

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 24 de mayo de 2021 - Sesión Ordinaria N° 607.

1. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

La moción parlamentaria¹ presentada en el Senado el 5 de mayo de 2021, que “prohíbe los desnudamientos forzosos, las tocaciones indebidas y otras agresiones sexuales similares en los procesos de detención policial y penaliza a los funcionarios que las ordenen o ejecuten”, se encuentra a la fecha de elaboración de este informe, en su primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El proyecto de ley consta de dos artículos que introducen modificaciones en el Código Procesal Penal (CPP) y en el Código Penal (CP).

1.1. Modificación al artículo 89 del Código Procesal Penal

El artículo 1° del proyecto de ley agrega el siguiente inciso final al artículo 89 del CPP², que regula el examen de vestimentas, equipajes o vehículos por parte de las policías respecto de las personas detenidas: “Para la realización de este examen, no podrán practicarse tocaciones indebidas, desnudamientos forzosos, u otra forma de vulneración de derechos o menoscabo a la dignidad de las personas detenidas”.

1.2. Modificación al artículo 150 D del Código Penal

El artículo 2° del proyecto de ley agrega el siguiente inciso final al artículo 150 D³ del Código Penal, que describe y sanciona el delito de apremios ilegítimos:

¹ Moción de las y los Honorables Senadores Loreto Carvajal, Álvaro Elizalde, Juan Ignacio Latorre, Adriana Muñoz y Alejandro Navarro.

² Artículo 89 CPP: “Examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere.

Para practicar el examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia”.

³ Artículo 150 D CP: “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.

Se considerarán apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los términos señalados en el inciso 1° de este artículo, al desnudamiento forzoso, las tocaciones indebidas, y las intimidaciones y agresiones sexuales análogas cometidas en los procedimientos de detención y privación de libertad, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad de los comprendidos en este párrafo.

2. ANTECEDENTES Y CONTEXTO RELEVANTE PARA EL ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

A partir de la crisis social de octubre de 2019, el INDH ha recibido numerosas denuncias de hechos eventualmente constitutivos de violencia sexual cometidos por funcionarios y funcionarias policiales, particularmente en el contexto de procedimientos de detención y de custodia policial.

Al respecto, el Informe Anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2019 abordó en particular la violencia sexual como tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, dando cuenta de que, entre las denuncias de violencia sexual, los hechos más recurrentes en dichas denuncias correspondían a casos de desnudamiento:

Al desagregar las acciones judiciales, se observa que las prácticas más reiteradas corresponden a desnudamientos, hechos que la mayoría de las veces incluye revisión de cavidades y obligación de hacer flexiones. Esto fue denunciado por 114 víctimas, de las cuales 25 son niños, niñas y adolescentes. Del mismo modo, se registran casos de filmaciones, burlas sexuales y presencia de funcionarios/as del sexo opuesto durante los procedimientos de desnudamiento⁴.

Al momento de la elaboración de este informe, el INDH registra que, respecto del total de casos por los cuales se han interpuesto acciones judiciales fundadas en hechos de violencia institucional ocurridos en el contexto de la crisis social de octubre de 2019, 455 víctimas denunciaron hechos de violencia sexual, dentro de un universo de 3.386 víctimas (2.494 hombres y 857 mujeres⁵). De las víctimas que denunciaron violencia sexual, 262 son hombres y 186 son mujeres⁶. Si bien estas cifras dan cuenta de un mayor número de hombres denunciados de violencia sexual, cabe observar que del total de 857 víctimas mujeres, 186 de ellas denunciaron hechos de violencia sexual (21,7%), mientras que del total de 2.494 víctimas hombres, 262 denunciaron hechos de esa naturaleza (10,5%), lo que da cuenta de una mayor incidencia de violencia sexual entre las víctimas mujeres, en comparación con los hombres⁷.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

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”.

⁴ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2019), *Informe Anual 2019. Situación de Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Chile, p. 47.

⁵ 35 víctimas sin información de sexo registral.

