40

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Tortura y otros tratos crueles. Reflexiones sustantivas y prácticas

Tania Gajardo Orellana
Tatiana Vargas Pinto

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

2022

Tania Gajardo Orellana

Abogada de la Universidad de Chile, magíster en Derecho mención Derecho Penal por la Universidad de Navarra, candidata a doctor por la Universidad de los Andes. Asesora de la Fiscalía Nacional y profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de Academia Judicial.

Tatiana Vargas Pinto

Doctora en Derecho, magíster en Investigación Jurídica, directora de la *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, consejera del Consejo de Licitación de la Defensoría Penal Pública y consejera del Colegio de Abogados. Actualmente es vicedecana de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

ACADEMIA JUDICIAL CHILE

Tortura y otros tratos crueles. Reflexiones sustantivas y prácticas

MATERIALES DOCENTES 40

© Tania Gajardo Orellana y Tatiana Vargas Pinto, por los textos, 2022

© Academia Judicial de Chile, por esta edición, 2022

Amunátegui 465, Santiago de Chile
academiajudicial.cl • info@academiajudicial.cl

EDICIÓN Y DISEÑO: Tipográfica (tipografica.io)

Todos los derechos reservados.

Resumen

Este texto pretende brindar luces para identificar, delimitar y fundar la resolución de casos de tortura, al igual que su distinción de otros tratos crueles o inhumanos. Busca dar herramientas para la labor judicial, en las distintas facetas, a la hora de enfrentar supuestos complejos de tal carácter. Antes de examinar problemas concretos, con énfasis en víctimas especialmente vulnerables, se presentan lineamientos normativos de derecho internacional e interno como un marco para precisar los respectivos tipos penales.

En tal sentido, el material se divide en tres grandes apartados: el primero referido al contexto internacional en la prevención, persecución y sanción de la tortura; el segundo atiende particularmente al rol de la judicatura en la prevención y sanción de la tortura; el tercero es una revisión profunda y práctica de la tortura y de otros tratos crueles o inhumanos, con una propuesta de sistema de delitos de violencia institucional y la consideración a la víctima como factor central.

Contenido

5 *Introducción*

7 CAPÍTULO 1
Obligaciones para los Estados provenientes de las Convenciones contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

32 CAPÍTULO 2
Recomendaciones del Comité el 2018 y cumplimiento de las obligaciones por parte de Chile

81 CAPÍTULO 3
Víctimas especialmente vulnerables ante la tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes

97 CAPÍTULO 4
Rol de los jueces de Juzgados de Garantía y de Tribunales de Juicio Oral en Lo Penal en el cumplimiento de la Convención y del Protocolo Facultativo

122 CAPÍTULO 5
Propuesta de sistema de delitos de violencia institucional y de aplicación de las penas

145 *Referencias*

Introducción

El material docente sobre tortura y otros tratos o penas crueles o inhumanas aborda las obligaciones del Estado de Chile respecto de la prevención y persecución de la tortura desde una perspectiva práctica en el ejercicio de la judicatura; es decir, entrega herramientas para la identificación y determinación de la tortura en el proceso penal de modo de resolver casos en el ejercicio jurisdiccional y en el cumplimiento de penas corporales.

El trabajo comienza con la presentación de los instrumentos internacionales básicos, con la precisión de las obligaciones que afectan al Estado de Chile y las recomendaciones del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas de 2018. En conocimiento de las obligaciones y recomendaciones se dará paso a revisar el estado de su cumplimiento en Chile, principalmente con la modificación al tipo penal de tortura. Se ahondará en la conducta tipificada como tal en el país y los elementos del tipo penal.

Con tal delimitación se examinarán casos complejos sobre todo respecto de las víctimas especialmente vulnerables ante la tortura y otros tipos de violencia institucional, como son las mujeres, los niños, niñas y adolescentes; los inmigrantes, extranjeros y personas en situación de calle. Se abordará en particular los aspectos que fundamentan un trato diferenciado para tales víctimas. En este sentido se dará especial relevancia a la prevención y persecución cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes, migrantes y extranjeros, así como la violencia sexual que afecta a las mujeres.

La determinación de la figura es especialmente compleja en el país ante la regulación actual, con remisiones y descripciones comunes que dificultan la precisión de cada tipo penal. Interesa principalmente el rol de los jueces penales en la prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tanto dentro del proceso penal como en la ejecución de las penas. También se analizarán las facultades de detec-

ción de estas figuras propias de violencia institucional, tanto en el contexto de adultos privados de libertad como de adolescentes.

En síntesis, el material ofrece criterios de delimitación de casos con una propuesta de sistema de delitos de violencia institucional. Se argumenta a favor de la nomenclatura delitos de violencia institucional y no delitos contra los derechos humanos, ofreciendo los fundamentos para la resolución de problemas y el uso preciso del lenguaje penal en esta materia.

