

INFORME EN DERECHO

CRITERIOS PARA DISTINGUIR ENTRE LOS TIPOS PENALES DE TORTURA Y APREMIOS ILEGÍTIMOS EN CONTRA DE NNA DESDE EL GRAVE SUFRIMIENTO Y LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA DIFERENCIADO DE PROTECCIÓN PENAL. ESPECIAL ANÁLISIS DE LA VIOLENCIA SEXUAL

Tatiana Vargas Pinto*

SUMARIO: I. CONTEXTO Y OBJETIVO DEL INFORME; II. MÉTODO; III. PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES QUE REVELAN UN TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO RESPECTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; III.1. Principios generales de protección de niños, niñas y adolescentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; III.2. Derechos y prohibiciones generales en materia de niños, niñas y adolescentes frente al sistema penal derivadas de la Convención de los derechos del niño de 1989; III.2.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, adoptadas en 1985; III.2.2. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, o Reglas de La Habana, de 1990; IV. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LOS NNA EN EL SISTEMA PENAL CHILENO: LEY 20.084 DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y OTROS ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL; V. EXAMEN DE LAS FIGURAS DE TORTURA, OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, Y DE OTROS AGRAVIOS INFERIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES; V.1. Torturas; V.1.1. Conducta típica y modalidades; A. Actos que supongan dolores o sufrimientos graves; B. Métodos tendientes a anular la personalidad, disminuir la voluntad o capacidad de discernimiento o decisión; V.1.2. CONTEXTO: SUJETO ACTIVO Y FINALIDADES; A. Sujeto activo; B. Finalidades; V.2. Apremios ilegítimos; V.2.1. Conducta típica y modalidades; A. Aplicar apremios ilegítimos; B. Aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes; C. Sujetos y consideraciones subjetivas; V.3. Vejaciones injustas; V.3.1. Conducta típica; A. Vejación injusta; B. Cláusula de subsidiariedad; V.3.2. Contexto y sujetos; VI. POSICIÓN ACERCA DE LA AGRAVACIÓN DE LA FIGURA CUANDO LAS VÍCTIMAS SON NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES; VI.1. El grave sufrimiento; VI.2. Conductas subsumibles bajo la hipótesis de tortura con víctimas niños, niñas y adolescentes de acuerdo con el tipo penal chileno; VI.2.1. Situación fáctica en los casos contra NNA en Chile; VII. VIOLENCIA Y SUFRIMIENTO SEXUAL ¿SE PUEDE OTORGAR DE CONTENIDO NORMATIVO AL CONCEPTO DE DOLOR O SUFRIMIENTO SEXUAL QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 150 A DEL CÓDIGO PENAL?; VIII. PRINCIPALES CONCLUSIONES: CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE TORTURAS, APREMIOS ILEGÍTIMOS Y VEJACIONES INJUSTAS.

I. CONTEXTO Y OBJETIVO DEL INFORME

El presente informe se realiza a partir de una solicitud hecha por parte del INDH a raíz de la relevancia y entidad de las causas relativas a torturas y apremios ilegítimos respecto de niños, niñas y adolescentes¹, que han cobrado especial relevancia en la última época en Chile². Además de la compleja delimitación de los tipos penales con víctimas adultas, se advierten características especiales de las víctimas niños, niñas y adolescentes que no simplifican la cisura de las figuras respecto de ellas.

* Doctor en Derecho. Profesora de Derecho Penal, Universidad de los Andes. El informe fue realizado con colaboración de Tania Gajardo, Magíster en Derecho y candidata a Doctor por la Universidad de los Andes.

¹ El 16% de las querrelas presentadas por el INDH se refieren a víctimas niños, niñas y adolescentes.

² Entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de junio de 2020, la Defensoría de la Niñez tomó conocimiento de 818 casos a nivel nacional de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, entre las cuales se registran heridos(as) por bala o perdigones, golpes, desnudamientos, tortura, detenciones ilegales, persecuciones y amedrentamientos. Según los datos informados por el Ministerio Público a la Defensoría de la Niñez, entre el 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020, ingresaron 8.510 casos de víctimas de violencia institucional, de los cuales 1.315 corresponden a niños, niñas y adolescentes. Informe anual Defensoría de la Niñez, p. 82. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf>.

La reforma de 2016, que incorpora la tortura en el artículo 150 A y modifica los apremios ilegítimos en el artículo 150 D, describe conductas con características comunes y elementos que no facilitan la separación entre ambos ilícitos. Los límites entre ambas figuras no son claros y su distinción es especialmente relevante frente a la gravedad de la pena y la clase de delito. Además de las dificultades advertidas ante los sucesos ocurridos desde octubre de 2019, el problema tiene particular importancia cuando se trata de víctimas menores de dieciocho años.

La pregunta fundamental que intenta responder el informe es si el grave sufrimiento que experimentan víctimas niños, niñas y adolescentes (NNA) se define en los mismos términos que en el caso de los adultos. Si la respuesta es negativa, se indaga en los factores que permiten establecer este sufrimiento, para luego delimitar las figuras de los tipos penales de torturas y de apremios ilegítimos. Así, se ofrecerán criterios jurídicos para establecerlos y para distinguirlos.

Este informe se dirige específicamente a delimitar las figuras con atención a tales víctimas, por su especial condición, en términos de desarrollo y vulnerabilidad, ante conductas que se definen sobre la base del dolor o sufrimiento. Dentro de este contexto, una de las preocupaciones del INDH es la determinación del sufrimiento en caso de violencia sexual.

La referencia a las víctimas NNA es clara en el tipo penal de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo es también en las vejaciones injustas. Sin embargo, la norma que sanciona las torturas nada indica acerca de la víctima niña, niño o adolescente; aunque veremos una situación de agravación aparentemente similar en el artículo 150 C y en el artículo 150 D, lo que se desarrollará.

Por su parte, la figura de apremios omite consideraciones sexuales, pero incorpora una *referencia residual de entidad* que remite a las conductas que “no alcanzan a constituir torturas”. En este sentido, las conductas sexuales también se darían en los apremios ilegítimos, solo que no con la intensidad que requiere la tortura. Los límites no son claros, pero la situación y condición de la víctima son básicos en ambos ilícitos penales.

Para abordar el tema, las argumentaciones se estructuran en dos ámbitos; desde una perspectiva normativa, la legislación penal chilena establece un régimen diferenciado respecto de niños, niñas y adolescentes como sujetos de imputación penal al sancionarlos, los fundamentos de este régimen especial no cambian cuando ellos tienen rol de víctimas y parecen útiles también a la hora de protegerlos. Desde el rol central del sufrimiento en la configuración de estos delitos, su definición frente a las condiciones de la víctima se establece de modo distinto al que se establece para víctimas adultas, lo que será analizado desde las emociones en los NNA, como personas en desarrollo.

Ambos aspectos; objetivo- normativo desde el sistema diferenciado existente en la legislación penal chilena respecto de este grupo y el subjetivo desde las emociones de la víctima, se desarrollarán a efectos de contestar la principal interrogante de este informe. Se espera que ambos contribuyan a la delimitación de los tipos penales de torturas y de apremios ilegítimos con víctimas NNA.

Junto con ocuparse por criterios que permitan delimitar la tortura de los apremios ilegítimos cuando se trata de tales víctimas, se atenderá de modo particular a indagar afecciones de carácter sexual. Así, se busca completar los criterios propuestos. Antes de analizar los aspectos señalados, objetivo-normativo y subjetivo, respecto de víctimas de torturas y apremios ilegítimos menores de dieciocho años, se indicará brevemente el método empleado para la investigación.

II. MÉTODO

Para el examen y resultados presentados en este informe se empleó la metodología propia de las ciencias sociales, específicamente de la dogmática jurídica. Se trata básicamente de la búsqueda, fichaje y análisis de material bibliográfico nacional y extranjero (fundamental) para poder formular conclusiones a partir de las preguntas planteadas y según el plan de trabajo establecido. Destacan los métodos histórico y comparativo, con la revisión de las fuentes nacionales e internacionales de las normas revisadas. También se integra al análisis dogmático un examen práctico, que enfrenta problemas y propuestas de solución con casos. Este enfoque práctico se mantiene además a lo largo del informe.

III. PRINCIPALES FUNDAMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES QUE REVELAN UN TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO RESPECTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El derecho en general trata de manera diferenciada a los niños, a los adolescentes y a los adultos. En el caso del derecho penal, la comunidad internacional a través del derecho internacional de los derechos humanos ha promovido el establecimiento de sistemas diferenciados entre adultos y adolescentes para cuando estos últimos son imputados. Éste ha sido recepcionado en los sistemas normativos nacionales, en particular en Chile a través de la Ley 20.084. También ha de considerarse cuando los niños, niñas o adolescentes son víctimas, que nuestro Código Penal evidencia manifestaciones de este trato diferenciado. Lo que se verá más adelante.

Los fundamentos que han sido considerados para este tratamiento diferenciado en el ámbito del Derecho penal se hallan para Couso en “las principales afirmaciones empíricas de la psicología del desarrollo y de la criminología, acerca de la diferente situación en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad, que han incidido en el establecimiento de principios especiales para su juzgamiento penal”³. Estos principios especiales se encuentran en los instrumentos internacionales de derechos humanos, y, luego, se recepcionan en las legislaciones nacionales diferenciadas respecto de la persecución penal de adolescentes. Repasamos los principales de ellos a modo de tenerlos en consideración, al analizar más adelante la situación de los niños, niñas y adolescentes como víctimas de los delitos que se estudian en este informe.

III.1. Principios generales de protección de niños, niñas y adolescentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴

En este apartado se revisan brevemente los principios generales de protección de niños, niñas y adolescentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las obligaciones de

³ COUSO, Jaime. (2012), “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, (38), 267-322. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100007>

⁴ El Corpus Iuris de derecho internacional relacionado con la materia que se considera está compuesto por: la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, los protocolos complementarios, relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000), y el protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados (resolución A/RES/54/263, de 25 de mayo de 2000). Se

los Estados derivadas del Corpus Iuris relativo a la materia y las normas destinadas a la interacción de niños, niñas y adolescentes con la justicia penal. Todas ellas entendidas como fundamento de aseguramiento constitucional en Chile de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁵. Los que se presentan como una guía orientativa tanto de la responsabilidad penal adolescente como de la interpretación de tipos penales con este tipo de víctimas.

Todos los Estados signatarios de la Convención de los Derechos del Niño, como es Chile, tienen las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el entendido de que en primer lugar la adultez comienza a con la mayoría de edad, es decir 18 años. Dentro del amplio grupo de personas menores de 18 años, titulares de los derechos del niño, es relevante distinguir entre los niños y adolescentes, considerando que los niños son todos aquellos menores de 12 años. A efectos de la responsabilidad penal, esta inicia a los 14 años.

La obligación de los Estados de asegurar estos derechos respecto de los niños no sólo está relacionada con el ejercicio de su propio poder, sino que también lo está con las posibles acciones de los particulares. Ello, en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, por su implícita vulnerabilidad al tratarse de seres humanos en desarrollo, que aún no alcanzan la madurez ni autonomía plena. Esta obligación cobra especial relevancia al tratarse de proteger a los niños, niñas y adolescentes frente a delitos cuyo sujeto activo está limitado a los funcionarios públicos.

Los principios rectores y derechos que se consideran fundamentales e inspiran el sistema de protección integral de los niños, niñas y adolescentes⁶ son los siguientes:

- Principios de no igualdad y no discriminación.
- Principio de interés superior del niño.
- Derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.
- Derecho a ser escuchado y al respeto a la opinión del niño en todo procedimiento que le afecte.

Se enuncian a modo de considerarlos especialmente en la interpretación de los tipos penales con víctimas niños, niñas y adolescentes. También destacan para este fin el consenso internacional acerca de dos tópicos fundamentales en la materia: la necesidad de protección especial de los niños, niñas y adolescentes y el paradigma de la protección integral.

En cuanto a la necesidad de protección especial se explica, tanto por la dignidad intrínseca de las víctimas como seres humanos, como por el interés social en que este grupo de la población, que transita hacia la madurez, crezca con las garantías y derechos para que su desarrollo sea pleno y llegue a transformarse en un ser humano independiente y maduro, educado en los valores de la

suma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tanto la de casos contenciosos, como las opiniones consultivas sobre la materia. También a modo de *soft law* las observaciones del Comité de Derechos del Niño. Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil (Reglas de Beijing), de 28 de noviembre de 1985; Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, de 14 de diciembre de 1990, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia infantil (Directrices de Riad), de 14 de diciembre de 1990.

⁵ NOGUEIRA, Humberto, “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”, *Ius et Praxis*, 23(2), 2017, 415-462. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200415>.

⁶ NOGUEIRA, “La protección...”, 415-462. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200415>.

propia Convención de Derechos del Niños, que tiene en cuenta la paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Esta obligación de los Estados de proteger especialmente a los niños, niñas y adolescentes motiva las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH que lo expresa de la siguiente manera:

“Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial”⁷.

En este orden de ideas, la necesidad de protección especial es un criterio relevante para los Estados, el que además es considerado por la Corte IDH al conocer y fallar los casos cuando las víctimas son niños, niñas o adolescentes. El Paradigma de la *protección integral* implica el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y obligaciones. La diferencia con los adultos radica en el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de los deberes, con progresiva autonomía, de acuerdo con su nivel de madurez y desarrollo. Es por esto que los Estados respecto de los niños, niñas y adolescentes, como piso mínimo, deben respetar los mismos derechos y cumplir con las mismas obligaciones que para con los adultos, agregando a ello la especial protección que deben brindar a personas (sujetos de derecho) en desarrollo.

La Corte IDH también considera este criterio como primordial a la hora de conocer y fallar, y alude a las diferentes exigencias a los niños, a partir de la edad o etapa de desarrollo en la que se encuentran, así ha señalado:

“Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”⁸.

Respecto de los aplicadores del derecho, relevante para el tema que se trata, ha señalado que: “el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”⁹.

Por último, en particular en materia de violencia, son relevantes los siguientes criterios derivados de la Convención de los Derechos del Niño:

- La violencia contra los niños jamás es justificable: no hay ningún espacio para la violencia legalizada, autorizada, social o culturalmente tolerada contra los niños; es decir, es una prohibición absoluta.

⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 66.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 98, 101 y 102.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.

- Las características propias de los niños (su situación inicial de dependencia y de desarrollo, su extraordinario potencial humano, su vulnerabilidad, y en ciertos casos, características adicionales que la acentúan) exigen una mayor protección, nunca menor, contra la violencia que los adultos.

- Toda violencia contra los niños se puede prevenir. En consecuencia, los Estados deben adoptar todas las medidas (legislativas, administrativas, sociales y educativas) disponibles que sean apropiadas para eliminarla.