⁶ 7 víctimas sin información de sexo registral.

⁷ Instituto Nacional de Derechos Humanos. Registro de Ingreso Centralizado. Datos actualizados al 18 de mayo de 2021.

3.1. Precisión conceptual

El Instituto Nacional de Derechos Humanos utiliza en este informe los principales instrumentos internacionales aplicables al Estado de Chile sobre el derecho a la integridad personal. Los estándares de derechos humanos forman parte, con diversos niveles de obligatoriedad, del ordenamiento jurídico al cual el Estado de Chile debe ceñir su actuar en tanto constituyen un límite al ejercicio de la soberanía, de acuerdo a lo indicado en el artículo 5° de la Constitución.

3.1.1. Tratados

En Chile estos instrumentos pasan por un proceso de aprobación interna previo a la ratificación y son vinculantes según dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸. El hecho de ratificar un tratado sobre derechos humanos genera para el Estado dos obligaciones principales, la de respetarlos y la de garantizarlos. La obligación de respetar consiste en que los poderes del Estado o sus agentes se abstengan de interferir en el ejercicio de los derechos y que, por lo tanto, no los vulneren. En palabras de la Corte Interamericana, esto es reflejo de que

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal⁹.

La obligación de garantía, por su parte, consiste en generar las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos. De acuerdo a la misma Corte:

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹⁰.

3.1.2. Declaraciones

⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26. *Pacta sunt servanda*. “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Entrada en Vigor: 27 de enero de 1980. Ratificado por el Estado de Chile: 9 de abril de 1981.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A N°. 6, párr. 21

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C N°. 4, párr. 166.

No son instrumentos vinculantes para los estados, aunque, si bien formalmente no son obligatorias, son observadas como tales por el hecho de que muchas de sus prescripciones están replicadas en múltiples tratados o incluso en la normativa doméstica de los estados.

3.1.3. Observaciones y Recomendaciones Generales

En palabras de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, las observaciones y recomendaciones generales,

[...] abarcan una amplia gama de temas, desde la interpretación general de las disposiciones sustantivas, como el derecho a la vida o el derecho a una alimentación adecuada, hasta una orientación general sobre la información que debería suministrarse en los informes de los Estados en relación con artículos concretos de los tratados. En las observaciones generales se han tratado también cuestiones intersectoriales más amplias, como la función de las instituciones nacionales de derechos humanos, los derechos de las personas con discapacidad, la violencia contra la mujer y los derechos de las minorías¹¹.

De esta forma, las recomendaciones incluidas en este informe están pensadas para complementar el sentido y alcance de los instrumentos internacionales.

3.1.4. Documentos adoptados en conferencias internacionales e informes de órganos de los sistemas de protección de los derechos humanos

Aunque formalmente no constituyen decisiones vinculantes emitidas en el seno de un organismo internacional, estos principios han sido recogidos como estándares internacionales tanto por Naciones Unidas como por la Organización de Estados Americanos en diferentes documentos.

3.2. **El derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes**

El artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) consagra:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) dispone:

Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

¹¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El sistema de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo N° 30, p. 40. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “[...] la finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona”¹².

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1 CADH y 2.1 PIDCP, el Estado tiene el deber jurídico de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, lo cual comprende tanto el deber de todos los órganos del Estado y sus funcionarios y funcionarias de abstenerse de menoscabar el derecho en el ejercicio de la función pública, como el deber del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el libre y pleno ejercicio del mismo.

La relación entre el derecho a la integridad y la prohibición de tortura ha sido explicada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en los siguientes términos:

[...] la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos¹³.

Asimismo, la jurisprudencia interamericana¹⁴ se ha referido a la violencia sexual como una afectación al derecho a la integridad personal que puede constituir tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, según se expone a continuación.

3.3. La violencia sexual como tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

¹² Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 20: Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 1992, párr. 2.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 171. En el mismo sentido: Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 388; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 127; y Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57, entre otras.

¹⁴ Los primeros desarrollos jurisprudenciales en esta materia se encuentran en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); y Caso Espinoza González vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.