Se concluye con un análisis de jurisprudencia nacional e interamericana. Para lo primero se consideran todos los casos conocidos y juzgados en juicios orales posteriores a la modificación de los tipos penales en estudio. Se extrae de ellos la forma en que fueron investigados, diligencias comunes, elementos probatorios considerados para las condenas, todo con dos objetivos; primero evaluar el impacto de la modificación del tipo penal en las decisiones judiciales y segundo conocer en la práctica las diligencias y pruebas idóneas para la condena por tortura y otros delitos de violencia institucional en Chile. En los casos de la Corte Interamericana se toman los supuestos emblemáticos en la materia a efectos de conocer cómo el sistema interamericano entiende las obligaciones de los Estados y prevenir la responsabilidad del Estado de Chile en este ámbito.

Capítulo 1

Obligaciones para los Estados provenientes de las Convenciones contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes

En este primer apartado se tratará acerca de las obligaciones que surgieron para los Estados que suscribieron y ratificaron las Convenciones contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes. Se presentan en orden cronológico primero la Convención de Naciones Unidas y luego la del Sistema Interamericano. En este sentido, se entrega un contexto para comprender la materia, sus objetivos y los mandatos que surgen para los suscriptores. Se dará especial atención a las obligaciones para el Estado de Chile, su cumplimiento y seguimiento.

Se tratarán también las similitudes y diferencias entre ambas convenciones, incluyendo algunas observaciones respecto de cómo la jurisprudencia ha ido dotando de contenido los mandatos a los Estados. Se conocerá el proceso de ratificación y vigencia en Chile de las normas que de ellas provienen y el cumplimiento de las obligaciones en el derecho interno.

Es relevante señalar, antes de comenzar el análisis pormenorizado, que la prohibición de la tortura en el derecho internacional es absoluta, así como la de la esclavitud o el genocidio. La tortura es inadmisible en cualquier circunstancia, incluida la guerra, la emergencia pública o la amenaza terrorista. La prohibición es fuerte y universalmente aceptada. Hay consenso en que su rechazo obedece a un principio fundamental del derecho internacional consuetudinario. Según el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) (2008: 19 y 20) esto significa que todos los Estados, incluso los que no han ratificado ninguno de los tratados internacionales que prohíben explícitamente la tortura, tienen prohibido utilizarla contra cualquier persona y en cualquier lugar.

La Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanas o Degradantes fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984. En ella se estableció que entraría en vigor a los treinta días desde la ratificación número veinte, lo que se produjo el 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1) de la misma Convención.[1]

En su preámbulo, los Estados parte considerarán como pilar fundamental que «el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana».[2] Estimaron para su dictamen las obligaciones provenientes del artículo 55 de la Carta en cuanto a promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y las de los artículos 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Fue central para este trabajo la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975 con la intención de hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo.

En la misma fecha de la Declaración se dictó una segunda resolución en la que la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derechos Humanos que estudiara el asunto de la tortura y todas las medidas necesarias para asegurar su respeto. Dos años más tarde, el 8 de diciembre de 1977, la Asamblea General solicitó a la Comisión que preparara un proyecto de Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.[3]

1 Disponible en https://bit.ly/3IR1Uy3.
2 Preámbulo de la Convención disponible en https://bit.ly/3IPh8n4.
3 Disponible en https://bit.ly/3yxgqrb.

La Comisión de Derechos Humanos comenzó su labor en las sesiones de febrero y marzo de 1978. La base para su trabajo fue un proyecto de convención presentado por Suecia que tenía como eje fundamental la doctrina y jurisprudencia de los órganos del sistema europeo (Danelius, 1993: 263). Trabajaron cada año hasta 1984, cuando se celebró finalmente la Convención contra la Tortura.

Primero se tratará acerca de las obligaciones que llamaremos sustantivas y posteriormente las procesales o relativas a la jurisdicción. Por último, se considerarán las obligaciones relativas a la cooperación internacional y se señalarán las de prevención de la tortura.

Obligaciones sustantivas

Los artículos 2, 3 y 4 contienen específicamente las obligaciones emanadas de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura que ordena adecuar sus legislaciones en materias que se llamarán sustantivas, así:

> Artículo 2
> 1. Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.
> 2. 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.
> 3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.
>
> Artículo 3
> 1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
> 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.
>
> Artículo 4
> 1. Todo Estado parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a

toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.

2. Todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

Estas obligaciones, por su parte, están estrechamente relacionadas al concepto de tortura que se señala en el artículo 1:

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término «tortura» todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

La influencia europea se aprecia en los elementos que definen a la tortura según la Convención: a) debe provocar un severo sufrimiento físico o mental, b) deber ser intencional, y c) debe tener como objeto la obtención de información o de confesiones, el castigo, intimidación o coerción de la víctima (Bueno, 2003: 616) Se volverá sobre esto más adelante.