- En virtud de la especialidad de la víctima en el caso de que sea un niño/a o adolescente, la Corte IDH ha afirmado que dicha circunstancia "obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal¹⁰".

III.2. Derechos y prohibiciones generales en materia de niños, niñas y adolescentes frente al sistema penal derivadas de la Convención de los derechos del niño de 1989

Los Estados, al ser signatarios de los instrumentos señalados, reconocen la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de las niñas, los niños y adolescentes. En este sentido, las relevantes para estos fines son:

a) Ningún niño será sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Artículo 37. a) Los Estados Partes velarán porque: Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años(...).

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales, Artículo 37 letra c).

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

En específico, sobre la integridad personal, la Corte IDH en el Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el "Complexo do Tatuapé" da FEBEM de Brasil, ha determinado que acerca de menores privados de libertad: "están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los

¹⁰ Comité de derechos del niño, Naciones Unidas, Observación General N° 13, año 2011, párrafo 17. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”¹¹.

En conexión con la misma Convención, cobra relevancia en la materia las tres Reglas o Directrices acerca de la justicia de menores de edad, estas son; las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Normas de Beijing), y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o Regla de la Habana de 1990. Estas se centran en el tratamiento que debe observar el Estado hacia los menores imputados, las que buscan protegerlo como sujeto en desarrollo, y deben ser cumplidas por los encargados de hacer cumplir la ley, mismos funcionarios públicos que pueden ser sujetos activos de los delitos que refiere este informe.

Se consideran a continuación las dos relevantes para este informe, esto es las de Beijing y las de la Habana.

III.2.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, adoptadas en 1985

En el artículo 4 de las Reglas mínimas señaladas, los Estados asumen la obligación de reconocer el concepto de mayoría de edad penal, esta se sugiere que no sea demasiado temprana “habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. Las razones esgrimidas que fundamentan este concepto son también relevantes para cuando los menores de 18 años son víctimas, ya que pesa sobre ellos las mismas circunstancias emocionales, mentales e intelectuales.

La regla 10 se dedica al primer contacto entre la autoridad policial y el menor, estableciendo obligaciones al respecto, tales como; “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor”. Evita así que estén bajo el cuidado o tutela del funcionario estatal sin conocimiento de sus padres, y alargue su detención. Luego se establece que “el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”, misma razón para evitar que pasen un tiempo prolongado bajo el cuidado o tutela del Estado. Esta regla es muy relevante en cuanto los tipos penales que se trata en este informe, mantienen en común una cláusula de agravación de penas cuando se trata de personas bajo cuidado, tutela o custodia del Estado.

En cuanto a la prevención de la tortura, tratos crueles e incluso vejaciones injustas, la regla 10.3 trata aspectos fundamentales del procedimiento y del comportamiento que deben observar los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en la interacción con menores de edad. Se utiliza en ella la expresión “evitar daño” y con ella se abarca una amplia gama de posibilidades de interacción dañina con los menores, desde el uso de un lenguaje inapropiado hasta derechamente el ejercicio de la violencia física. El contacto de los encargados de hacer cumplir la ley con los menores es relevante en cuanto puede influir en la imagen que se forman acerca del Estado, las reglas y la sociedad. Un Estado que daña y no protege a los niños, niñas y adolescentes podría fomentar en ellos la aversión a las reglas y al respeto por la vida en sociedad¹².

¹¹ CIDH, Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil. Sentencia de 30 de noviembre de 2005, párrafo 13.

¹² En <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf>.

III.2.2. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, o Reglas de La Habana, de 1990

Entre las reglas más relevantes de estas recomendaciones, encontramos la del número 65, según la que “en los centros de detención de menores, está prohibido el porte y uso de armas por el personal”. Resulta interesante en el caso chileno, en el que los menores de edad detenidos se encuentran en el mismo lugar que los adultos detenidos, principalmente en recintos policiales, a la espera de ser liberados o pasar a control de detención en el juzgado de garantía, en los que los funcionarios portan sus armas de servicio.

En la regla 64 se establece que el uso de la fuerza o coerción es excepcional, esto es “cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y sólo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento”. Termina la regla con una clausura en la que señala que los instrumentos de fuerza o coerción no deberán causar humillación ni degradación a los menores de edad, en cuyo sustrato está la norma internacional que se ha elevado a estatus de *jus cogens* de prohibición absoluta de la tortura

La misma prohibición absoluta de tortura y tratos crueles está tras la regla 67, en la que se prohíbe toda medida disciplinaria que lo constituya, dando como ejemplos los castigos corporales, la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor de edad.

Por último, la regla 87 sostiene que en el desempeño de las funciones de los empleados de los centros de detención, se deberá respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos fundamentales de todos los menores, y en especial: “a) Ningún funcionario del centro de detención o de la institución podrá infligir, instigar o tolerar acto alguno de tortura ni forma alguna de trato, castigo o medida correctiva o disciplinaria severo, cruel, inhumano o degradante bajo ningún pretexto o circunstancia de cualquier tipo; (...) d) Todo el personal deberá velar por la cabal protección de la salud física y mental de los menores, incluida la protección contra la explotación y el maltrato físico, sexual y emocional, y deberá adoptar con urgencia medidas para que reciban atención médica siempre que sea necesario; (...)”¹³.

Todas estas reglas aplican a los menores de edad sometidos a detención, situación común en varias de las hipótesis fácticas detectadas en Chile que motivan este informe.

IV. TRATAMIENTO DIFERENCIADO DE LOS NNA EN EL SISTEMA PENAL CHILENO: LEY 20.084 DE RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y OTROS ANTECEDENTES DEL CÓDIGO PENAL

El conjunto de principios y acuerdos de la comunidad internacional visto recientemente, el estudio de la psiquis humana y el comportamiento de los niños ante el sistema penal, han llevado a muchos países, entre ellos a Chile, a asumir un sistema diferenciado de persecución penal¹⁴, si los infractores son niños, niñas y adolescentes. En este sentido se ha advertido que es relevante adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de los adolescentes o jóvenes.

¹³ http://iin.oea.org/Cursos_a_distancia/cad_Privados_de_libertad.pdf

¹⁴ Respecto de las diferencias del sistema desde sus inicios en el país, AGUIRREZABAL, Maite; LAGOS, Gladys; VARGAS, Tatiana, “Responsabilidad penal juvenil: Hacia una “justicia individualizada”, *Revista de Derecho*, Vol. XII, N° 2, 2009, pp. 141 y ss.

Esta misma fase evolutiva del adolescente, relevante para atenuar su responsabilidad penal, lo es para agravar la conducta de un adulto que atenta gravemente contra un joven, en un contexto de protección, como debe ser el estar bajo la custodia, tutela o cuidado del Estado. Se examinarán los fundamentos de la atenuación, considerados en Chile para la dictación de la ley 20.084, así como otros tipos penales en el Código que otorgan un tratamiento diferenciado, cuando se trata de víctimas de delitos.

Para Uriarte el principal fundamento es un principio de especificidad, que obliga a establecer las reglas diferenciadas para adolescentes basadas en una “estructura óptica inconfundible: el niño adolescente como ser humano en desarrollo, en proceso de conformación de su identidad”¹⁵. En este apartado se verán dos tópicos que fueron considerados como relevantes en Chile a la hora de normar el sistema diferenciado de responsabilidad de los adolescentes infractores, que se aprecian para efectos de analizar si son útiles a la hora de establecer las diferencias en la aplicación de la tortura y apremios ilegítimos en niños, niñas y adolescentes: la psicología del desarrollo y algunas conclusiones desde la criminología en la materia.

Los estudios de psicología del desarrollo humano afirman que los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la privación de libertad (ya sea de corto o largo periodo de tiempo) y vulnerabilidad frente a los efectos perjudiciales del encierro¹⁶. Ello porque los niños, niñas y adolescentes tienen una percepción diferente del tiempo en términos absolutos y esto les hace ser más sensibles a la separación del entorno familiar y social. Situación en la que en general se ejecutan los actos constitutivos de torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes y vejaciones injustas.

Según estudios de la psicología del desarrollo: “Los adolescentes, que constituyen el mayor porcentaje de niños torturados y maltratados, tienen una serie de respuestas más complejas y pueden ser tan vulnerables como los niños de menor edad ante experiencias estresantes. La mayoría ya están atravesando profundos cambios emocionales y físicos, y podrían estar separados, o estar en proceso de separación, de sus familias. De muchos se espera ya que se comporten como adultos, pero aunque tienen la necesaria capacidad cognitiva para comprender lo que les ha ocurrido a ellos o a su comunidad, carecen aún de la madurez emocional para asumirlo”¹⁷.

Por su parte, la Criminología ha sostenido que este grupo posee diferencias de hecho respecto de los adultos, que hacen que no sólo se vean afectados de forma más intensa que los adultos por el ejercicio del ius puniendi estatal, sino que dichas diferencias afectarán su comprensión y posibilidades de reacción ante su ejercicio. Por este motivo, se debe intentar adaptar

¹⁵ URIARTE, Carlos, “Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos”, UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N°2. Buenos Aires, 2000, p. 96.

¹⁶ Veremos que esta idea tiene especial sentido en la determinación del sufrimiento, como experiencia personal en la que es determinante la consideración del afectado,

¹⁷Amnistía Internacional Publicaciones, “Un escándalo oculto, una vergüenza secreta”, Editorial Amnistía Internacional, Valderribas, Madrid, España. Publicado originalmente en inglés en diciembre del 2000 con el título *Hidden scandal, secret shame. Torture an ill-treatment of children*, p. 25.

la reacción penal a las características y necesidades de este tipo particular de sujeto, acorde al denominado "principio de especialidad"¹⁸.

Sobre la base de estos estudios y fundamentos se impulsó en Chile y se encuentra vigente un sistema diferenciado de justicia penal para los adolescentes, manifestación de cómo el derecho penal asume la realidad diferenciada de los menores de edad, ya sea para declararlos inimputables (a los menores de 14 años) o para establecer respecto de ellos el régimen especial de responsabilidad penal (entre los 14 y 17 años). Se ha señalado que estas mismas razones son aplicables a los menores de edad en su interacción con el sistema penal como víctimas. Para Couso el mandato de especialidad en el juzgamiento penal de los adolescentes, en materia de derecho penal sustantivo, viene constituido fundamentalmente por los siguientes principios básicos¹⁹:

- Responsabilidad penal especial: especial consideración de la edad del adolescente al enjuiciar sus delitos (tanto su culpabilidad como -en ciertos casos- el injusto penal);
- Especial protección del desarrollo y los derechos del adolescente, frente a los efectos perjudiciales de la intervención penal, en general, y de la privación de libertad, en particular; y
- Especial orientación del Derecho penal de adolescentes a la prevención especial positiva.

Todos estos en su conjunto, es decir, especial consideración de la edad del adolescente, especial protección del desarrollo y los derechos del mismo, y el asumir una función educativa de prevención especial positiva como la apropiada para los jóvenes, son útiles al proponer que el menor de edad frente al derecho penal, al ser víctima, es acreedor de este mismo trato diferenciado.

En el ámbito del derecho penal, específicamente en el Código Penal, encontramos otras manifestaciones del tratamiento diferenciado, esta vez en calidad de víctimas de delitos. Así por ejemplo en el artículo 94 bis se establece la imprescriptibilidad de la acción penal en algunos delitos sexuales, cuando la víctima es menor de edad. En el mismo ámbito de los delitos sexuales se agravan las penas y se configuran agravantes cuando se trata de víctimas menores de edad y se establece que se trata de acciones penales públicas, previa instancia particular. En los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas se agravan las penas si los migrantes o las víctimas de trata son menores de 18 años. Y, por último, como se enunció, en los tipos apremios ilegítimos, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en las vejaciones injustas, también se agrava la pena cuando la conducta se realiza en contra de un niño, niña o adolescente.

V. EXAMEN DE LAS FIGURAS DE TORTURA, OTROS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES, Y DE OTROS AGRAVIOS INFERIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CONTRA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

¹⁸ DUCE, Mauricio; COUSO, Jaime. "El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado", *Polít. crim.* Vol. 7, N° 13 (2012), Artículo 1, pp. 1 - 73. http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf p. 2.

¹⁹ COUSO, Jaime, "Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva", *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(1), (2012), 149-173. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100007> p.153.

V.1. Torturas

Es interesante observar cómo la extensión de la figura de torturas, que en un comienzo se enfoca en la modalidad de castigo, tormento²⁰, requiere la consideración de la víctima. La amplitud de la clase de sufrimientos graves y la inclusión de alteraciones a la personalidad, voluntad y capacidad de discernimiento o decisión, exigen un examen particular diferenciado ante la víctima²¹.

El tipo de torturas se define sobre la base de la provocación de “dolores o sufrimientos graves” por cualquier clase de conducta. El contexto, las finalidades, y los agentes son clave para explicar tal definición. La producción del dolor o sufrimiento grave supone atender al sujeto que lo padece. La víctima es también elemental, aunque no suele destacarse²². Desde ya merece mención la distinción que hace el artículo 150 A respecto de la clase de dolores y sufrimientos graves, que pueden ser físicos, psíquicos y además sexuales. Se ha de recordar la discusión sobre la inclusión de perturbaciones o malos tratos sexuales en violencia intrafamiliar. Allí, el legislador decide omitirlos al entender que esta clase de males está comprendida dentro del maltrato psicológico, como también dentro de los físicos, cuando existieren tales agresiones²³.

La expresa alusión a sufrimientos sexuales en la tortura han de considerar de modo particular a la víctima, especialmente cuando es niña, niño o adolescente. De igual forma, la figura también suma como tortura comportamientos, métodos, “tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión”, que revelan un aspecto individual de la víctima fundamental para establecer tales torturas. Esta cuestión es evidente cuando los sujetos son menores de edad y sus facultades y personalidad están en proceso de desarrollo.

En realidad, la conducta de tortura estructurada sobre la base del sufrimiento grave demanda siempre la atención a la víctima para su determinación. Desde ya, sabemos que las torturas no suponen lesiones graves ni muerte. Los efectos son limitados, se restringen a ese dolor que parece cualificar la misma conducta. La distinción de los verbos rectores y la referencia a “actos” que importan tales aflicciones permiten separar esos efectos, que incluso pueden solaparse con alguna figura de lesión no comprendida en la regla especial de concursos del artículo 150 B²⁴.

²⁰ Al comienzo solo se contempló un tipo de tormento y rigor innecesario. Recién en 1998 la ley 19.567 introdujo una figura de apremios ilegítimos (anterior artículo 150 A). El original artículo 150 castigaba con presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados, a “1° Los que decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario.

Si de la aplicación de los tormentos o el rigor innecesariamente empleado resultaren lesiones o la muerte del paciente, se aplicarán al responsable las penas señaladas a estos delitos en sus grados máximos.