En el derecho internacional se entiende por violencia sexual todo acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona sin su consentimiento¹⁵ o bajo circunstancias que son coercitivas¹⁶, incluyendo tanto los actos de invasión física del cuerpo humano como aquellos que no involucran penetración o siquiera contacto físico. Por lo anterior, se entiende que la violencia sexual puede tomar diversas formas y ejercerse a través de diversos medios.

En tal sentido, la Corte IDH ha definido la violencia sexual como:

[...] acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o contacto físico alguno¹⁷.

Para la Corte, la violencia sexual constituye una vulneración de:

[...] valores y aspectos esenciales de la vida privada de las personas, supone una intromisión en su vida sexual y anula su derecho a tomar libremente las decisiones respecto a con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas¹⁸.

En este sentido, la violencia sexual vulnera una pluralidad de derechos y bienes jurídicos, tales como la integridad personal, la dignidad de la persona, su vida privada y su autonomía y autodeterminación, entre otros.

En particular, la utilización de la violencia sexual como método de tortura ha sido ampliamente abordada en el derecho internacional de los derechos humanos. El Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes ha hecho presente que la violación y otras formas de abusos sexuales se ejecutan con la intención de violar la dignidad de la víctima de una forma muy específica, y que más allá del dolor físico, la violencia sexual ocasiona un sufrimiento psicológico severo y deja a muchas víctimas traumatizadas por extensos períodos de tiempo¹⁹.

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido:

La violencia sexual por un agente del Estado contra una persona privada de libertad bajo custodia estatal es un acto grave y reprobable, tomando en cuenta la

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 181.

¹⁶ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 688.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Sentencia de 16 de febrero de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 246. En el mismo sentido: Caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *op. cit.*, párr. 306; Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 119; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 109; y Caso J. vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 358.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, *op. cit.*, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 179.

¹⁹ Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, 5 de febrero de 2010, A/HRC/13/39/Add.5, párr. 53.

vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Dicho acto resulta denigrante y humillante física y emocionalmente, así como puede causar consecuencias psicológicas severas para la víctima²⁰.

Sobre la materia, la jurisprudencia internacional se ha referido específicamente a la violencia sexual que se ejerce por agentes estatales en el contexto del control y represión del derecho de reunión, observando su utilización como una táctica o estrategia de control, dominio e imposición de poder²¹. En este sentido, la Corte IDH, pronunciándose sobre un caso de abusos sexuales cometidos por agentes policiales en contra de personas detenidas con ocasión de protestas sociales, señaló que, en dicho contexto, podía considerarse que la violencia sexual había sido utilizada,

[...] como un arma más en la represión de la protesta, como si junto con los gases lacrimógenos y el equipo anti motín, constituyeran sencillamente una táctica adicional para alcanzar el propósito de dispersar la protesta y asegurarse de que no volviera a cuestionarse la autoridad del Estado²².

A ello agregó la Corte que,

[...] la gravedad de la violencia sexual en este caso se ve extremada porque esta forma especialmente reprochable y discriminatoria de violencia fue utilizada por agentes estatales como una forma de control del orden público para humillar, inhibir e imponer su dominación sobre un sector de la población civil que los policías, lejos de proteger, trataron como un enemigo que debían doblegar²³.

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha considerado que el desnudamiento de personas privadas de libertad puede constituir violencia sexual en los términos antes referidos. Así, por ejemplo, en el caso “Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, la Corte examinó los hechos referidos a varias personas privadas de libertad, hombres y mujeres, que fueron obligadas a permanecer desnudas mientras se encontraban heridas en un hospital y sujetas a la vigilancia de agentes armados. Al respecto, la Corte consideró que:

[...] todos los internos que fueron sometidos durante ese prolongado período a la referida desnudez forzada fueron víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal.

En relación con lo anterior, es preciso enfatizar que dicha desnudez forzada tuvo características especialmente graves para las seis mujeres internas que se ha acreditado que fueron sometidas a ese trato. [...] El Tribunal estima que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera y otros (Desparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 425; Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, *op. cit.*, párr. 196.