Para un mejor análisis de las obligaciones para los Estados que emanan desde el Sistema de Naciones Unidas en materia de tortura se debe considerar, además de la definición de tortura de la Convención, las observaciones generales y la jurisprudencia de los órganos asociados a los tratados, en particular el Comité de Derechos Humanos (CDH) que supervisa el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y el Comité contra la Tortura (Committee Against Torture, CAT), que vigila el cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (CEJIL, 2008).

El alcance de las obligaciones de los Estados en relación con la tortura viene determinado en gran medida por los tratados internacionales y los organismos que los interpretan. En el ámbito internacional, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas interpretan las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura, respectivamente.

Por esto igualmente interesa lo que señala al respecto el artículo 7 del Pacto Internacional:

> 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 para la experimentación médica o científica.

Este artículo prohíbe la tortura en términos absolutos, pero no define cuáles son específicamente los actos prohibidos. El Comité de Derechos Humanos ha dicho al respecto que «no consideraba necesario elaborar una lista de actos prohibidos o para establecer distinciones claras entre la tortura y las otras formas de malos tratos, aunque tales distinciones dependen de la naturaleza, el propósito y la gravedad del tratamiento aplicado» (CDH, 1992). En la jurisprudencia de dicho Comité no se suele especificar qué aspecto del artículo ha sido vulnerado, solo se declara la existencia de la infracción.

La segunda parte del artículo relativa a la prohibición de incluir cualquier experimentación médica o científica realizada sin el permiso o consentimiento del sujeto, se vincula con las atrocidades cometidas por médicos en los campos de concentración nazi durante la Segunda Guerra Mundial. El Comité ha señalado al respecto que se debe otorgar una protección especial en este sentido a las personas que no pueden dar válidamente su consentimiento, así como a las privadas de libertad (CDH, 1992).

En el Pacto no se señala quién puede ser el sujeto activo de las torturas, más bien se trata de una prohibición genérica que se complementa y desarrolla posteriormente con la Convención.

En el artículo 1 de la Convención se adoptó una definición autónoma de tortura. Se detalló qué se entendería por tal, equiparando el sufrimiento mental al físico. Con esto se intentó cubrir una amplia gama de actividades que podrían comprenderse como tortura, pero sin definir específicamente.

En ella además se precisa quiénes son los posibles sujetos activos de tortura, siguiendo la fórmula del funcionario público u otras personas con funciones públicas. Fuera de ello, si un funcionario instiga para torturar o consiente en tal acto igualmente podría configurarse la figura. Esto permite que grupos de civiles, que actúan bajo el apoyo del gobierno o a instigación de este podrían llegar a constituir actos terroristas.

El hecho de que la Convención siga el derecho europeo en cuanto a la definición de tortura hace aplicable a ella las mismas críticas que se han formulado al concepto europeo. Primero, estas son la imprecisión del concepto de dolores graves, físicos o mentales, los que al ser aplicados en los casos nacionales donde se tipificó utilizando la misma nomenclatura, no brindan seguridad jurídica. Segundo, el hecho de que señale una lista de propósitos tras los actos de tortura implica un problema en los casos en los que no se presenta ninguna de las razones ahí estipuladas o estas no se pueden probar.

Por último, ha sido motivo de críticas el que no se precise cuáles son las sanciones legítimas, si se trata de las del derecho interno de cada país o a las del derecho internacional (Bueno, 2003: 617).

La Convención establece el carácter de gravedad a partir de la intensidad del sufrimiento provocado a la víctima por el trato o castigo realizado por el sujeto activo. Esto es relevante para el derecho interno, ya que la literatura nacional ha realizado esfuerzos por establecer la cisura entre las figuras y para algunas tesis la fórmula justamente está en la intensidad del sufrimiento (Hernández, 2021).

En concreto, los Estados se obligan a tipificar la tortura en sus derechos internos. Y no solo eso, sino también a tipificar la tentativa, la complicidad y la participación en la misma. En cuanto al castigo se obligan a sancionar con penas adecuadas a su gravedad, lo que se debe realizar de acuerdo con el derecho interno y a la armonía de las normas nacionales. La tipificación por su parte debe ser adecuada al concepto que se señala en el artículo uno, en cuanto a sus características mínimas a lo menos.