^{2°} Los que arbitrariamente hicieren arrestar o detener en otros lugares que los designados por la ley”.

²¹ Algo intuye MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos, 2003, p. 150, cuando afirma que cree posible que las circunstancias de la víctima sea un elemento para definir la tortura.

²² Al analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, subraya NASH, Claudio, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, 2009, p. 598, la consideración de criterios objetivos y subjetivos; estos últimos remiten a elementos propios de la víctima.

²³ La omisión es clara al examinar los artículos 5 y 14 de la Ley 20.066. La indicación sustitutiva del Ejecutivo de 2001 se incluía la “integridad sexual”. La Comisión de Familia de la Cámara de Diputados suprimió en 2003 esta referencia, con su exclusión final. Historia de la Ley 20.066, 2005, pp. 25, 71, 146 y ss. Se ha de hacer presente que el Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Mensaje N° 307-364 de 2016, propone la inclusión de la libertad e indemnidad sexual.

²⁴ El problema de la amplitud de las referencias, que lleva a solapamientos con figuras de lesiones, se suele destacar en general en los países donde se emplean descripciones que siguen las mismas pautas internacionales, aun cuando se elimina la cualificación de graves para los dolores o sufrimientos; así ver SILVA, Rodrigo, “Los ‘sufrimientos’ del delito de torturas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 10, n° 83 (2014), p. 76.

Únicamente los dolores físicos se confunden con otros efectos materiales. En cambio, siempre parece estar presente la perturbación psíquica, mientras sea un dolor psíquico extremo²⁵. Este dolor es la base para establecer una conducta de tortura y la psiquis de un niño, niña o adolescente -según los distintos tramos de edad²⁶- es distinta a la de un sujeto adulto en general. Su relevancia y precisión tienen sentido frente a un objeto de tutela que no se identifica con la salud, vida o incluso libertad e indemnidad sexual de la víctima. Las conductas y efectos que configuran las torturas se explican ante una idea de integridad moral²⁷ o de autodeterminación personal ligada a un determinado aspecto de la dignidad humana, según expondremos luego.

Las particulares condiciones de una víctima menor de dieciocho años serán fundamentales para delimitar las exigencias de imputación tanto de las torturas como de los apremios ilegítimos. Las especiales cualidades de los niños, niñas y adolescentes se han estudiado en el último tiempo al analizar el sistema de responsabilidad penal adolescente, es decir, cuando el menor de edad cumple un tipo e infringe una norma penal. Las consideraciones no han de cambiar cuando ellos tienen calidad de víctima, sobre todo si se trata de conductas que afectan específicamente sus facultades intelectuales y volitivas, así como sus emociones.

Ahora no se trata de considerar un menor reproche como infractor, sino atender a la afectación de esas diferentes facultades y emociones. Se destaca un criterio de “uniformidad en el trato” respecto de las condiciones propias de un sujeto, que son iguales con independencia de su rol. Aquí además se aportan pautas con otro enfoque, el de víctima, con atención a normas internacionales e internas. No sólo se mantienen las reglas de derecho internacional, sino que la configuración del tipo penal de tortura, como el de apremios, cambia, por la clase de conducta y efecto. La medición del dolor no debiera ser idéntica a la que procede en caso de adultos, cuando la misma definición de dolor implica un aspecto individual en su determinación. Veremos que existen pautas normativas internas que fundan diferencias en la determinación de las normas de conducta y de sanción penal.

Una nota importante para considerar, a diferencia de los apremios ilegítimos tipificados antes de 2016 en el anterior artículo 150 A, es que la víctima no requiere estar privada de libertad. Si lo está, se considera una agravante especial (artículo 150 C²⁸). La definición de la conducta típica se torna más exigente aún; y podemos distinguir una conducta base con dos modalidades generales, dentro de un contexto particular, que reclama ciertas finalidades. Para revisar las modalidades típicas y definir estas conductas de tortura frente a víctimas niños, niñas y adolescentes, se ha de tener presente la norma.

Artículo 150 A. “El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas

²⁵ Uno de los supuestos que se cita de este dolor es la violación de algún familiar. En este sentido, BELL, Jeannine, “‘Behind This Moral Bone’: The (In)Effectiveness of Torture”, *Indiana Law Journal*, vol. 83, n.º 1 (2008), p. 344.

²⁶ La Ley 20.084 contempla la distinción de tramos de edad para distinguir imputaciones a adolescentes infractores de la ley penal; y separa a quienes tienen 14 y 15 años de los que tienen 16 y 17 años, por ejemplo, para ser responsables de una falta penal, para efectos de algunas figuras penales sexuales o para limitar la duración de las sanciones penales (*v. gr.* arts. 1, 4, 18 y 22).

²⁷ En este sentido, DURÁN, Mario, “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, *Polít. crim.*, vol. 14, n.º 27 (2019), Artículo 7, pp. 205-213.

²⁸ Artículo 150 C. “En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control”.

conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

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

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

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad²⁹.

V.1.1. Conducta típica y modalidades

La disposición que sanciona las torturas se encarga también de señalar qué entiende por tales. Este proceder facilita, en principio, la definición de la conducta típica. Sin embargo, ya hemos anotado la amplitud de posibilidades respecto de los sujetos no privados de libertad, al percatarse dos grandes modalidades en los incisos 3º y 4º del artículo 150 A. Ello, sin perjuicio de la calidad de los agentes que realizan las torturas. Aquí aparecen los dolores o sufrimientos graves y otras medidas que alteran la personalidad, la voluntad o la capacidad de discernimiento o decisión de la víctima.

En ambos supuestos de tortura la condición de la víctima es central para determinar las cualidades o efectos exigidos. Tanto los dolores o sufrimientos, como las alteraciones descritas de aspectos individuales de la víctima, no requieren producir resultados físicos. Si los causan pueden cumplir otros tipos penales, lesiones, mutilaciones y muertes. La distinción es clara con la citada regla especial de concurso del artículo 150 B²⁹, que agrava penas en caso de que se produzcan también homicidios, castración, mutilación, lesiones graves, violación (propia e impropia) y abuso sexual calificado.

Es cierto que tales mayores efectos, que están fuera de las torturas, se vinculan con la clase de dolores que definen las torturas, los físicos, psíquicos y sexuales. Sin embargo, la regla concursal se refiere a las torturas en general, por lo que también cubren las alteraciones a la personalidad,

²⁹ Artículo 150 B. “Si con ocasión de la tortura se cometiere además:

1º Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

2º Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1º, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

3º Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1º, la pena será de presidio mayor en su grado medio.”

voluntad o capacidad de discernimiento o decisión; simplemente, no suelen asociarse semejantes resultados con estos últimos casos.

Las torturas no contemplan los resultados que configuran los delitos mencionados y las modalidades de conducta son esenciales, con los aspectos subjetivos que terminan de definir las torturas. Matus y Ramírez³⁰ destacan que este delito no se ocupa de castigar efectos lesivos, ni siquiera los malos tratos. Manifiestan que el objeto de sanción es la violencia que configuran esos atentados contra la persona. No sólo subrayan la importancia de la víctima para establecer la violencia misma que define la tortura, sino que añaden las consideraciones subjetivas del uso de violencia “como medio para quebrantar su voluntad” o para disciplinar ilegalmente³¹. Allí aparece una importante consideración frente a los ataques que las torturas suponen.

Pueden igualmente distinguirse efectos de las conductas, con la separación de los verbos rectores y la misma exigencia de actos que suponen esos dolores graves o afectaciones a la personalidad, a la voluntad o a la capacidad de decisión o discernimiento. Tales efectos han de definirse con atención al especial objeto de tutela de la norma que sanciona estas conductas y que tienen su centro en la víctima. Antes de entrar al particular análisis respecto de víctimas niños, niñas y adolescentes, se ha de tener clara la delimitación de las dos modalidades de torturas contempladas en el artículo 150 A y su relación general con la víctima. Las conductas se completan luego con el examen breve del contexto, que remite a las finalidades y a los agentes.

A. Actos que supongan dolores o sufrimientos graves

Los verbos rectores -aplicar, ordenar o consentir en que se aplique, e incluso no impedir o no hacer cesar- se refieren a las torturas. Sólo esta primera distinción entre verbos y tortura permite separar efectos de una conducta. Luego el legislador define torturas como actos que tienen la especial cualidad de suponer o, mejor, infligir³² dolores o sufrimientos graves. Si bien el dolor grave parece referirse a una cualidad de la conducta, se distingue un efecto ya en esa misma definición con la alusión a actos. Ellos evidencian una fuente o causa de “cierto efecto” que termina de completar la tortura, con consecuencias que no alcanzan a suponer afectaciones específicas a la salud o a la vida, ni siquiera a la libertad o indemnidad sexual.

Tesis que definen el núcleo del injusto de la tortura sobre la base de la perturbación de una “integridad moral” se explican precisamente por la centralidad del dolor o sufrimiento grave³³, al

³⁰ MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (3ª ed., Thomson Reuters, La Ley, 2014), t. I, p. 274.

³¹ Por eso Matus y Ramírez entendían que el objeto protegido afectado era la seguridad individual como presupuesto de la libertad, aún vigente la anterior norma que requería que la víctima estuviera privada de libertad. Ahora que se eliminó tal exigencia, parece más sencillo señalar otros bienes jurídicos, como la integridad moral. En este sentido, DURÁN, Mario, “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, *Polít. crim.*, vol. 14, n° 27 (2019), Artículo 7, pp. 205-213. Cabe destacar la referencia que Durán hace de Bustos respecto de la centralidad de la víctima para determinar el concepto de trato degradante en cada caso concreto, que destaca su relevancia al determinar ya la conducta típica (*ibid.*, p. 209).

³² La palabra infligir remite a castigo, que lleva a la hipótesis de tormento; aunque las torturas ahora no se restringen a esa hipótesis.

³³ En este sentido, engarzan muy bien definiciones de integridad moral en términos de doblegar la voluntad de la víctima o incluso de afectar su autoestima. MATTHEI, Elisabeth; ZÚNIGA, Marcela; CASAS, Lidia, “Informe Sobre Estándares Internacionales Sobre Apremios Ilegítimos, Violencia Sexual y Tortura”, *Centro de Derechos Humanos udp*, 2019, p. 8, hablan de integridad moral “ligada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad independiente que la persona”, aunque también señalan como bienes la integridad física, psíquica y la vida, y aluden igualmente a la integridad personal.

igual que por la otra posibilidad referida a la personalidad, voluntad o facultad para discernir o decidir. También la salud psíquica puede reflejar la esencia que supone el sufrimiento, como ataque que de todas formas alcanza la psiquis; aunque la integridad moral parece cubrir mejor ambas formas de tortura (incisos 3º y 4º del artículo 150 A). Falta todavía definir qué se entiende por dolor o sufrimiento grave.

Más interesante aún es la advertencia que hace Silva³⁴ respecto de la posibilidad de que la integridad moral y la autonomía personal -que suelen citarse como bienes afectados por la tortura- se estén refiriendo a lo mismo, en cuanto se vinculan con un ataque a la dignidad humana que distingue a la tortura. El ataque grave (cualitativa y cuantitativamente) a la salud psíquica puede igualmente reflejar esa idea, que no toma la dignidad humana como un mero principio.

Silva recuerda a Kant, que observa en la dignidad humana el respeto por la autonomía y la capacidad para razonar. Desde estas ideas, precisa que hay un ámbito de la dignidad humana que está específicamente protegido por la prohibición de la tortura, que es la “identidad individual, la autoestima o el respeto ajeno”³⁵. Consideraciones que son esencialmente distintas en sujetos con una identidad y autoestima en desarrollo. Antes de detenernos en los sufrimientos de los niños, niñas y adolescentes, conviene seguir la delimitación de las torturas y su relación con las víctimas, que demanda el examen particular que aquí se plantea.

La referencia que hace la definición legal a “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos” parece reclamar una acción. Sin embargo, no se ha de olvidar que esta precisión del legislador procede luego de señalar la conducta en el inciso 1º, con sus verbos rectores.

El tipo castiga al empleado público que aplica torturas, las ordena o consiente en que otro las aplique. El consentimiento respecto de la aplicación de torturas ya extiende las formas de conducta. El legislador además incorpora una modalidad omisiva. Sanciona al empleado público que, “conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”³⁶.

La conducta puede ser activa u omisiva y lo fundamental es que suponga provocar intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos. Las formas de comportamiento son variadas, pueden ser muchas, mientras tengan una calidad especial que viene dada por aspectos objetivos y subjetivos. Ambos elementos integran la definición de torturas, que se vinculan con el contexto dado por ciertas finalidades anexas a la provocación de dolor o sufrimiento grave.

La asociación del dolor o sufrimiento grave es central en la definición de torturas. Ello es especialmente evidente cuando el legislador nacional debe excluir ciertos dolores, los que serían inherentes a determinadas conductas legítimas, específicamente los castigos que proceden conforme a la ley. De este modo, el tipo deja fuera de las torturas “las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas,” al igual que “las derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

³⁴ SILVA, “El ‘sufrimiento’...”, pp. 81-83.

³⁵ SILVA, “El ‘sufrimiento’...”, p. 84.

³⁶ Se trata de un poder más bien fáctico y no de una posición de garante, pues es una omisión propia.

El problema es que el legislador también hace la misma exclusión para los apremios ilegítimos, artículo 150 D. Las molestias y penalidades que marcan el sufrimiento inherente a respuestas y consecuencias legítimas son igualmente relevantes para los apremios ilegítimos. El dolor o sufrimiento que califica la conducta es un elemento común a las torturas y a los apremios ilegítimos. Este elemento también se desprende de la tipificación de los apremios ilegítimos como conductas que no “alcanzan” a ser torturas. La diferencia no parece ser de naturaleza o cualidad, sino de entidad.

Para la definición de dolor o sufrimiento son relevantes estudios en el campo médico, que trabaja sobre la base del dolor y específicamente del dolor grave. Allí, se ha comprendido como “una experiencia personal, multidimensional, subjetiva, compleja y única” que depende de cada paciente y su condición³⁷. Una vez más, el vínculo con el sujeto que padece es esencial a la hora de establecer el dolor.

B. Métodos tendientes a anular la personalidad, disminuir la voluntad o capacidad de discernimiento o decisión.

Nuevamente, se ha de tener presente los verbos rectores, que admiten tanto conductas activas como omisivas. Ahora, ellas remiten a otras cualidades que repercuten específicamente en consideraciones individuales de la víctima, que se vinculan derechamente tanto con su aptitud para desarrollarse como con sus decisiones. El nexo con las condiciones de la víctima cuando se habla de anular su personalidad, disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión es más evidente aún.