²¹ *Ibid.*, párr. 202.

²² *Ibid.*, párr. 204.

²³ *Ibid.*, párr. 209.

[...]

El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles²⁴.

Por otra parte, como se señaló anteriormente, la jurisprudencia interamericana considera que las vulneraciones del derecho a la integridad personal pueden producirse en diversos grados, y que la determinación de si un determinado hecho constituye tortura o bien, otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, debe hacerse caso a caso, considerando las circunstancias concretas del hecho y las características particulares de la persona afectada.

De este modo, la jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado que la desnudez forzada de personas privadas de libertad puede constituir tortura bajo determinadas condiciones. A modo de ejemplo, en el caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, la Corte examinó los hechos referidos a once mujeres que fueron detenidas por la policía y mientras se encontraban bajo su custodia fueron sometidas a:

[...] tocamientos, manoseos, pellizcos y golpes [...] en partes íntimas y, típicamente reservadas al ámbito de la privacidad de cada persona, como los senos, genitales y boca. Además, muchas de ellas fueron sometidas a desnudos forzados [...]. Asimismo, los insultos, abusos verbales y amenazas a los que fueron sometidas las mujeres tuvieron connotaciones altamente sexuales y discriminatorias por razones de género²⁵.

Al respecto, la Corte estimó que el “conjunto de conductas y acciones violentas desplegadas por los agentes estatales en contra de las once mujeres víctimas de este caso tuvo naturaleza sexual por lo cual constituyó violencia sexual”²⁶. Luego, la Corte concluyó que “el conjunto de abusos y agresiones sufridas por cada una de las once mujeres de este caso, incluyendo pero no limitándose a las violaciones sexuales, constituyeron actos de tortura por parte de agentes estatales”²⁷.

Por último, en relación con el desnudamiento forzado como forma de tortura, resulta ilustrativa la descripción de la tortura sexual como una forma específica de tortura en el Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, conocido como “Protocolo de Estambul”:

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, *op. cit.*, párr. 305-306.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, *op. cit.*, párr. 188.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, *op. cit.*, párr. 188.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México, *op. cit.*, párr. 198.

La tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante en las situaciones de tortura. La persona nunca es tan vulnerable como cuando se encuentra desnuda y desvalida. La desnudez aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento²⁸.

3.4. **El deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos**

Las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos forman parte de la obligación general de garantía de los derechos humanos, consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Según ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana, “[l]os Estados deben prevenir, investigar, y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos”²⁹.

La Corte IDH ha precisado el contenido y alcance del deber de investigar las violaciones de derechos humanos, señalando que:

[...] el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares [...] La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos. Asimismo, la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención³⁰.

En particular, las fuentes convencionales de la obligación de investigar los casos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentran en el artículo 5.2 en relación con el artículo 1.1 de la CADH, los artículos 12 y 16 de la Convención contra la Tortura, y los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Al respecto, la Corte IDH ha afirmado que la falta de investigación, juicio y sanción de la tortura implica una inobservancia de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹.

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a un recurso efectivo y sustanciado conforme a las reglas del debido proceso, establecido en los artículos 8 y 25 de la CADH, que en términos amplios resguardan el derecho de acceso a la justicia, comprende el derecho de las víctimas “a que se haga todo

²⁸ Protocolo de Estambul, párr. 215.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, *op. cit.*, párr. 166.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica. Sentencia de 25 de abril de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 461.

³¹ *Ibid.*

lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”³².

3.5. **Obligaciones especiales del Estado respecto de la violencia sexual ejercida en contra de las mujeres**

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos han afirmado que la violencia contra las mujeres constituye una forma de discriminación y una violación a sus derechos humanos. En consecuencia, en virtud de la obligación general de respeto de estos derechos, los Estados se encuentran obligados a no ejercer violencia contra las mujeres, mientras que, en virtud de la obligación de garantía, los Estados tienen el deber de prevenir la violencia contra las mujeres y, una vez que esta ocurre, deben investigar los hechos, sancionar a perpetradores y perpetradoras, y reparar a las víctimas.