Antes de conocer qué tipo de obligación de tipificar es la que contempla la Convención en estudio, es relevante considerar que el mandato de tipificar figuras penales en orden a cumplir con obligaciones internacionales relativas a derechos humanos implica una inversión del paradigma clásico de abstención por parte de los Estados (Bascuñan, 2007). En este caso en particular de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se trata de tipificar delitos cometidos por funcionarios

públicos o sujetos conectados con los mismos, que además se realizan contra bienes jurídicos personalísimos de relevancia, como son la vida, la integridad física, psíquica y la integridad moral.

En concreto esta Convención exige (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2016) :

- La tipificación de la tortura como un delito separado y específico. El requisito de que un Estado tipifique como delito el acto de tortura es una obligación básica prevista por la Convención. En virtud de su artículo 4, todo Estado parte «velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal». Se interpreta que este artículo obliga a los Estados a tipificar la tortura como un delito específico, diferente de otros tipos de delitos contemplados por el derecho penal.
- La Convención exige a los Estados parte definir la tortura adoptando, como mínimo, todos los elementos del artículo 1 de la Convención. El Comité exige claramente que la legislación nacional respete, como mínimo, la definición contenida en el artículo 1 de la Convención. Asimismo, recomienda en casi todas sus observaciones finales que el Estado tipifique la tortura como delito «tal como lo define el artículo 1 de la Convención» o que la «definición comprenda todos los elementos del artículo 1 de la Convención».
- La definición de tortura debe tener los siguientes cuatro elementos acumulativos: se deben infligir sufrimientos físicos o mentales graves, el acto u omisión deben ser infligidos intencionalmente, con un fin específico y ser cometido por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.
- Cláusula relativa a las sanciones legítimas: el artículo 1 de la Convención también excluye explícitamente de la definición de tortura «los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas». Las sanciones legítimas son actos que se consideran legales en virtud del derecho de un Estado y las normas internacionales.

Con todo lo señalado y utilizando la clasificación sugerida por Bascuñán respecto de la intensidad de los deberes de tipificación, en este caso estaríamos ante un deber extremo en el que se establece como obligato-

rio utilizar el concepto de tortura definido en la Convención, así como los elementos que se consideran fundamentales (Bascuñan, 2007: 63).

Esta situación puede acarrear algunos problemas de interpretación en el derecho interno debido a la falta de sistematicidad que se produce cuando se legisla de acuerdo con conceptos internacionales sin la debida adecuación. De alguna manera esto se ha observado en las dificultades para la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a la delimitación de las figuras y la proporcionalidad de las penas de los delitos que conformarían el sistema.

Más allá de los inconvenientes, sin duda la Convención trajo consigo un compromiso a nivel universal con los derechos humanos que implicó deberes de tipificación ya examinados, y que trae consigo también importantes obligaciones en materia de prevención, procesales y de cooperación internacional que se verán en lo consecutivo.

Obligaciones jurisdiccionales

En cuanto a las obligaciones llamadas aquí jurisdiccionales, que implican que los Estados se obliguen a conocer y juzgar las conductas correspondientes con la descripción de tortura, la Convención contiene los siguientes mandatos:

> Artículo 5
> 1. Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:
> a) Cuando los delitos se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
> b) Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
> c) Cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado.
> 2. Todo Estado parte tomará, asimismo, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo.
> 3. La presente Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

> Artículo 6
> 1. Todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, si, tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición.
> 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos.
> 3. La persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del Estado de su nacionalidad que se encuentre más próximo o, si se trata de un apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida.
> 4. Cuando un Estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. El Estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los Estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción.

> Artículo 13
> Todo Estado parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado.

Las obligaciones jurisdiccionales implican que los Estados deben investigar los hechos que tengan caracteres de delito de tortura que sucedan en su territorio (principio de territorialidad) en cuanto sean cometidos por un nacional (principio de nacionalidad activa) o contra un nacional (principio de nacionalidad pasiva). Se aprecia una regla de ex-

traterritorialidad de la ley penal, que en el caso chileno encontraría fundamento en el artículo 6 número 8 del Código Orgánico de Tribunales.

Respecto de la segunda parte del artículo 5, la Convención mandata a los Estados parte para que establezcan jurisdicción universal sobre la investigación y conocimiento de hechos que puedan revestir caracteres de tortura. La finalidad es establecer una red de países obligados y facultados para conocer estos hechos de tal manera que sea muy difícil eludir la acción de la justicia.

También los Estados se obligan a detener a las personas investigadas por tortura, ya sea para investigarlas o extraditarlas, lo que se verá en la parte de cooperación internacional. Por último, se obligan a reconocer el derecho de todas las personas a presentar una denuncia por hechos que constituyan tortura y su pronta investigación. Esta obligación es relevante para quienes ejercen la judicatura ya que les atañe directamente. El protocolo más relevante en materia de investigación de tortura es el de Estambul (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004) que se verá en profundidad en el apartado del rol de los jueces. También se verá cómo se complementa esta obligación en el protocolo facultativo y en otros instrumentos internacionales y nacionales.