A pesar de que aquí no se alude a dolor, la injerencia sobre la víctima parece total, una instrumentalización que no sólo supone una mayor debilidad o indefensión. La consideración de aspectos de la persona afectada es coherente con la protección de una idea de integridad moral que abarca esa especial dimensión de la dignidad humana, vinculada con la capacidad para razonar y decidir. En definitiva, aparece la identidad individual y la necesaria consideración de las particulares condiciones de los niñas, niños y adolescentes.

V.1.2. Contexto: sujeto activo y finalidades

A. Sujeto activo

El agente ha de ser un empleado público. Se trata de un delito especial, que amplía las condiciones del sujeto activo en cuanto se vinculen con una función pública. De hecho, no hay mayores dificultades respecto de la calidad especial agente empleado público, en cuanto se determina por la realización de funciones públicas según el artículo 260 del CP. Se requiere, en todo caso, que realice la conducta con abuso de su oficio o funciones.

La extensión de las particularidades del sujeto activo abarca a los particulares siempre y cuando realicen funciones públicas, lo que va en sintonía con la calidad material de quien actúa por el contenido público de sus tareas. También incluye al particular que no ejerce funciones públicas pero que actúa por instigación de un empleado público. La instigación refiere a la conducta

³⁷ Así, CORDERO, Idoris, “Enfoque ético del dolor”, *Revista Cubana de Salud Pública*, vol. 32, n° 4 (2006), http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000400009.

de un empleado público que hace nacer en un particular la voluntad de realizar conducta que revisten las condiciones de tortura. No se trata de un supuesto de autoría mediata por aprovechamiento del ejecutor³⁸, sino de una participación del empleado público especialmente odiosa al provocar esas conductas.

La especial entidad de esta participación como instigador explica la consideración que hace el legislador chileno de su sanción a modo de autor, conforme al artículo 15 n° 2. No se ha de olvidar así que los particulares ejecutores tienen responsabilidad, al igual que el empleado público. La instigación se corresponde con el caso de órdenes impartidas por un empleado público, las que están fuera de supuestos de obediencia debida cuando se trata de particulares ejecutores. El artículo 150 A suma otra modalidad de actuación del particular, la ejecución de actos con consentimiento o aquiescencia del empleado público. Esta alternativa es la contrapartida de una de las hipótesis que contempla el inciso 1° del artículo 150 A, respecto del empleado público que consiente en que otro realice actos de tortura.

Esa alternativa no distingue si el ejecutor es empleado público o no, por eso es relevante la inclusión del particular ejecutor con consentimiento del empleado público. El inciso 1° de la disposición examinada contempla un supuesto de participación necesaria, que gracias al inciso 2° se aplica al particular ejecutor. Respecto del consentimiento o aquiescencia del empleado público, es claro que puede referirse a una intervención de coautoría, pero la norma no hace diferencias respecto de una actuación principal o accesoria. También puede suponer una aprobación del empleado público que sólo facilita la intervención del ejecutor, sin control del empleado público. Si se admite un consentimiento semejante, la norma estaría alterando las reglas generales de participación. Por la cualidad de las conductas y la gravedad de la pena, debiera entenderse que se trata de un consentimiento que posibilita la conducta de otro no sólo como una facilitación esporádica, especialmente cuando la pena para el particular es la misma a la del empleado público.

B. Finalidades

En principio, puede apreciarse dos menciones subjetivas en el artículo 150 A, cuando define torturas. La primera se refiere a la intención en las modalidades de torturas, ya sea por afligir “intencionalmente”³⁹ dolor o sufrimiento grave a una persona o por la aplicación “intencional” de los métodos que además tienden a anular la personalidad, disminuir la voluntad o la capacidad de discernimiento o decisión.

Esta primera exigencia subjetiva remite al conocimiento de las conductas, activas u omisivas, y la búsqueda de sus particulares efectos. Semejante descripción remite sólo a conductas dolosas. Específicamente, es compatible con el dolo directo⁴⁰. Además, la disposición integra una

³⁸ MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones...*, pp. 277 y 278, señalan que la anterior redacción del artículo 150 A buscaba resolver el problema de la autoría mediata y de la autoría funcional. La mención es válida por la conservación de los mismos términos para este respecto. Según lo expuesto en el texto principal, ni la instigación ni el consentimiento son modalidades de autoría mediata, pero sí puede considerarse una autoría funcional, que destaca la relevancia del ejercicio de la función pública para originar, permitir o facilitar que un particular realice tales conductas.

³⁹ Sabemos que la descripción legal sigue parámetros internacionales. La Convención de Naciones Unidas, en su artículo 1°, habla de infligir “intencionadamente” sufrimientos graves.

⁴⁰ DURÁN, “Propuestas...”, p. 231, considera posible el dolo eventual, y esgrime como fundamento subjetivo el abuso del oficio. Sin embargo, las restricciones subjetivas van más allá de eso; se vinculan con la producción intencional de los sufrimientos y alteraciones a la personalidad, voluntad o capacidad de discernimiento o decisión, con independencia de las finalidades que interesan también para establecer la calidad de los sufrimientos frente a la esfera de la dignidad

segunda consideración subjetiva para los dos supuestos de tortura. Tanto los actos que afligen intencionalmente dolor grave, como la aplicación intencional de métodos que afectan la personalidad, la voluntad o la capacidad de discernimiento o decisión, se realizan “con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.”

Aparece una segunda finalidad para los actos de dolor o alteración personal que, en realidad, definen las conductas de torturas ante la clase de ataque que ellas suponen. Estas finalidades remiten a ciertos aspectos objetivos que se conectan con las conductas y que tienen que ver con doblegar la voluntad de la víctima -para obtener de ella o de un tercero información, declaración o confesión-, sancionarla ilegítimamente -que pague por un acto que cometió o se le imputa- o con sumar una manifestación de reprobación u odio frente a alguna cualidad de la persona objeto de los actos de dolor o de las medidas de anulación o disminución -motivos de discriminación, 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..

Los últimos motivos de discriminación, que aparecen también en instrumentos internacionales, se redactan en los mismos términos de la agravante del artículo 12 n° 21⁴¹. Estas condiciones se vinculan con los llamados “delitos de odio”, que no sólo suponen una motivación de odio. Estas finalidades requieren un elemento objetivo que revele tales tendencias. La circunstancia agravante exige que se cometa el delito o se participe en él motivado por alguna de esas consideraciones. Existen manifestaciones externas que muestran un especial desprecio por la víctima, cualquiera sea la característica que mueve al agente a cometer el delito.

En el caso de la tortura, se aprecia en estos supuestos un especial nexo de la conducta con la autoestima de la víctima; coherente con un objeto de tutela -llámese integridad moral- referido a ese particular ámbito de la dignidad humana que mira a las capacidades de razonar y decidir y, en definitiva, a la propia valía de la persona en el desarrollo de su vida. En las primeras finalidades, el doblegar la voluntad de la víctima y el castigo ilegítimo, aparece el ataque a esas facultades de razonar y de decidir; mientras que los motivos de odio enseñan una afectación directa a la autoestima del sujeto que padece los actos de dolor o las medidas que alteran su personalidad, voluntad o capacidad de discernir o decidir.

Importa la calidad de los actos, incluso antes que la cantidad, como especiales ataques a aspectos fundamentales de la dignidad humana. Si el agente, empleado público o particular que ejerce funciones públicas o actúa a instigación de un empleado público, realiza un acto puramente sádico que cause intencionalmente un sufrimiento grave, ello no sería tortura. Todos los fines que menciona la norma definen la calidad de las torturas⁴². Ellos terminan de configurar el injusto

humana atacada. Se entiende que podría admitirse dolo eventual respecto de afectaciones a otros bienes jurídicos, como en los casos contemplados en el artículo 150 B.

⁴¹ Artículo 12. N° 21. “Son circunstancias agravantes:

Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca.”

⁴² Desde ya puede advertirse una diferencia con apremios ilegítimos de calidad y de cantidad.

penal, con miras particulares a las capacidades de razonar y decidir. Este aspecto individual exige no sólo atender a la condición de cada víctima, sino que también mantener los criterios de distinción para niños, niñas y adolescentes que se emplean cuando procede imputar a ellos un injusto penal. No hay razones para olvidarse del proceso de desarrollo en el que están cuando ellos son víctimas de semejante delito.

El aspecto individual que caracteriza a la tortura reclama un examen diferenciado de los niños, niñas y adolescente, que atienda también a diversos tramos de edad según su desarrollo. Ciertamente, en esta oportunidad el examen no interesa para imponer o no una sanción penal diferenciada al menor de edad. Ahora, el menor desarrollo y la importancia de la propia valía de los niños, niñas y adolescentes, es relevante para definir la conducta típica y antijurídica de tortura; es decir, para establecer exigencias de atribución al agente con atención a la víctima ofendida por el acto o medida descritos en el artículo 150 A.

Especial mención merece la actuación con motivos de discriminación, cuando se trata del sexo, la orientación sexual y la identidad de género. La distinción de estas tres condiciones se discutió detenidamente al mencionarlas en la circunstancia agravante y merecen subrayarse ante la confusión que existe en ocasiones⁴³. Destaca la separación de cuestiones diversas y la inclusión de todas, cuando se trata de motivaciones cerradas. La agravante no sólo se ha vinculado con motivos de discriminación, sino que derechamente se contempla como manifestación de motivaciones de odio⁴⁴.

Estas motivaciones y sus expresiones en las conductas tienen sentido frente al objeto tutelado con la sanción de las torturas, en cuanto desprecio hacia la condición de la víctima, que ataca su autoestima con un sufrimiento grave. En este sentido, tiene importancia la distinción que hacen Fornasari y Guzmán respecto del sentido genuino de discriminar, con su “carga excluyente y tendencia vejatoria”⁴⁵. Semejantes motivos son especialmente relevantes a la hora de establecer el sufrimiento sexual, por su vínculo con víctimas mujeres y la consideración también de factores relativos a la orientación sexual y a la identidad de género. Así, nos detendremos de modo particular a revisar el problema del dolor o sufrimiento grave tanto en caso de víctimas menores de edad, como respecto del sufrimiento de carácter sexual.

V.2. Apremios ilegítimos

Como se advierte de la redacción de la figura que se incorpora en el artículo 150 D, las conductas de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes aparecen conectados con las torturas con una idea de medida o baremo máximo. Son conductas que “no alcanzarían” a ser torturas y que compartirían el mismo contexto. Los verbos rectores son iguales y los realizan los mismos sujetos. Sin embargo, junto con la omisión de la gravedad las finalidades no aparecen. También se han de revisar brevemente los términos que emplea el legislador para la separación de ambas figuras.

⁴³ Otra cuestión ocurre con la reciente incorporación del femicidio no íntimo en el artículo 390 ter, que parece confundir el sexo femenino con género y con orientación sexual.

⁴⁴ SALINERO, Sebastián, “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI (2013), pp. 286, 290-292.

⁴⁵ FORNASARI, Gabriele; GUZMÁN, José Luis, “La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, n.º 13 (2015), p. 204.

Artículo 150 D. “El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

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

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

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

V.2.1. Conducta típica y modalidades

Al igual que en las torturas, pueden distinguirse dos modalidades a las que se refieren los verbos rectores descritos, y que coinciden con los de torturas. Es otro elemento que compartirían, junto con los agentes y la relación que aparece con la medida de entidad indicada (“no alcanzarían” a ser tortura). Parecen conductas que se distinguen sólo por su menor gravedad. La distinción en términos de gradualidad se hace con base en la idea de sufrimiento, cualquiera sea su finalidad⁴⁶.

En este ilícito no se menciona tampoco algún sufrimiento sexual. Si bien la sola diferencia de entidad podría cubrir dolores sexuales, la expresa expresión en las torturas, en conjunto con los fines de discriminación sexual, revelan una mayor incidencia del sufrimiento grave sexual, que sólo sería torturas; si se dan todas sus exigencias. Por otro lado, los apremios ilegítimos o tratos crueles, inhumanos o degradantes consideran especialmente a la víctima menor de edad como agravante, en conjunto con la persona vulnerable, por discapacidad, enfermedad o vejez, o si está bajo cuidado o dependencia de un empleado público. Así, también muestra una diferencia ante conductas dirigidas a niños, niñas y adolescentes, que es una condición de mayor magnitud, no contemplada en la figura básica de apremios ilegítimos o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁴⁷.

La tortura no hace esta distinción, por lo que las víctimas niños, niñas y adolescentes están contempladas en las torturas, lo que revela una situación de indefensión particular para configurar las torturas. De hecho, la dificultad será establecer cuándo se da la agravación de esta figura de apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes y cuándo existe tortura respecto de un menor de edad.

Si bien pudo ser un olvido del legislador el no contemplar a los menores de edad como agravante especial en la tortura, el que no estén en el artículo 150 C enseña que se contemplan en la figura simple de torturas, precisamente por la gravedad de la condición de una víctima niño, niña

⁴⁶ Destaca esta gradualidad sobre la base del sufrimiento, una escala de padecimientos, DURÁN, “Propuestas...”, pp. 213, 214.

⁴⁷ Esta exclusión también se contempla en la vejación injusta del artículo 255, que se explica por su menor injusto.

o adolescente. El que estén en las torturas y no en el delito del artículo 150 D enseña la cualidad y entidad de la tortura, cuya determinación exige individualizar el dolor o las alteraciones a la personalidad, o a la voluntad o la capacidad de discernir o decidir. El menor desarrollo de la víctima incide en las condiciones de incriminación necesarias para establecer el sufrimiento grave o las alteraciones señaladas, según veremos al revisar las conductas de tortura respecto de niños, niñas y adolescentes.

Por otro lado, las dos modalidades del artículo 150 D evidencian sufrimientos, que se provocan y buscan por sí mismos. Incluso, refuerzan la centralidad del dolor ocasionado, sin atender a una hipótesis que altere la personalidad, la voluntad o las facultades de discernimiento o de decisión, como en la tortura. Con esta descripción de una figura menos lesiva o de menor entidad, se enseña que aquella hipótesis de tortura contempla injerencias que conllevan sufrimiento. Entonces, el problema es establecer cuándo ese sufrimiento es tortura y cuándo es apremio ilegítimo o trato cruel, inhumano o degradante.

Si se trata sólo de un tema de gravedad, la complejidad es mayor cuando se trata de víctimas niños, niñas y adolescentes, al permitir agravar el delito de apremio ilegítimo o trato cruel, inhumano o degradante. ¿Cuándo es agravante de los apremios y cuándo es tortura? Los apremios no mencionan que han de ser sufrimientos o dolores graves. A pesar de ser conductas que se entienden de menor intensidad en cuanto no alcanzan a ser torturas⁴⁸, la idea de un apremio ilegítimo y las referencias a la crueldad, inhumanidad o degradación de los tratos implica también dolores o sufrimientos graves.

