega que en la perpetración del acto se pueden usar otras partes del cuerpo del agresor u objetos e incluye, por ejemplo, la penetración bucal del miembro viril.⁵⁹

Santiago, noviembre de 2019

⁵⁹ *Ibíd.* párr. 310.