Obligaciones de cooperación internacional

> Artículo 3
>
> 1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
>
> 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

> Artículo 7
>
> 1. El Estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento.

2. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado. En los casos previstos en el párrafo 2 del artículo 5, el nivel de las pruebas necesarias para el enjuiciamiento o inculpación no será en modo alguno menos estricto que el que se aplica en los casos previstos en el párrafo 1 del artículo 5.
3. Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Artículo 8
1. Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados parte. Los Estados parte se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.
2. Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro Estado parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.
3. Los Estados parte que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.
4. A los fines de la extradición entre Estados parte, se considerará que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5.

Artículo 9
1. Los Estados parte se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el suministro de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.
2. Los Estados parte cumplirán las obligaciones que les incumben en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que existan entre ellos.

El artículo 3 contiene el principio de no devolución que se aplica por una parte a los y las solicitantes de asilo y las personas refugiadas como cuestión jurisdiccional, y también es un deber de los Estados de no expulsar a una persona de su territorio cuando existan razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. Como se ve tiene dos dimensiones, una activa y una pasiva. La primera implica que los Estados no devuelvan a quien está en riesgo y la segunda que reciban a quien pide asilo debido al peligro.

Los Estados han manifestado que este principio es uno de los más eficaces para prevenir la tortura ya que se obligan a no enviar a una persona al territorio en donde podría sufrirla.

El Comité ha estimado que la obligación de no devolución debe evaluarse en función de los hechos y el fondo de cada caso individual. También ha reiterado que la información mencionada en el artículo 3 (2) de la Convención no es suficiente por sí sola y que el riesgo de tortura también debe ser «previsible, real y personal» para la persona.[4]

La Convención tiene como eje en este punto el principio *aut dedere aut judicare*, es decir, obliga a los Estados a enjuiciar o a extraditar en casos de tortura. Este principio opera debido al compromiso e interés de los Estados de impedir la impunidad en estos casos.

El principio señalado trae la interrogante de si surge la obligación de juzgar debido a que se ha solicitado la extradición, pero en este caso el Comité ha clarificado que el enjuiciamiento no depende de una solicitud de extradición y afirma que «la obligación de enjuiciar al presunto autor de actos de tortura no depende de la existencia previa de una solicitud de extradición de este».[5]

En el caso de la Convención contra la Tortura está zanjado que la elección entre enjuiciar en el país donde se encuentra la persona o extraditar, surge solamente cuando hay una solicitud de extradición. Si no

4 CAT, Observación general número 1: aplicación del artículo 3 en relación con el artículo 22 de la Convención (16 de septiembre de 1998), Doc. ONU A/53/44, anexo IX, § 2 (Cabe señalar que, en el momento de la redacción de este informe, el Comité estaba desarrollando una Observación general sobre el artículo 3). Ver también CCPR, Observación General 31 (800 período de sesiones, 2004), artículo 2: naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto, Doc. ONU A/59/40 (2004) 175, § 12.

5 CAT, Guengueng y otros con Senegal, Comunicación 181/2001, Doc. ONU CAT/C/36/D/181/2001 de 19 de mayo de 2006, § 9.7.

la hay, los Estados están obligados a investigar y enjuiciar. Para cumplir con este principio la Convención exige que los países consideren la tortura como uno de los delitos extraditables. En los casos en que no exista tratado se indica que se le puede considerar como la base jurídica para realizarlo.

Además de la extradición, en materia de cooperación internacional la Convención exige a los Estados auxiliarse mutuamente en las investigaciones y procesos judiciales por tortura. Para ello se les exhorta a suscribir tratados de asistencia judicial mutua que incluya disposiciones relativas a compartir pruebas, tomar declaraciones, realizar registros e incautaciones, proporcionar documentos relevantes, entre otras. Los tratados se pueden establecer conforme al tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales (ONU, 2016).

Obligaciones de prevención:

> Artículo 10
> 1. Todo Estado parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea este civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.
> 2. Todo Estado parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.
>
> Artículo 11
> Todo Estado parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.
>
> Artículo 12
> Todo Estado parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial.

Se incluyó en este análisis de las obligaciones un apartado con las normas que se considera emplazan a la prevención del delito de tortura. Esto debido a la relevancia de ellas en el ejercicio jurisdiccional y de otros actores relevantes en el proceso penal. Así el artículo 10 obliga a los Estados a educar e informar acerca de la prohibición de la tortura a los encargados de hacer cumplir la ley, personal médico y funcionarios públicos que puedan estar contacto con personas bajo la custodia del Estado. Esta obligación es muy relevante en materia de prevención de la tortura debido a que, solamente dirigiendo la formación a los posibles sujetos activos del delito, es posible formar la conciencia de su existencia y su extrema y absoluta prohibición. Se verá más adelante cómo esto ha sido recibido a la fecha en derecho interno chileno.