Además, en esos casos el agente también se ha de buscar tales apremios o tratos, aunque la omisión de las finalidades que contempla la tortura hace una diferencia, que no parece sólo de cantidad. La referencia expresa que hace la tortura al sufrimiento sexual y la falta de consideración adicional del menor de edad evidencian una cualidad especial de la conducta de tortura descrita que supone un ataque mayor a aquella faceta de la dignidad humana, que se expresa en términos de integridad corporal. El infligir sufrimientos sexuales o el infligir dolor a víctimas menores lleva a mirar en primer término a las torturas; aunque con exigencias particulares con atención a la víctima.

El supuesto complejo se presenta con la consideración de la víctima menor como agravante de los apremios ilegítimos y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si bien la víctima niño, niña y adolescente no aparece como agravante en la tortura y su consideración es relevante para la configuración misma de torturas -para establecer exigencias de imputación (menores)-, el artículo 150 C⁴⁹ no sólo contempla ahora como agravante para la tortura el que la víctima esté privada de libertad. También incluye a la víctima que esté bajo el cuidado, custodia o control del agente.

Esta disposición consagra una regla de agravación de menor intensidad que la agravante descrita en la norma que sanciona los apremios ilegítimos. En las torturas, se trata de no aplicar el *mínimum* o la pena mínima y no de aumentar un grado. Esta menor intensidad se explica por la mayor gravedad de las torturas, que suponen una mayor indefensión de la víctima con el ataque

⁴⁸ Se evidencia que la distinción del legislador de 2016 sigue en este punto las disposiciones de la Convención, en orden a separar los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que no lleguen a ser tortura, artículo 16. Esta descripción es la que prima a la hora de ver sólo una diferencia de gravedad entre torturas y apremios ilegítimos.

⁴⁹ Artículo 150 C. “En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el *mínimum* o el grado mínimo de la pena señalada, según corresponda, al que torture a otro que se encuentre, legítima o ilegítimamente, privado de libertad, o en cualquier caso bajo su cuidado, custodia o control.”

mencionado a esa manifestación del ser humano para razonar y decidir. La vulnerabilidad del menor de edad es determinante para definir los dolores o sufrimientos graves, con exigencias de imputación vinculadas con el grado de desarrollo del niño, niña o adolescente.

En todo caso, la disposición del artículo 150 C da pautas para la tortura respecto de sujetos bajo su custodia o cuidado, más allá de la privación de libertad. La dependencia de la víctima es clave cuando se trata de un infante. Es posible evidenciar siempre que en esos casos concurre una dependencia o cuidado mayor, lo que limita la aplicación de la pena (impide el *mínimum* o el grado *mínimo*). De hecho, la vejación injusta del artículo 255⁵⁰ contempla a quien está bajo dependencia, custodia o control del empleado público como agravante, junto con conductas dirigidas al menor de edad. Esta equiparación tiene especial sentido ante niños menores de 10 años, en coherencia con las consideraciones de nuestra legislación para la sanción del abandono de menores. Puede igualmente hacerse una diferencia respecto de víctimas menores de 7 años, al momento de verificar las exigencias para configurar el sufrimiento grave.

Antes de seguir con la consideración del sufrimiento grave y de las particulares consideraciones para las víctimas menores de edad y con relación al sufrimiento sexual, procede detenernos en las conductas de apremio ilegítimo y su distinción ante las torturas, sobre todo por el problema de límite de la agravante con víctimas menores comentado.

A. Aplicar apremios ilegítimos

Sabemos que los verbos rectores son los mismos que los contemplados para las torturas, es decir, no son sólo aplicar. Ahora, atenderemos a qué se entiende por apremio ilegítimo, para luego ver los tratos incluidos. El apremio ilegítimo aparece muy vinculado a las torturas, por su referencia primera a tormentos o apremios. Apremiar lleva a la idea de compeler u oprimir, como también remite a castigo. Y su carácter ilegítimo exige que sea fuera de lo permitido o autorizado.

Así, la diferencia se suele dejar a un problema de entidad. Estas conductas tienen una magnitud menor. Sin embargo, no se advierte que el cambio del aspecto subjetivo que veremos (intencionalidad y finalidades) repercute en la clase de perturbación, y no sólo su entidad.

B. Aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes

Similar situación ocurre al examinar estos tratos, cuyos calificativos -cruels, inhumanos o degradantes- importan también un dolor o sufrimiento grave⁵¹. Es cierto que la magnitud es menor, pero lo es en cuanto supone un ataque menor a la integridad personal por la dirección que aquí falta, que termina de explicar el nivel y cualidad de los sufrimientos que configuran las torturas, según se verá al examinar las consideraciones subjetivas y la determinación del sufrimiento grave, con atención a la víctima.

⁵⁰ Artículo 255, inciso 2°. “Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.”

⁵¹ Antes de la modificación de 2016, incluso se consideran como formas genéricas, frente a una específica que corresponde a la tortura, por ejemplo, NASH, “Alcance...”, p. 587.

C. Sujetos y consideraciones subjetivas

Los agentes en los apremios y los tratos crueles, inhumanos o degradantes son los mismos descritos en el delito de torturas, los empleados públicos, además del particular que realiza funciones públicas o que actúa por instigación del empleado público. Es relevante mencionar que en ambos delitos, en las torturas y en las modalidades que contempla este artículo, se requiere que el empleado público actúe con abuso de su cargo o sus funciones. Esta exigencia no procede en caso de las vejaciones injustas del artículo 255, que antes contemplaba también los apremios ilegítimos.

En este sentido, destacan los tratos crueles, inhumanos o degradantes en la figura del artículo 150 D, al que se suman los apremios ilegítimos, como supuestos que advierten la centralidad del dolor. Por esto mismo, es fundamental precisar una diferencia con las torturas dada por la omisión de las finalidades que allí se requieren. Las hipótesis de este delito presentan dos diferencias en el plano subjetivo.

Primero, omiten la dirección intencional. Si bien exigen dolo, en cuanto la configuración de los apremios y de esos tratos supone cierta orientación que define su cualidad, la falta de intencionalidad admite supuestos de dolo eventual. Segundo, este tipo penal no contempla los otros fines que requiere la tortura: los de obtener de la víctima 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 debido a una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política.

La falta de esos objetivos no sólo repercute en la entidad de las conductas. El dolor asociado a ellos revela una cualidad particular respecto del desarrollo de la persona humana de sus facultades de razonar y decidir. Se aprecia una unidad especial entre las finalidades y esa fuerte emoción, el dolor grave. Así, aparecen dos factores relevantes para separar la tortura de los apremios y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, que se expresan en términos negativos respecto de esta última figura, con dos omisiones: la omisión de la exigencia de gravedad del sufrimiento y la falta de las finalidades señaladas.

La idea de apremio y los calificativos de los tratos (cruels, inhumanos o degradantes) exigen también un dolor importante. Por lo que, aunque falte la referencia a la gravedad, lo fundamental será la inexistencia de las finalidades contempladas para la tortura. Ellas terminan de definir un particular dolor, vinculado con una perturbación directa a esa faceta de la dignidad humana que aparece en nociones del bien jurídico como integridad moral o personal. De suerte que la distinción no es sólo de cantidad o magnitud, sino también de cualidad. La cualidad y límites de los sufrimientos son particularmente relevantes para víctimas menores de edad. Nos detendremos en estos aspectos al examinar las conductas dirigidas a estas víctimas.

V.3. Vejaciones injustas

Las vejaciones injustas están el artículo 255 del CP, bajo un título distinto del de sus predecesores en este informe. Originalmente el proyecto de ley que dio origen a la ley 20.968,

respecto de las vejaciones injustas sólo pretendía agravar la pena⁵². Por indicación del ejecutivo, el antiguo 255 se dividió en dos, por un lado, dio origen a que en el 150 D se agregara los apremios ilegítimos junto con los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y, por otro lado, continuó sancionando las vejaciones injustas, con una pena más alta, pero menor a la de los apremios ilegítimos, tratos crueles, inhumanos o degradantes y aún menor a la de las torturas. En este explícitamente, al igual que en el 150 D, se establece una pena agravada en los casos en que la víctima sea NNA. El tipo penal que cierra este sistema de delitos dentro del CP, pertenece al título “de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el ejercicio de sus cargos” a diferencia de sus predecesores, que están categorizados bajo la denominación de delitos contra los derechos garantizados por la Constitución. Independiente de estar situados bajo categorías distintas de delitos, ciertamente forman un sistema, que intentó ser coherente, según lo expresado en la tramitación de la Ley 20.968 y de los que se desprenden algunas características comunes⁵³.

Se ve brevemente cuál es el actual artículo 255:

“El empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.

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

No se considerarán como 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.”

V.3.1. Conducta típica

Se distingue esta conducta residual de sus dos predecesoras en primer lugar porque no exige abuso del cargo, sino que el empleado público esté desarrollando un acto de servicio. Luego a diferencia del tipo penal de tortura, en el que se explica qué es tortura, no se encarga de explicar qué es una vejación injusta. Se intentará dar un contenido a esta expresión.

A. Vejación injusta

Las vejaciones se definen como maltratos, humillaciones o molestias de carácter psicológico. Maltrato, humillación causada a otra persona⁵⁴. De la propia descripción típica no se logra una comprensión cabal de la acción sancionada, si se considera que la vejación debe ser injusta, lo que hace surgir la interrogante acerca de cuál vejación que provenga de un empleado público en actos de servicio, podría ser justa. Esto último, al interpretarse en armonía con la

⁵² BCN, Historia de la Ley 20.968. El objetivo era incrementar la pena del delito de vejaciones injustas del artículo 255 de dicho Código, elevándose de suspensión del empleo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales a reclusión menor en su grado mínimo a medio. p. 30. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5879/HLD_5879_747e8059aa9eaccaed6f32d77fcb519d.pdf

⁵³ Todos pueden ser sólo cometidos por funcionarios públicos, o por quien ejerza funciones de tal. Todos incorporan una cláusula de cierre según la que, sólo se cometen si se trata de sanciones ilegítimas o ilegales. Los tres implican la agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad. En los artículos 150 D y 255 se expresa literalmente, y en los artículos 150 A y 150 B se contemplan en las exigencias de imputación y con el límite que se desprende del 150 C.

⁵⁴ En términos ordinarios, <https://www.wordreference.com/definicion/vejaci%C3%B3n>

cláusula de cierre del tipo -que es común además a los tipos de tortura y de apremios y tratos-, implicaría que no basta la sensación de humillación de la víctima. Si, desde un aspecto subjetivo, la víctima se siente humillada por alguna situación propia de las sanciones legales, no existiría la injusticia propia de la vejación.

Es claro que la conducta en este tipo penal es diferente de las anteriores, en el entendido que en la escala de gravedad que forman, se encuentra en el peldaño más bajo y solo se refiere a acciones de carácter psicológico y no físicos, ni tampoco sexuales.

En este sentido se trataría de conductas realizadas por empleados públicos en servicio, sin abuso de su cargo, con las que humillan o maltratan psicológicamente a las víctimas de manera injusta, es decir, fuera del ámbito de lo legítimo de acuerdo con la sanción impuesta. Se alejan así de los maltratos físicos e incluso sexuales, pudiendo establecerse la cisura entre esta figura y las anteriores mediante la descripción de la conducta del agente, asible en maltratos psicológicos y humillaciones, y no basado solamente en un barómetro de “gravedad”.

B. Cláusula de subsidiariedad

La cláusula de subsidiariedad está presente en esta figura que cierra el sistema dentro del CP. En esta se señala que si el hecho realizado por el empleado público, en el desempeño de un acto del servicio, constituye un delito de mayor gravedad, se aplicará la pena asignada sólo al más grave. Esto se diferencia de la tortura, en la que se establecen soluciones agravadas para los casos en que los actos que las constituyen configuren a la vez otros tipos penales más graves. Así el 150 B se dedica a establecer las penas agravadas en los casos en que se presente tortura y otros delitos más graves. En el caso de los apremios ilegítimos (tratos crueles, inhumanos o degradantes) se establece una cláusula similar, pero no idéntica, en cuanto señala que se estará a la pena señalada en ellos (en los delitos más graves), pero no indica como en el 255 que se aplicará “sólo” la pena asignada al más grave.

En este sentido podrían presentarse situaciones distintas de determinación de pena entre apremios ilegítimos y lesiones graves gravísimas, y vejaciones injustas con lesiones graves gravísimas. En el primer caso, si las lesiones graves gravísimas fueron un medio para el trato cruel o inhumano, se podría presentar un caso de concurso ideal (medial), y en el segundo por disposición expresa legal sólo podría aplicarse la pena de las lesiones graves gravísimas.

V.3.2. Contexto y sujetos

Respecto del sujeto activo se utiliza la expresión empleado público, en este sentido se replica lo ya dicho respecto de las dos figuras anteriores.

En cuanto a las víctimas, contiene una cláusula expresa respecto de 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. La pena se agrava en estas situaciones, al igual que en la figura de apremios ilegítimos, tratos crueles inhumanos o degradantes. Se trata de explicitar la especial valoración de la víctima de mayor vulnerabilidad frente a la que el Estado ha asumido una obligación de mayor protección.

VI. POSICIÓN ACERCA DE LA AGRAVACIÓN DE LA FIGURA CUANDO LAS VÍCTIMAS SON NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

La atención se centrará en la manifestación más usual de torturas, el dolor o el sufrimiento grave cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, aunque sea evidente el examen particular en caso de medidas para anular su personalidad, disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento o decisión. El aspecto individual es claro y los criterios no deben ser los mismos que los empleados para las víctimas adultas.

VI.1. El grave sufrimiento

El dolor o sufrimiento grave puede separarse de la conducta que lo provoca, pero contribuyen a definir el núcleo de las torturas, en íntima relación con la víctima. La necesaria consideración de la víctima para definir los dolores se explica además con una noción de integridad moral o, mejor, de integridad personal⁵⁵, vinculada con un determinado ámbito de la dignidad humana que distingue la capacidad de razonar y de decidir, la identidad misma de la persona.

Esta identidad es especialmente idónea ante la segunda modalidad de tortura, por anulación de la personalidad de la víctima, la disminución de voluntad o de la capacidad de discernimiento o decisión. En este sentido, las capacidades y la personalidad de los niños, niñas y adolescentes han de considerarse al igual que se hace para su imputación penal, ya no como víctimas sino como posibles agentes responsables, con una imputación particular y disminuida, cuando se trata de adolescentes. Como se sabe, los menores de 14 años son derechamente inimputables. Ahora, estas mismas condiciones, que no cambian en esta clase de sujetos, han de considerarse a la hora de establecer las exigencias de tipicidad e injusto, como víctimas de torturas.