En particular, Chile es parte de las dos convenciones específicas para la protección de los derechos de las mujeres: la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, ratificada en 1996), y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, ratificada en 1989).

De esta manera el Estado tiene el deber de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal de todas las personas, de conformidad con el artículo 5.1 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, el Estado tiene una obligación reforzada de proteger a las mujeres frente a todo tipo de violencia, incluida la violencia sexual, conforme dispone el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará respecto de la obligación estatal de “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación”, así como de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y de establecer procedimientos legales justos y eficaces para las víctimas de violencia, lo que incluye un juicio oportuno.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

[...] las disposiciones del artículo 7.b de la Convención Belém do Pará especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana, tales como la obligación de garantizar el derecho reconocido en el artículo 5 de la Convención Americana. En estos casos las autoridades estatales deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva una vez que tomen conocimiento de los hechos que constituyen violencia contra la mujer, incluyendo la violencia sexual. Esta obligación de investigar debe tomar en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección³³.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 435; Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 237.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala. Sentencia de 20 de noviembre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 275.

En relación con este último punto, la Corte IDH ha afirmado que:

[...] la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra la mujer propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra la mujer puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia³⁴.

Por último, la Corte IDH ha precisado que la obligación de investigar efectivamente los hechos de violencia contra las mujeres “se mantiene cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado”³⁵.

4. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY A LA LUZ DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y EL DERECHO NACIONAL

4.1. Modificación al artículo 89 del Código Procesal Penal

El artículo 1° del proyecto de ley incorpora en el artículo 89 del CPP una prohibición expresa de practicar tocaciones indebidas, desnudamientos forzosos u otras formas de vulneración de derechos o menoscabo a la dignidad de las personas, durante el procedimiento de examen de vestimentas, equipajes o vehículos de personas detenidas.

Al respecto, la prohibición de conductas que resultan vulneratorias de los derechos humanos de las personas es una medida concordante con las obligaciones estatales de garantizar el derecho a la integridad personal establecida en los artículos 1.1 de la CADH y 2.1 del PIDCP en relación con los artículos 5 de la CADH y 7 del PIDCP, respectivamente.

Sin perjuicio de lo anterior, la norma podría presentar dificultades en cuanto el concepto de “tocaciones indebidas” no permite delimitar concretamente la conducta prohibida. Por otra parte, la prohibición de “otras formas de vulneración de derechos o menoscabo a la dignidad de las personas” podría resultar reiterativa por tratarse de conductas que ya se encuentran sancionadas en la legislación penal, en particular en los artículos 255, 150 A y 150 D del Código Penal, entre otras.

4.2. Modificación al artículo 150 D del Código Penal

El proyecto de ley establece que se considerarán apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los términos del artículo 150 D del Código Penal, al

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua. Sentencia de 8 de marzo de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 291. En el mismo sentido: Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 388 y 400, y Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Sentencia de 24 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 176.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, *op. cit.*, párr.291.

desnudamiento forzoso, las tocamientos indebidos, y las intimidaciones y agresiones sexuales análogas cometidas en los procedimientos de detención y privación de libertad, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad de los comprendidos en el mismo párrafo.

En relación con la modificación propuesta, resulta pertinente considerar que el actual delito de apremios ilegítimos del artículo 150 D del Código Penal fue introducido por la Ley N° 20.968, de 2016, que tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Durante la tramitación legislativa de dicha ley, se generó una discusión sobre la materia objeto de la moción en comento:

[...] se produjo en el seno de la Comisión otra discusión sobre la conveniencia o no de incluir el concepto de “desnudez forzada” como una forma de tortura. Aunque lo anterior no se plasmó en otra modificación al artículo 161 bis, se ofrece a continuación una síntesis de las opiniones vertidas acerca del tópico. El señor Castillo, del Ministerio de Justicia, manifestó que el Ejecutivo no está a favor de incorporar este elemento (la “desnudez forzada”) como parte integrante de la definición de la tortura, puesto que confunde una forma de comisión del delito con un elemento propio del tipo objetivo del injusto. Una desnudez forzada podría eventualmente constituir tortura cuando, además, se acompaña de los otros elementos subjetivos que requiere el tipo penal respectivo (la intencionalidad para lograr un fin determinado); pero también podría constituir un trato degradante: por ejemplo, si tiene por objeto buscar la humillación o vejación de quien la sufre. En cambio, el diputado señor Poblete se mostró partidario de incorporar este concepto, ya que por una cuestión de tipo cultural la finalidad que requiere el tipo penal de tortura, en ciertas personas, solo podría conseguirse, a su juicio, cuando la víctima es obligada a desnudarse, y no a través de otros medios de comisión del delito³⁶.

Como puede observarse, en el debate legislativo de dicho proyecto de ley se consideró expresamente que la desnudez forzada puede constituir tortura o apremios ilegítimos, con independencia de su inclusión expresa dentro del tipo penal.

Ahora bien, respecto del proyecto de ley analizado en este informe, el INDH valora el objeto de la modificación propuesta, en cuanto tiende a promover la investigación y sanción de conductas de violencia sexual que, como se señala en la moción parlamentaria, han seguido realizándose, y con particular recurrencia en el contexto de la crisis social iniciada en octubre de 2019. Dicho propósito es concordante con las obligaciones internacionales del Estado que se derivan del derecho a la integridad personal y la prohibición absoluta de la tortura. Sin perjuicio de ello, cabe formular las siguientes observaciones:

- a. De acuerdo con la jurisprudencia internacional referida en este informe, la determinación de si un hecho vulneratorio de la integridad personal constituye tortura u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes debe hacerse caso a caso, atendiendo a las circunstancias concretas de los hechos y las condiciones particulares de la víctima. En este sentido, podría resultar complejo determinar en estos términos en la ley penal que las conductas listadas en la norma constituirán, al menos en principio, el delito de apremios ilegítimos, pues ello podría dificultar la calificación de tales conductas como tortura, en los casos en que la situación concreta

³⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. (noviembre, 2016). *Historia de la Ley N° 20.968*. Santiago, Chile, pp. 55-56. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5879/>

lo amerite. Ello, puesto que los apremios ilegítimos se definen en el Código Penal como aquellos apremios u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes “que no alcancen a constituir tortura”.

- b. Los conceptos de “tocaciones indebidas” y “agresiones sexuales análogas” resultan problemáticos en cuanto a su conformidad con el principio de reserva o legalidad, particularmente en el sentido del principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso final de la Constitución, que establece que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En este sentido, ambos conceptos no determinan de forma precisa e inequívoca la conducta sancionada.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El INDH valora que el objeto del proyecto de ley sea la prohibición y sanción de conductas de violencia sexual cometidas por funcionarios y funcionarias públicos en el desempeño de sus funciones, especialmente respecto de personas privadas de libertad, en cuanto tal objetivo resulta concordante con las obligaciones estatales de respeto y garantía del derecho a la integridad personal y la observancia de la prohibición absoluta de la tortura.

A la luz de lo expuesto en este informe, el INDH considera pertinente formular las siguientes recomendaciones respecto del proyecto de ley:

- a. En relación con las observaciones formuladas a la propuesta de modificación del artículo 89 del Código Procesal Penal, se recomienda revisar y delimitar de forma precisa las conductas que se busca prohibir y su armonización con la legislación pertinente.
- b. En cuanto a las observaciones formuladas a la propuesta de modificación del artículo 150 D del Código Penal, se recomienda considerar la posibilidad de examinar formas alternativas de sancionar penalmente las conductas de violencia sexual que pueden constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En este sentido, por ejemplo, podría resultar útil el análisis del concepto de “dolores o sufrimientos graves” de carácter sexual, contenido en la definición de tortura del artículo 150 A del Código Penal.