En cuanto al artículo 11 esta obligación se relaciona con la investigación penal y los resguardos que ahí se deben considerar para prevenir la tortura. Y el 12 con la posibilidad de denuncia e investigación pronta que se desarrollará en el rol de los jueces.

Protocolo facultativo de la Convención

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas adoptó el 18 de diciembre de 2002, en la ciudad de Nueva York, el Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Su objetivo, según el artículo 1, es «establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes».[6]

El Protocolo facultativo fue aprobado por el Congreso Nacional, según consta en el oficio número 7.699, de 15 de septiembre de 2008 y fue depositado ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2008. Comenzó su entrada en vigor en el país el 14 de febrero de 2009 mediante el Decreto 340 del Ministerio de Relaciones Exteriores.[7]

Este instrumento está orientado particularmente a la creación de mecanismos de prevención de la tortura como órganos que en forma permanente realicen visitas a los recintos en donde se encuentren personas

6 Disponible en https://bit.ly/3yNOxtO.
7 Disponible en https://bit.ly/3QZo15U.

privadas de libertad a efectos de prevenir la tortura y otros delitos de violencia institucional.

Establece la forma en que estos mecanismos operarían y las obligaciones del Estado en cuanto a la ejecución de las visitas y recomendaciones que se les pueden hacer a estos. Reafirma y advierte acerca de la importancia de la prevención a través de estas visitas. En esa línea de acción señala que «cada Estado parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del presente Protocolo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. Los mecanismos establecidos por entidades descentralizadas podrán ser designados mecanismos nacionales de prevención a los efectos del presente Protocolo si se ajustan a sus disposiciones».

En el caso de Chile el mecanismo recién se instaló años después de la vigencia del Protocolo en Chile y las únicas autoridades que realizaban visitas a los recintos penitenciarios hasta el año 2020 eran los jueces según las normas del Código Orgánico de Tribunales.

Por otra parte, establece un Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Este desempeñará las funciones previstas en el presente Protocolo que resumen en la cooperación de su aplicación. También señala su estructura y la forma de elección de los integrantes.

Por último, los Estados parte se comprometen a dar todas las facilidades a los mecanismos y al Subcomité a efectos del logro de sus objetivos de prevención de la tortura.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[8] (CIPST)La nota 8 debería ir aquí. es un instrumento internacional de los derechos humanos, que tuvo su origen dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el seno de la Organización de Estados Americanos, con el objetivo de prevenir y sancionar casos de tortura y otras actividades similares. La Convención Interamericana entró en vigor el 28 de febrero de 1987 y, a partir de 2010, 18 países son parte del mismo, con otros dos que han firmado pero no ratificado aún.[9]

Así como la Convención de Naciones Unidas consideró en sus bases la Carta de Derechos Humanos, la Convención Americana consideró la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. En ella se reconoce en el artículo 1 que «todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona». Luego el artículo 5 establece que «toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.[10] La tortura precisamente es un acto vulneratorio de los artículos 1 y 5. Esta Convención forma parte de la serie de tratados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el marco del Sistema Regional Americano.

La definición de tortura del Sistema Interamericano es más amplia que la del Sistema de Naciones Unidas. En esta se incluye «el uso de métodos sobre una persona con la intención de anular la personalidad de la víctima o de disminuir su capacidad física o mental, incluso si no causa

8 Además de las convenciones aquí citadas, en el contexto europeo el artículo 3 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales establece que «nadie debe ser sometido a torturas u otros tratos o penas inhumanos o degradantes». Esta disposición se inspiró en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos humanos que, con una redacción prácticamente idéntica, dispone que «nadie debe ser sometido a tortura u otros tratos, crueles, inhumanos o degradantes». De acuerdo con lo previsto por los artículos 15.1 y 15.2 de la Convención Europea, los Estados Parte no pueden derogar la prohibición prevista por el artículo 3 ni siquiera en tiempos de guerra o de otro tipo de emergencia pública que amenace la existencia de la Nación.

9 Chile planteó reservas a la Convención, las que fueron retiradas en mayo de 1990. Disponible en https://bit.ly/3I2pnvL.

10 Véase https://bit.ly/3I7oMWs

dolor físico o angustia mental», lo que no está presente en la del Sistema de Naciones Unidas (Bueno, 2003: 6).