Estas consideraciones no son extrañas tampoco en la legislación penal. En varias ocasiones se rebajan las exigencias de incriminación o se aumentan las penas cuando se trata de víctimas menores de 14 años. Basta con mencionar algunos delitos sexuales, como la llamada violación “impropia” (artículo 362⁵⁶), que reconoce la falta de voluntad de la víctima menor de 14 años, sin exigir las condiciones de la violación del artículo 361; o el abuso sexual impropio (artículo 366 bis⁵⁷), sin las exigencias del abuso sexual. Además, hay delitos que sólo se construyen con víctimas menores de 14 años, como las acciones de significación sexual del artículo 366 quáter o la promoción o facilitación de la prostitución de menores del artículo 367.

El legislador también considera a los adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años para incriminar conductas de modo más gravoso que en el caso de víctimas adultos, como el

⁵⁵ Así, NASH, “Alcance...”, pp. 586, 587, 589-591, 596 y 599.

⁵⁶ Artículo 362. “362. El que accidiere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

⁵⁷ Artículo 366 bis. “El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

estupro (artículo 363⁵⁸) o las recientes figuras de maltrato (artículo 403 bis⁵⁹). Aparecen condiciones de incriminación más reducidas que relevan la mayor gravedad de las conductas dirigidas a esas víctimas.

En el caso del dolor o sufrimiento grave, aparece un elemento individual en la misma noción de dolor, como experiencia que padece la víctima. Asimismo, la vinculación los fines exigida remite también a aspectos personales, capacidades de razonar y decidir, que conectan con el objeto de la norma que sanciona la tortura y que lo distingue de otras figuras penales, de lesiones o de perturbaciones sexuales que no alcanzan a configurar los ilícitos que recoge el artículo 150 B.

La noción de sufrimiento se establece como una experiencia emocional que existe en la “dimensión integral del ser humano”⁶⁰, en cuanto “atraviesa” toda su “estructura antropológica”, de tal forma que la atención al grado de desarrollo de la víctima que experimenta el dolor es central. Especial atención merecen los motivos de odio respecto de la autoestima de víctimas menores de 18 años.

En este sentido, es especialmente relevante el Caso Bulacio Vs. Argentina⁶¹, que no sólo atiende a la integridad personal, vinculada con la dignidad humana, sino que considera la especial vulnerabilidad de la víctima adolescente, de 17 años, su desconocimiento y debilidad. Así, expresa:

“126. Quien sea detenido “tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”⁸⁰. La Corte ha establecido que el Estado, como responsable de los establecimientos de detención, es el garante de estos derechos de los detenidos, lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia. Las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia. La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél, función estatal de garantía que reviste de particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adaptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad.

127. La vulnerabilidad del detenido se agrava cuando la detención es ilegal o arbitraria. Entonces la persona se encuentra en completa indefensión, de la que surge un riesgo cierto de que se transgredan otros derechos, como son los correspondientes a la integridad física y al trato digno.

⁵⁸ Artículo 363. “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual”.

⁵⁹ Artículo 403 bis. “El que, de manera relevante, maltrata corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.

El que teniendo un deber especial de cuidado o protección respecto de alguna de las personas referidas en el inciso primero, la maltrata corporalmente de manera relevante o no impidiere su maltrato debiendo hacerlo, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo, salvo que el hecho fuere constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste”.

⁶⁰ MOLINA, Javier, “El sufrimiento humano como experiencia personal y profesional”, *Bioética*, 2011, p. 5.

⁶¹ CIDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

El Estado debe proveer una explicación satisfactoria sobre lo que ha sucedido a una persona que presentaba condiciones físicas normales cuando se inició su custodia y durante ésta o al término de la misma empeoró. Asimismo, es el Estado ‘el obligado a crear las condiciones necesarias para que cualquier recurso [a favor del detenido] pueda’ tener resultados efectivos. Este Tribunal ha destacado que la incomunicación del detenido debe ser excepcional, porque causa a éste sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, ya que lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles, y porque pone en peligro la puntual observancia del debido proceso legal.”

Frente a las exigencias de dolor, puede servir para su determinación considerar las pautas que el propio legislador penal ha tenido en cuenta respecto de los niños, niñas y adolescentes. Además de las consideraciones destacadas para construir tipos y establecer exigencias de imputación penal, como el estupro, una primera guía es la separación que se hace de los adolescentes a partir de los 14 años⁶², a quienes, como sabemos, se les admite una responsabilidad penal disminuida y distinta (específicamente con relación a la clase de sanciones penales, no sólo su magnitud por un menor reproche). Dentro de los adolescentes, es relevante la distinción de tramos de edad, uno entre menores de 14 y 15 años y otro que se refiere a los de 16 y 17 años⁶³.

Es posible considerar menos exigencias para atribuir el dolor cuando se trata del primer tramo, que en el caso del segundo. Por otra parte, también se hacen distinciones en menores de 14 años inimputables, que se consideran precisamente para distinguir exigencias típicas. En este sentido, es especialmente decidir el delito de abandono de niños. Puede distinguirse al infante, al niño o niña que es menor de 7 años, de un concepto más amplio de niños y niñas que alcanza a los menores de 10 años. Así, el abandono de niños de 7 años es la figura más dura en términos de exigencia de imputación, pues se sanciona cuando se realiza en lugares no solitarios (artículo 346⁶⁴). En cambio, el abandono de niños menores de 10 años se castiga en lugares solitarios (artículo 3). Puede apreciarse un aumento de pena cuando se trata de abandono de menores de 7 años en lugares solitarios, pero el abandono de niños mayores de 7 y menores de 10 años únicamente se castiga si es en un lugar solitario. Este lugar aparece como una exigencia de atribución especial.

Así también es relevante la consideración que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el Caso de los “Niños de la Calle” Vs. Guatemala⁶⁵, respecto de la mayor gravedad de las conductas cuando se trata de víctimas menores de edad, incluso adultos jóvenes (de 18 a 20 años) y la separación especial de los niños, con relación a la integridad personal como bien objeto de tutela por la sanción de las conductas de tortura.

“146. La Corte no puede dejar de señalar la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción (infra, párr. 191).

⁶² Igualmente, existen distinciones de víctimas de 14 años y menores de 18 años para construir tipos y establecer exigencias de imputación penal, como el estupro (artículo 363).

⁶³ Como ya se ha destacado, la regulación que establece la responsabilidad penal adolescente hace distinciones de tramos en diversos lugares, como arts. 1, 4, 18 y 22 de la Ley 20.084.

⁶⁴ Artículo 346. “El que abandonare en un lugar no solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.”

⁶⁵ CIDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

[...]

157. Existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que la integridad personal de los cuatro jóvenes mencionados fue vulnerada y de que ellos fueron víctimas de graves maltratos y de torturas físicas y psicológicas por parte de agentes del Estado y, más concretamente, por miembros de la Policía Nacional, antes de sufrir la muerte. ”

En el caso expuesto se advierte además de una “doble agresión”, que, en principio, puede vincularse con el hecho de que se trata de adolescentes que además estaban en “situación de calle”. Esta doble agresión se vincula con un ataque al desarrollo de su personalidad y al atentado a la integridad física, psíquica y moral, que en este caso llega a afectar sus vidas. Esa idea de integridad es compatible con la anterior declaración de la Corte sobre el cuidado a la integridad personal. Igualmente, se pone atención en que las alteraciones al desarrollo de la personalidad parecen estar siempre presente en el caso de víctimas niños, niñas y adolescentes.

“191. A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ‘pleno y armonioso desarrollo de su personalidad’, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.”

En similar sentido, la CIDH en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú⁶⁶ se refiere en general a niños respecto de víctimas adolescentes de 14 y de 17 años, no sólo para recoger la necesidad de una apreciación especial del bien afectado⁶⁷, sino también para admitir la mayor gravedad de las conductas y sus efectos (sufrimientos) cuando se trata de menores de 18 años. Vincula su consideración mayor con la dignidad humana y el grado de desarrollo de los menores. Acoge las diferencias que importa el mayor o menor desarrollo, que debieran repercutir en las exigencias al determinar los sufrimientos graves y en la determinación de penas.

“162. Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri eran niños de 14 y 17 años, respectivamente, cuando fueron detenidos ilegal y arbitrariamente, torturados y ejecutados extrajudicialmente por agentes de la Policía Nacional del Perú. El Tribunal considera que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños, ya que sus derechos se encuentran recogidos no sólo en la Convención Americana, sino también en numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales se destaca la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, ‘que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción’.

163. En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño,

⁶⁶ CIDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004.

⁶⁷ 124. “El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención Americana y en la Convención sobre los Derechos del Niño. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.”

que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”.

En síntesis, no sólo es fundamental considerar el evidente grado de menor desarrollo de una víctima niño, niña o adolescente al establecer el dolor que determina la tortura, tanto por la cualidad individual del dolor, como por los fines que conlleva y el objeto de tutela. También es importante reconocer distintos tramos de edad según el grado de desarrollo de la víctima, más allá de la separación entre niñas y niños y los adolescentes. Puede servir de guía tramos de edad reconocidos: niñas y niños menores de 7 años; niñas y niños mayores de 7 años y menores de 10 años; niñas y niños mayores de 10 años y menores de 13 años; adolescentes menores de 14 años y menores de 15 años; y adolescentes de 16 y 17 años de edad⁶⁸. Mientras menor es la víctima, más reducidas han de ser las exigencias para atribuir el dolor, con atención al objeto protegido por la sanción de la tortura.

Al atender al desarrollo de las víctimas para definir el dolor o sufrimiento grave, es importante establecer el límite de esos dolores o sufrimientos. Ya podemos distinguir un límite máximo y un límite mínimo. Lo complejo será observar el abanico de posibilidades que pueden ser torturas o configurar un apremio ilegítimo o un trato cruel inhumano o degradante agravado por víctimas menores de edad.

El límite máximo está en los delitos que contempla el artículo 150 B. La tortura no cubre homicidios, violaciones, violaciones impropias, abusos sexuales calificados, castraciones, lesiones graves gravísimas, ni imprudencias temerarias del artículo 490. Todos esos casos no están fuera de las torturas base. Si se producen se contempla una regla de agravación, que hace excepción a las reglas de concursos, que se puede explicar por la relación de los sufrimientos producidos en la tortura con afectaciones a la vida, la salud, a la libertad y a la indemnidad sexual.

Por otro lado, existe un límite mínimo que aparece en la misma disposición que sanciona la tortura, el artículo 150 A. El sufrimiento no ha de ser el propio que procede de las sanciones legalmente impuestas, ni de actos legítimos de autoridad. Esta idea tiene que ver con la exclusión de sufrimientos legítimos, que en general se descarta como mal relevante⁶⁹, incluso para proceder la eximente del estado de necesidad⁷⁰. Se excluye la fuerza lícita o inherente a actos lícitos; la fuerza propia de arrestos lícitos, la empleada para evitar la fuga de una persona arrestada lícitamente, la defensa legítima propia o de terceros u otras acciones lícitas.

Es muy importante no confundir este límite con aprovechar ese contexto para realizar torturas, es decir, el admitir su existencia sobre la base de un estado de necesidad, por ejemplo. En estos casos los sufrimientos no están cubiertos por la autorización. No se ha de olvidar la

⁶⁸ Se ha de recordar que la determinación de los rangos obedece a una interpretación coherente de las consideraciones del legislador nacional y de pautas internacionales. Así, los tramos respecto de los infantes se toman particularmente de la protección que hace el Código Penal en el delito de abandono; la distinción general de los adolescentes proviene tanto de la legislación que establece su responsabilidad penal especial, como de la tutela que se les brinda específicamente en los delitos. Más *supra* V.1., p. 12 y V.I.1., p. 28.

⁶⁹ Es interesante separación material y subjetiva que hace DURÁN, “Propuestas...”, p. 220, entre los sufrimientos de la tortura y otros efectos negativos.

⁷⁰ Claro en este sentido es el requisito 4º del artículo 10 Nº 11. También hay consenso de que excluye el estado de necesidad del artículo 10 Nº 7, aunque no se señale expresamente. Tiene que ver con los males que no se han de soportar para que proceda la eximente.

prohibición absoluta contemplada en el artículo 2 de la Convención Contra la Tortura⁷¹, que atiende a ese contexto. Aquí destaca precisamente la calidad y nivel del ataque que supone la tortura para la faceta de la dignidad humana destacada.

El límite mínimo es que el sufrimiento sea ilegítimo, ya sea porque proceda de una fuente ilegítima o porque sea manifestación de un ejercicio fuera de los límites establecidos. El problema es que este límite mínimo es común a los apremios ilegítimos o a los tratos crueles, inhumanos o degradantes del artículo 150 D y a las vejaciones injustas del artículo 255. La dificultad relevante no se produce con estas últimas. Ellas se descartan por un contexto distinto del de las torturas, el tratarse de empleados públicos en el desempeño de un acto de servicio; además de la menor entidad y de la falta de finalidades. Así, la precisión del límite mínimo interesa respecto del art. 150 D.

A partir de sufrimientos ilegítimos y cometidos con abuso del oficio, los fines que configuran la tortura permiten establecer una primera diferencia respecto de la figura del artículo 150 D. Este primer escalón puede tener múltiples manifestaciones que provoquen dolores físicos, psíquicos o sexuales con atención a la víctima. Su desarrollo es determinante a la hora de establecerlo, al igual que los sufrimientos sexuales provocados a mujeres por el hecho de serlo, con la motivación de discriminación por su sexo. Por tal razón examinaremos en forma particular el sufrimiento sexual que se incorpora, como veremos, frente a las víctimas mujeres.

Respecto de los niños, niñas y adolescentes, puede servir de guía para definir los dolores graves los tramos destacados por el propio legislador nacional, que atienden también a disposiciones internacionales vigentes. Las exigencias para establecer los sufrimientos, con las finalidades contempladas en el artículo 150 A, decrecen según el menor desarrollo del menor de edad y con atención a sus características particulares. Las conductas que producen esos dolores físicos, psíquicos o sexuales no requieren configurar otros delitos. Sin embargo, la consideración de la agravante especial por algunos delitos, los mencionados en el artículo 150 B, admite otros. Lo que nos lleva al límite máximo.

Fuera de los delitos que aparecen en el artículo 150 B, la realización de otros parece más bien un problema de concurso aparente de normas, que un posible concurso de delitos. La solución de la tortura por consunción, sobre la base de la perturbación de un bien que integra otros, ha de tener en cuenta tanto el objeto perturbado con la realización de otro tipo penal y la magnitud de la sanción. Dos pautas son relevantes para impedir un *bis in idem*: la pena de las torturas (presidio mayor en su grado mínimo) y la pena de la imprudencia temeraria (reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medio si fuera crimen, o reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de 11 a 20 UTM si fuera simple delito), como la figura penal de menor intensidad para la agravante del artículo 150 C.