La Convención Americana si bien toma como modelo indudable la Convención de Naciones Unidas, presenta diferencias interesantes que son relevantes a la hora de comprender las obligaciones que implican para el Estado suscriptor. En el Sistema Interamericano deja de tener un lugar preponderante el grado de sufrimiento o la intensidad de este provocado a la víctima pues no refiere a la gravedad si no que solo a los sufrimientos ya sean físicos o mentales. La Convención va más allá y ofrece una alternativa distinta del sufrimiento, con las conductas a través de las que se tienda a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, sin que sea necesario en ellos la presencia del sufrimiento. Se volverá sobre este punto al tratar específicamente los elementos del tipo penal ya que no es tan claro que lo segundo pueda suceder sin lo primero.

Otra novedad respecto de la Convención de Naciones Unidas —con la que se intentó superar una de las críticas— es que la Interamericana no señala propósitos taxativos de quien comete los actos de tortura, no exige un fin. En cuanto al sujeto activo es bastante similar, aunque señala expresamente que puede ser cometido por personas ajenas a la órbita del Estado cuando estos actúan a instigación de funcionarios o empleados públicos (Bueno, 2003: 6)

La Convención Interamericana además de obligaciones sustantivas, en la que se verán las diferencias con las que surgen del Sistema de Naciones Unidas, contiene obligaciones jurisdiccionales y de cooperación internacional, las que se tratarán en el mismo orden que las del Sistema Universal.

Obligaciones sustantivas de tipificación

La Convención sostiene en su artículo 1 la primera obligación que es que los Estados parte deben prevenir y sancionar la tortura en los términos señalados en la Convención. Los que se verán a continuación:

> Artículo 2
> Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como me-

dida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3

Serán responsables del delito de tortura:

a. los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan.

b. las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices.

Artículo 4

El hecho de haber actuado bajo órdenes superiores no eximirá de la responsabilidad penal correspondiente.

Artículo 5

No se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.

Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.

Artículo 6 (segunda y tercera parte)

Los Estados parte se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.

Igualmente, los Estados parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

La Convención Interamericana contiene el mandato supralegal de tipificación de la tortura en sus propios términos, expresados en el artículo 2, los que como se mencionó difieren en algunos puntos del Sistema de Naciones Unidas.

La Convención Americana da posibilidades más amplias a los Estados en la tipificación, ya que no considera como punto central la gravedad del sufrimiento e incorpora otras alternativas fuera del infligir sufrimientos, como es la anulación de la personalidad. Otra forma de ampliación es que no se ciñe a un número taxativo de finalidades por parte del sujeto activo lo que constituye una diferencia muy relevante con el sistema universal.

En cuanto a los sujetos activos es muy similar al Sistema de Naciones Unidas, solo que especifica una órbita también un poco más amplia de tipificación al agregar como agentes a las personas no funcionarias públicas que a instigación de estas ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices. Es decir, no solo los funcionarios públicos podrían inducir o instigar, sino que también los particulares podrían hacerlo bajo inducción o instigación de los funcionarios, contemplando una cadena bastante amplia de sujetos activos posibles.

Para la Comisión, las observaciones del Comité como uno de los órganos que dan pautas de interpretación a las obligaciones suscritas en la Convención, los artículo 2 y 3 establecen los siguientes criterios para calificar un acto como tortura: a) debe tratarse de un acto intencional o de un método; b) debe infligir a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales; c) debe tener un propósito; d) debe ser perpetrado por un funcionario público o por una persona privada a instancias del primero. De acuerdo con la Comisión, estos criterios le confieren cierto margen de discrecionalidad «para evaluar si, en vista de su gravedad o intensidad, un hecho o práctica constituye tortura o pena o trato inhumano o degradante». De este modo, «la calificación debe hacerse caso a caso, tomando en cuenta las peculiaridades de este, la duración del sufrimiento, los efectos físicos y mentales sobre cada víctima específica y las circunstancias personales de la víctima».[11]

11 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 35/96, Caso 10.832 «Luis Lizardo Cabrera» (República Dominicana), 7 de abril de 1998, párrafo 81.

Obligaciones jurisdiccionales

> Artículo 6
> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.
>
> Artículo 8
> Los Estados parte garantizarán a toda persona que denuncie haber sido sometida a tortura en el ámbito de su jurisdicción el derecho a que el caso sea examinado imparcialmente.
>
> Asimismo, cuando exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de su jurisdicción, los Estados parte garantizarán que sus respectivas autoridades procederán de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso y a iniciar, cuando corresponda, el respectivo proceso penal.
> Una vez agotado el ordenamiento jurídico interno del respectivo Estado y los recursos que este prevé, el caso podrá ser sometido a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por ese Estado.
>
> Artículo 12
> Todo Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención en los siguientes casos:
> a. cuando la tortura haya sido cometida en el ámbito de su jurisdicción;
> b. cuando el presunto delincuente tenga su nacionalidad; o
> c. cuando la víctima sea nacional de ese Estado y este lo considere apropiado.
> Todo Estado parte tomará, además, las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre el delito descrito en la presente Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en el ámbito de su jurisdicción y no proceda a extraditarlo de conformidad con el artículo 11.