En este último caso, la afectación de otros bienes jurídicos por la realización de un delito imprudente del artículo 490 ya demanda aumentar en un grado la pena de las torturas, a presidio mayor en grado mínimo. Éste sería el límite máximo referido a delitos contra las personas cometidos con imprudencia temeraria. Otras figuras dolosas que afectan bienes distintos a los

⁷¹ Artículo 2. Convención. “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.”

delitos de homicidio, violación, violación impropia, abuso sexual calificado, castración y lesiones graves gravísimas, parecen quedar abarcadas dentro de las torturas, como las amenazas.

VI.2. Conductas subsumibles bajo la hipótesis de los tipos penales analizados contra víctimas niños, niñas y adolescentes

VI.2.1. Situación fáctica en los casos contra NNA en Chile⁷²

1. Sentadillas con desnudamientos: los funcionarios policiales a cargo de las detenciones les obligaron a desnudarse y a realizar sentadillas en dicha condición. Estos hechos afectaron a 7 adolescentes mujeres y 6 adolescentes hombres. Ejemplo de relato: “Me obligan a desnudarme, repetir mi delito y hacer sentadillas, mientras nos golpean en la cabeza”.

2. Intimidaciones: De los relatos se identifican distintos tipos de intimidaciones durante las detenciones, tales como: “cargar” a las y los adolescentes con elementos para constituir un delito y de amenazas tales como: que los “tiraran al río” o “matarlos” si no se realiza alguna acción.

3. Tratos degradantes: En los relatos se dieron a conocer hechos que afectaron emocionalmente a las y los adolescentes denunciantes. Así fueron obligados a comer comida de perros; las adolescentes fueron amarradas y tiradas a la basura; se les mojó con una manguera en el lugar de detención; no se les permitió acceso al baño por lo que tuvieron que hacer sus necesidades en el calabozo de la detención.

4. Irregularidades en el proceso de detención: Se informaron de situaciones irregulares en los procedimientos de detención, tales como: la no lectura de derechos; no permitir llamar a los padres o familiar para informar de la detención; funcionarios policiales que realizaron procedimientos sin identificación visible y sin identificarse con el detenido o detenida; la constatación de lesiones en presencia de los funcionarios aprehensores que las habían cometido; la no entrega de la constatación de lesiones; y la destrucción o no devolución injustificada y arbitraria por parte de los funcionarios policiales, de las pertenencias de las y los detenidos.

5. Lesiones a raíz de uso de perdigones: en las manifestaciones del último tiempo en el país ha sido de público conocimiento el uso de perdigones para dispersar a las personas y controlar el orden público. Lamentablemente, según información que fue levantada en el país por actores internacionales como Amnistía Internacional, y nacionales como el INDH y la Defensoría de la Niñez, muchos de estos perdigones lesionaron gravemente, incluso causando la mutilación de adolescentes en el país.

6. Lanzamiento de bombas lacrimógenas al cuerpo: otra de las situaciones advertidas en los informes de los organismos señalados fue el lanzamiento de bombas lacrimógenas al cuerpo de adolescentes, también con el objeto de dispersar a las personas de las manifestaciones. En un caso relatado por el protagonista en el informe de la Defensoría de la Niñez, la bomba quedó incrustada en el cuerpo del joven, específicamente en un brazo, sin recibir ayuda por parte de personal policial.

⁷² Estas situaciones fueron extraídas del Informe Anual 2020 de la Defensoría de la Niñez, p. 157. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf>.

VII. VIOLENCIA Y SUFRIMIENTO SEXUAL ¿SE PUEDE OTORGAR DE CONTENIDO NORMATIVO AL CONCEPTO DE DOLOR O SUFRIMIENTO SEXUAL QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 150 A DEL CÓDIGO PENAL?

Como se señaló al comienzo, las consideraciones sexuales se contemplan expresamente en el delito de torturas, con una especial advertencia sobre las condiciones de las víctimas, cuando las torturas no se estructuran únicamente sobre la base de tormentos o castigos. Sabemos también que la consideración especial de la víctima es niño, niña o adolescente como agravante en los apremios ilegítimos (artículo 150 D) y en las vejaciones injustas (artículo 255), se explica en ilícitos de menor intensidad. De suerte que las conductas dirigidas a menores de edad revelan una mayor gravedad que permite configurar más fácilmente una conducta de torturas, con menos exigencias respecto del dolor. Ello, sin perjuicio de recordar la regla de agravación de las torturas respecto de víctimas bajo dependencia, custodia o control del agente, que resulta evidente en el caso de niños menores de 10 años

Así también, la mención expresa de sufrimientos sexuales en las torturas supone una innovación, que destaca incluso frente a la violencia intrafamiliar y que revela su gravedad superior. Ya hemos advertido que la “cláusula residual de entidad” consignada en los apremios ilegítimos hace referencia a las conductas que “no alcanzan” a ser torturas en términos de gravedad y no, o no tanto, de cualidad. Sin embargo, no podemos obviar la distinción de las finalidades que sí requiere la tortura, como un elemento que incide en la calidad del comportamiento que provoca el dolor grave. La referencia al sufrimiento sexual en las torturas enseña otra diferencia vinculada con la calidad de las conductas y sus efectos.

El sufrimiento sexual se sumó a las torturas por consideración especial de las mujeres víctimas de violencia sexual, aun cuando la descripción de estos dolores sea general. Se hizo precisamente con vista en la Convención de Belém do Pará⁷³. El enfoque de género es relevante desde sus fuentes, pero también por la frecuencia de los casos que se presentan con mujeres, niñas, adolescentes o adultas. La gravedad de las conductas de torturas sexuales es superior aún en el caso de niñas y adolescentes y funda su especial consideración en las torturas⁷⁴.

Antes de revisar estos casos, es relevante examinar los aspectos fundamentales del sufrimiento sexual en el supuesto base, con mujeres adultas, que destaca su entidad y exigencia. Las conductas que implican ataques a mujeres por el hecho de serlo⁷⁵ constituyen figuras agravadas más allá de las consideraciones vinculadas con una mayor indefensión, que recogen las agravantes genéricas de los números 6 y 18 del artículo 12 CP. Contemplan un elemento específico que refleja mayor odiosidad, tanto en las motivaciones como en el nivel de injusto. Coincide con la relevancia de circunstancias contempladas en el número 21 del artículo 12⁷⁶, como también con supuestos de

⁷³ PRIMER INFORME DE COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Sesión 44, 30 de agosto de 2016, *Segundo Trámite Constitucional: Senado*, Historia de la Ley 20.968, p. 122.

⁷⁴ Se tiene especialmente en cuenta la frecuencia de sufrimientos sexuales provocados por empleados públicos, oficiales, a adolescentes mujeres, PRIMER INFORME DE COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, Sesión 44, 30 de agosto de 2016, *Segundo Trámite Constitucional: Senado*, Historia de la Ley, p. 139.

⁷⁵

⁷⁶ No se trata sólo de una motivación, de un aspecto subjetivo, este móvil de odio ha de manifestarse en la conducta, según los propios términos de la norma, que habla de “cometer” o “participar” “motivado” por algunas de las razones que allí aparecen. Puede observarse tanto un mayor reproche, como un injusto más intenso. A pesar de importantes reconocimientos sobre un injusto mayor, se discute si incide en lo injusto o en el reproche, ver en SALINERO, “La nueva...”, pp. 280-294.

femicidio que agravan y califican la pena respectivamente por ataques vinculados con el sexo femenino, además de otros factores relativos a la orientación sexual y a la identidad de género. Son elementos diferentes, aunque suelen confundirse⁷⁷, y que reconocen una cualificación de la conducta, con especial incidencia en el sufrimiento sexual.

La cuestión de si los sufrimientos físicos y psíquicos abarcan toda clase de sufrimientos deja de tener sentido ante la expresa exigencia de sufrimientos sexuales. En cambio, su inclusión se explica ante la cualidad de los bienes afectados⁷⁸, que tienen que ver con los órganos reproductivos, sus funciones e intimidad. Este sufrimiento aparece como otro efecto más que procede de cualquiera de las conductas de torturas ya revisadas. También es claro que el sufrimiento sexual provocado tiene un límite: no puede ser violación (artículo 361), violación impropia (artículo 362), abuso sexual calificado (artículo 365 bis) y castración (artículo 395). La figura base de tortura los excluye. Si ellos se producen, no es que se suprima la tortura, sino que se establece la regla de agravación para un tipo complejo, del artículo 150 B.

Quedan fuera de las torturas, como límite máximo, los comportamientos que configuran los delitos sexuales más graves. Los demás parecen contemplarse dentro de las torturas. Sin embargo, se ha de volver a los criterios mencionados como pautas, además del bien afectado, la pena de la tortura y la pena de la imprudencia temeraria. En las figuras sexuales se excluye la sanción de conductas imprudentes, de modo que son relevantes las penas mencionadas para los otros delitos dolosos, todos con penas de crimen, hasta el presidio mayor en su grado máximo. Los delitos sancionados con penas perpetuas no están contemplados en la regla de agravación, por lo que procede aplicar las normas de concursos de delitos. Se trata específicamente de la violación con homicidio (artículo 372 bis), al igual que las figuras de femicidio íntimo (artículo 390 bis) y no íntimo (artículo 390 ter), recientemente incorporadas. Por los sujetos y contexto de las torturas, el ilícito relevante frente a sufrimientos provocados por el hecho de ser mujer es el femicidio no íntimo.

El límite mínimo del sufrimiento sexual que cumple el tipo de torturas no parece tan problemático, cuando los sufrimientos ilegítimos -por la exclusión de molestias o penalidades propias de sanciones legales o de un acto legítimo de autoridad- parecen evidentes cuando alcanza un órgano sexual o algún aspecto de intimidad sexual, más las finalidades de discriminación u odio. Nuevamente, el abanico de posibilidades se ha de determinar con atención a la víctima. Junto con su desarrollo, interesan ahora las conductas que provocan esos sufrimientos intencionales por razón del sexo femenino, según la finalidad descrita requerida por el tipo de tortura. La motivación de discriminación vinculada con el sexo femenino engarza con el sufrimiento sexual al establecer la motivación del ataque y su manifestación.

Las condiciones de incriminación, para establecer el sufrimiento sexual grave disminuyen cuando se atiende a la intencionalidad del dolor provocado por el hecho de ser mujer, más la motivación de discriminación. A pesar de cierta confusión actual, como la que se presenta en el

⁷⁷ Así, el nuevo femicidio del artículo 390 bis (no íntimo) parece poner acento en el homicidio de mujeres por el hecho de serlo, cometido por extraños. Sin embargo, introduce aspectos de orientación sexual y de identidad de género sin distinción, junto con conductas de índole sexual.

⁷⁸ La particular entidad de las conductas vinculadas con los órganos reproductivos, sus funciones y contexto de intimidad se revela claramente en la sanción de la castración, con la más alta pene de todas las figuras de lesiones; además de los tipos penales que se sancionan en los §§ 5 y 6 del Libro II del CP.

nuevo artículo 390 ter CP, está bastante identificada la violencia contra la mujer⁷⁹, que no se determina únicamente por una víctima mujer. Se requiere el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, con abuso de poder del agente, coherente con el abuso de funciones que exige la tortura y con las motivaciones de discriminación.

Respecto del abuso de poder, propio de la violencia contra la mujer por el hecho de serlo, en concordancia con un ataque a su dignidad⁸⁰ en la faceta específica destacada, se ha pronunciado la CIDH en varios casos resueltos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Uno de los que merece destacarse con atención al sufrimiento sexual, una violación sexual, a mujeres es el Caso Fernández Ortega y otros Vs. México⁸¹, donde además se trata de una mujer joven (de 25 años) e indígena, de la comunidad indígena Me'phaa.

“118. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no sólo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es ‘una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’, que ‘trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases’”.

En este mismo caso aparecen exigencias de imputación especiales, al afirmar la CIDH que hay tortura aun cuando se trate de un solo hecho o se cometa fuera de un establecimiento estatal⁸². De igual forma, atiende a la especial vulnerabilidad de la víctima y del ataque que importa a su desarrollo como persona, con un total control sobre sus decisiones.

“125. En el presente caso, la señora Fernández Ortega estuvo sometida a un acto de violencia sexual y control físico del militar que la penetró sexualmente de manera intencional; su vulnerabilidad y la coerción que el agente estatal ejerció sobre ella se reforzó con la participación de otros dos militares también armados, que agravaron el marco de violencia sexual ejercido contra la víctima, habiendo, incluso, otro grupo de militares que esperaron fuera de la casa. Resulta evidente para la Corte que el sufrimiento padecido por la señora Fernández Ortega, al ser obligada a mantener un acto sexual contra su voluntad, hecho además que fue observado por otras dos personas, es de la mayor intensidad.”

“129. En cuanto a la alegada violación, con base en los mismos hechos, del artículo 11 de la Convención Americana, la Corte ha precisado que, si bien esa norma se titula ‘Protección de la Honra y de la Dignidad’, su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Por su parte, el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de definiciones exhaustivas,

⁷⁹ Así, la Declaración de la ONU sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1994: “a los efectos de la presente Declaración, por violencia contra la mujer se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

⁸⁰ En caso de masacres la CIDH ha considerado particularmente el ataque a la dignidad de las mujeres, en sentido integral, así Caso de la Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia 19 de noviembre de 2004, 49.19: “La violación sexual de las mujeres fue una práctica del Estado, ejecutada en el contexto de las masacres, dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual.”

⁸¹ CIDH. Caso Fernández Ortega vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

⁸² CIDH. Caso Fernández Ortega vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, par. 128. “Por otro lado, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aún cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. 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.”

pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte considera que la violación sexual de la señora Fernández Ortega vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas.”

En estos supuestos aparece una situación de humillación particular de la víctima mujer⁸³, que afecta su integridad personal. Aquí cabe destacar en el mismo caso citado, las especiales advertencias sobre la humillación que significa esta clase de conducta para mujeres.

“124. Independientemente de lo anterior, la Corte ha establecido que un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo. Adicionalmente, este Tribunal ha reconocido que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene 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 ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales.”

Frente al sufrimiento sexual son importantes también los motivos relativos a la orientación sexual⁸⁴ y a la identidad de género⁸⁵, que puede referirse tanto a mujeres como a varones. Si bien son consideraciones distintas, las exigencias respecto de las torturas no cambian. Los sufrimientos sexuales graves se determinan con atención a la situación de las víctimas y los motivos de discriminación según el objeto protegido con la sanción de las torturas.

A continuación, se sistematizan algunas consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que distingue la violencia contra la mujeres, de aquella que procede en razón del género y de la que tiene lugar por la orientación sexual, con énfasis en el sufrimiento sexual.

Con atención a la violencia contra la mujer, son interesantes las advertencias que se realizan respecto de conductas de mujeres que están privadas de libertad, por su relación con los agentes, aunque ya no sea exigencia para la configuración de las torturas. Así, cabe destacar el primer caso

⁸³ Especialmente relevante resulta atender al Caso González y otras Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, con atención a los sucesos acaecidos en la Ciudad de Juárez, México. Allí se asentó que la violencia contra las mujeres se basa en estereotipos de inferioridad.

⁸⁴ La orientación sexual tiene que ver no con una disconformidad entre el sexo biológico (o asignado) y los roles que se asignan al sexo respectivo, sino con la atracción hacia personas del mismo sexo.

⁸⁵ Si bien antes se confundía género con el sexo femenino, especialmente a la hora de definir la violencia contra la mujer o la violencia de género. V. gr., la *LO española 1/2004 de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, la describe como “una violencia que se dirige sobre las *mujeres* por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”. Ya está bastante claro que se refiere a un aspecto cultural, a una disconformidad con construcciones sociales. Así, la OMS define género como “los roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres”.

de la CIDH en el que se resuelve con perspectiva de género en términos amplios, es decir, con inclusión de la situación de la mujer, caso del Penal Castro Castro Vs. Perú⁸⁶, la Corte indica:

“303. Con respecto al tratamiento que deben recibir las mujeres detenidas o arrestadas, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que ‘no deben sufrir discriminación, y deben ser protegidas de todas las formas de violencia o explotación’. Asimismo, ha indicado que las detenidas deben ser supervisadas y revisadas por oficiales femeninas y las mujeres embarazadas y en lactancia deben ser proveídas con condiciones especiales durante su detención. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que dicha discriminación 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 esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad’”.

En relación con el género, se ha identificado con conductas que discriminan por percepción, la que otras personas tienen acerca de la relación de la víctima con su grupo social⁸⁷. Se entiende que la víctima se reduce a la única característica que se imputa.

Respecto de la orientación sexual, especialmente interesante es el Caso Flor Freire Vs. Ecuador⁸⁸:

“126. En el presente caso, las diferencias en la regulación disciplinaria evidencian una distinción relacionada con la orientación sexual, categoría protegida por el artículo 1.1 de la Convención. Sin embargo, Ecuador no brindó una explicación sobre la necesidad social imperiosa o la finalidad de la diferencia de trato, ni una razón para justificar esa diferenciación como un método menos lesivo para alcanzar esa finalidad.

127. Este Tribunal destaca que, con el propósito de preservar la disciplina militar, podría resultar razonable y admisible la imposición de restricciones a las relaciones sexuales al interior de las instalaciones militares o durante el servicio. No obstante, la ausencia de una justificación adecuada para la mayor gravedad de la sanción asignada a los actos sexuales homosexuales, genera una presunción sobre el carácter discriminatorio de esta medida. Asimismo, resalta que la diferencia de regulación existente en el presente caso frente a los actos homosexuales tenía como efecto excluir la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas. En este sentido, la Corte recuerda que la prohibición de discriminación con base en la orientación sexual de una persona incluye la protección de la expresión de dicha orientación sexual (*supra* párr. 119). Al sancionar los ‘actos de homosexualidad’ dentro o fuera del servicio, el artículo 117 del Reglamento de Disciplina Militar castigaba toda forma de expresión de esta orientación sexual, restringiendo la participación de personas homosexuales en las fuerzas armadas ecuatorianas.”

VIII. PRINCIPALES CONCLUSIONES: CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE TORTURAS, APREMIOS ILEGÍTIMOS Y VEJACIONES INJUSTAS.

Hemos visto que del tenor del legislador nacional, conforme a las normas internacionales, el dolor o sufrimiento grave es central en la determinación de las torturas, como un efecto intencional, buscado por el agente. Este efecto se termina de definir dentro de un contexto dado

⁸⁶ CIDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, párr. 303.

⁸⁷ Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

⁸⁸ CIDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.

por la calidad de los agentes y las finalidades particulares, con relación a un objeto de tutela integral, vinculado con una faceta determinada de la dignidad humana, llámese integridad moral o integridad personal. La relevancia de este objeto se aprecia de modo particular con la incorporación de la segunda modalidad de tortura, referida a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión.

Aunque esta hipótesis no alude al dolor grave, las alteraciones descritas suponen injerencias directas en la capacidad de determinación de las víctimas, en su propia valía o autoestima. La indefensión de la víctima parece total, no sólo mayor. Estas injerencias aunadas a las finalidades requeridas permiten configurar lo injusto por la perturbación del bien protegido descrito. De suerte que pueden establecerse criterios de distinción que se refieren a la figura completa de torturas y otros relativos a la especificidad del sufrimiento grave, con particular atención a las víctimas niños, niñas y adolescentes. Ellos se señalan en ese mismo orden.

1°. Pueden extraerse dos pautas generales del artículo 150 A y de las normas internacionales: el propósito del agente y la especial situación de la víctima, su indefensión.

2°. El dolor o sufrimiento grave central en las torturas es un efecto individual, que exige determinarse con atención al especial estado o condición de la víctima.

3°. Si bien el dolor aparece también en los tratos crueles, inhumanos o degradantes y en los apremios ilegítimos, existen dos elementos que configuran las torturas, más allá de la calidad o exigencias del agente: la finalidad, que doblega la voluntad de la víctima o manifiesta su reprobación y termina de configurar lo injusto, y el sufrimiento sexual, con la especial debilidad de la víctima, humillación, unida a la motivación de discriminación respectiva (sexo, orientación sexual o identidad de género).

4°. El plus de injusto no está dado solo por la intervención de un funcionario público, que abusa de su cargo, de sus deberes funcionarios, sino por el mayor ataque a la víctima, la instrumentalización de una faceta particular de la dignidad humana, que conlleva una perturbación integral, llámese integridad moral o integridad personal.

5° En Chile existe un sistema penal diferenciado en los casos en que los sancionados son menores de edad. La mayoría de los casos de tortura, apremios y vejaciones injustas se producen cuando los menores de edad son detenidos, es decir tienen la doble calidad de imputados y víctimas.

6° El sistema diferenciado existente en el sistema penal chileno, se basa en principios y consensos internacionales que operan tanto cuando los menores de edad son sancionados, como cuando son víctimas. Las reglas mínimas de interacción entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los menores de edad, justamente, buscan la prevención de los delitos del sistema que fue tratado; torturas, tratos crueles y vejaciones injustas.

7° Para aportar a la cisura de las figuras de este sistema de delitos, además de la distinción de gradualidad en la escala integrada por las torturas (escalón más alto), los apremios ilegítimos (segundo escalón) y las vejaciones injustas (escalón más bajo), se identifica en las vejaciones injustas únicamente con maltratos psicológicos y humillaciones, sin contacto físico relevante.

SISTEMA DE DELITOS EN EL CÓDIGO PENAL

TIPO PENAL	PENA	AGRAVANTE POR VÍCTIMA MENOR DE EDAD
TORTURAS CALIFICADAS (artículo 150 B)	Desde presidio mayor en su grado medio a perpetuo calificado	Se excluye el mínimo de la pena si la víctima está bajo cuidado, custodia o control (artículo 150 letra C)
TORTURAS SIMPLES (artículo 150 A)	Presidio mayor en su grado mínimo	Se excluye el mínimo de la pena si la víctima está bajo cuidado, custodia o control (artículo 150 letra C)
TRATOS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES (EN CHILE APREMIOS ILEGÍTIMOS) CALIFICADOS (artículo 150 E)	Desde presidio mayor en su grado mínimo a perpetuo	Se aumenta la pena en un grado si el delito se comete en contra de menores de edad (artículo 150 E)
TRATOS CRUELES INHUMANOS O DEGRADANTES (EN CHILE APREMIOS ILEGÍTIMOS) SIMPLES (artículo 150 D)	Presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente.	Se aumenta la pena en un grado si el delito se comete en contra de menores de edad (artículo 150 E)
VEJACIONES INJUSTAS (artículo 255)	Reclusión menor en su grado mínimo, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se aplicará sólo la pena asignada por la ley a éste.	Se aumenta la pena en un grado si el delito se comete en contra de menores de edad (artículo 255 inciso 2°)

8°. Las torturas de niños, niñas o adolescentes no se considera una agravante especial, como sí ocurre en los apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes y en las vejaciones injustas. La exclusión de los menores de edad en esas figuras menos lesivas y su inclusión en las torturas revela la mayor gravedad de las conductas que se dirigen a víctimas en desarrollo. Tal gravedad repercute en la determinación de las modalidades de tortura, del sufrimiento grave y de la anulación de la personalidad o de la disminución de la voluntad o de la capacidad de discernimiento y decisión. Todos son aspectos individuales que se han de establecer en consideración al desarrollo de la víctima. Una pauta para establecer las exigencias de imputación

es el considerar los distintos tramos de edad que el legislador nacional contempla, en consonancia con las normas internacionales.

TRAMO EDAD
IMPUTACIÓN/RESPONSABILIDAD ESPECIAL⁸⁹

1	1-6 años	Inimputabilidad/irresponsabilidad penal
2	7-10 años	Inimputabilidad/irresponsabilidad penal
3	11-13 años	Inimputabilidad/irresponsabilidad penal
4	14-15 años	Inimputabilidad/Responsabilidad penal especial por delitos
5	16-17 años	Inimputabilidad/Responsabilidad penal especial por delitos y faltas
6	18 en adelante	Imputable penalmente

9°. Con independencia de la consideración de los tramos anteriores para determinar las modalidades de tortura, es admisible contemplar el límite de pena establecido en la regla de agravación del artículo 150 C, con relación a los artículos 150 D y 255. Si bien la primera norma no alude a los menores de edad, sí contempla a las víctimas que están bajo el cuidado, custodia o control de quien tortura. Esta dependencia existe al menos en caso de los niños o niñas menores de 10 años, conforme con la protección que se les brinda especialmente en el delito de abandono. Asimismo, los artículos 150 D y 255 contempla como agravantes a los menores de edad en conjunto con quienes están bajo cuidado, custodia o control del agente.

10° El infligir sufrimiento grave a víctimas niños, niñas o adolescentes y el infligir sufrimientos sexuales lleva a mirar primero al tipo penal de torturas, al no contemplarse en las demás figuras, específicamente el artículo 150 D, aunque con exigencias particulares con atención a la víctima.

11° Las exigencias de imputación en las torturas son distintas para establecer el sufrimiento grave o las alteraciones a la personalidad, voluntad o capacidad de discernimiento o decisión cuando las víctimas son menores de edad, ellas decrecen en la medida en que disminuye su nivel de desarrollo.

12°. También las exigencias de imputación son especiales cuando se trata de víctimas mujeres, atacadas por el sólo hecho de serlo. La distinción clave es el abuso de poder y la anulación

⁸⁹ Se establece la diferencia entre imputación y responsabilidad, en cuanto la Ley de responsabilidad penal adolescente chilena establece un régimen especial de responsabilidad y no de imputación. El punto de partida es que los adolescentes son inimputables por regla general respecto del régimen del CP, pero pueden ser responsables por sus conductas bajo las circunstancias que establece la Ley especial. Para el derecho penal chileno sólo son imputables los adultos personas naturales que no sufran de locura o demencia. Los adolescentes y las personas jurídicas son responsables según reglas especiales.

que se da con la suma de los fines de discriminación. Semejante análisis cabe en el sufrimiento sexual por la orientación sexual o la identidad de género de la víctima. Aunque sean motivaciones distintas, si redundan en un sufrimiento sexual grave, proceden iguales consideraciones sobre abuso de poder, anulación y humillación de la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRREZABAL, Maite; LAGOS, Gladys; VARGAS, Tatiana, “Responsabilidad penal juvenil: Hacia una “justicia individualizada”, *Revista de Derecho*, Vol. XII, N° 2, 2009, pp. 137-159.

AMNISTÍA INTERNACIONAL PUBLICACIONES, “Un escándalo oculto, una vergüenza secreta”, Editorial Amnistía Internacional, Valderribas, Madrid, España. Publicado originalmente en inglés en diciembre del 2000 con el título *Hidden scandal, secret shame. Torture an ill-treatment of children*.

BELL, Jeannine, “‘Behind This Moral Bone’: The (In)Effectiveness of Torture”, *Indiana Law Journal*, vol. 83, n.º 1 (2008).

CORDERO, Idoris, “Enfoque ético del dolor”, *Revista Cubana de Salud Pública*, vol. 32, n° 4 (2006), http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662006000400009.

COUSO, Jaime, “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, 38, (2012), 267-322. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100007>.

COUSO, Jaime, “Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”, *Revista de derecho (Valdivia)*, 25(1), (2012), 149-173. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000100007>

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, NACIONES UNIDAS, Observación General N° 13, año 2011, párrafo 17. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

Defensoría de la Niñez, Informe anual p. 82.. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf>.

DUCE, Mauricio; COUSO, Jaime. “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”, *Polít. crim.* Vol. 7, N° 13 (2012), Artículo 1, pp. 1 - 73. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_07/n_13/Vol7N13A1.pdf]

DURÁN, Mario, “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, *Polít. crim.*, vol. 14, n° 27 (2019), Artículo 7, pp. 202-241.

FORNASARI, Gabriele; GUZMÁN, José Luis, “La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª Época, n.º 13 (2015), pp. 195-250.

MEDINA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*, Centro de Derechos Humanos, 2003.

MATTHEI, Elisabeth; ZÚÑIGA, Marcela; CASAS, Lidia, “Informe Sobre Estándares Internacionales Sobre Apremios Ilegítimos, Violencia Sexual y Tortura”, *Centro de Derechos Humanos udp*, 2019.

MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte especial* (3ª ed., Thomson Reuters, La Ley, 2014), t. I.

MOLINA, Javier, “El sufrimiento humano como experiencia personal y profesional”, *Bioética*, 2011, pp. 1-6.

NASH, Claudio, “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XV, 2009, pp. 585-601.

NOGUEIRA, Humberto, “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Partes respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”, *Ius et Praxis*, 23(2), 2017, 415-462. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122017000200415>.

SALINERO, Sebastián, “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI (2013), pp. 263-308.

SILVA, Rodrigo, “Los ‘sufrimientos’ del delito de torturas”, *Revista Nuevo Foro Penal*, vol. 10, n°. 83 (2014), pp. 71-93.

URIARTE, Carlos, “Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos”, UNICEF, Justicia y Derechos del Niño N°2. Buenos Aires, 2000.

SENTENCIAS CITADAS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia 19 de noviembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil*, del 30 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Atala Rizzo y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Sentencia de 31 de agosto de 2016.