La presente Convención no excluye la jurisdicción penal ejercida de conformidad con el derecho interno.

En el aspecto jurisdiccional es bastante similar a la Convención del Sistema de Naciones Unidas, considerando los mismos principios de nacionalidad activa y pasiva y de jurisdicción universal.

También obliga a los Estados a investigar las denuncias por conductas

que puedan ser constitutivas de tortura y a diferencia del universal, expresamente obliga a que una vez que se ha conocido y fallado un hecho en la jurisdicción nacional, pueda ser sometido a instancias internacionales, en este caso la Comisión y la Corte Interamericanas.

Obligaciones de cooperación internacional

> Artículo 11
> Los Estados parte tomarán las providencias necesarias para conceder la extradición de toda persona acusada de haber cometido el delito de tortura o condenada por la comisión de ese delito, de conformidad con sus respectivas legislaciones nacionales sobre extradición y sus obligaciones internacionales en esta materia.

> Artículo 13
> El delito a que se hace referencia en el artículo 2 se considerará incluido entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados parte. Los Estados parte se comprometen a incluir el delito de tortura como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro.
> Todo Estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado podrá, si recibe de otro Estado parte con el que no tiene tratado una solicitud de extradición, considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente al delito de tortura. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del Estado requerido.
> Los Estados parte que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.
> No se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

> Artículo 14
> Cuando un Estado parte no conceda la extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes como si el delito se hubiera cometido en el ámbito de su jurisdicción, para efectos de investigación y, cuando

corresponda, de proceso penal, de conformidad con su legislación nacional. La decisión que adopten dichas autoridades será comunicada al Estado que haya solicitado la extradición.

Artículo 15
Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda, ni como modificación a las obligaciones de los Estados parte en materia de extradición.

En esta materia también se asimila bastante a la Convención del Sistema de Naciones Unidas en cuanto se obligan a juzgar o extraditar, y se enlaza con la prohibición de devolución en casos de riesgo de tortura para quien solicita asilo.

Obligaciones de prevención

Artículo 6
De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, los Estados parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción.
Los Estados parte se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal, estableciendo para castigarlos sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad.
Igualmente, los Estados parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar, además, otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el ámbito de su jurisdicción.

Artículo 7
Los Estados parte tomarán medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad, provisional o definitivamente, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura.
Igualmente, los Estados parte tomarán medidas similares para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

El énfasis también está puesto en la formación de los agentes policiales y otros funcionarios públicos responsables de custodias de personas, situaciones en las que potencialmente se pueden presentar conductas constitutivas de tortura.

Ninguna de las Convenciones analizadas define lo que debe entenderse por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Estos tratados tampoco establecen el límite que separa a estos comportamientos de los actos de tortura. Lo que ha implicado —en el caso del derecho interno chileno— tesis distintas de cisura entre las figuras complejizando la discusión con la reciente data de la modificación del tipo penal de tortura. Esto se retomará en el apartado de propuesta de sistema de delitos de violencia institucional.

Ratificación de la Convención y su influencia en las normas internas

El 7 de octubre de 1988 se promulgó en Chile la Convención contra la Tortura del Sistema de Naciones Unidas mediante el Decreto 808 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se publicó el 26 de noviembre del mismo año. El ingreso de estas normas al sistema jurídico chileno se hizo con reservas a algunos de sus artículos, con los que, por ejemplo, Chile se restó de dar cumplimiento a las recomendaciones del Comité contra la Tortura.[12]

En la década de los noventa, Chile retomó los compromisos internacionales en materia de tortura y en 1991 dejó sin efecto algunas de las reservas que había hecho a esta Convención. En 1999 Chile derechamente levantó todas las reservas a la misma obligándose a dar cumplimiento a las obligaciones que de ella derivan e incluso a las recomendaciones del Comité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes.

Con las mismas fechas y año, pero mediante el Decreto 809 del Ministerio de Relaciones Exteriores, se promulgó en Chile la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, en la que también se hicieron reservas.[13]

También en la década de los noventa Chile levantó las reservas realizadas a esta Convención, asumiendo por completo las obligaciones que surgen de los mandatos sustantivos, jurisdiccionales, preventivos y de cooperación internacional en la materia.

El 23 de septiembre de 2014 por moción de los diputados y diputadas Vallespín, Núñez, Cariola, Carmona, Teiller, Vallejo, Jiménez, Letelier,

12 Disponible en https://www.bcn.cl/leychile/navegar-app?idNorma=15728.
13 Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5879.

Gutiérrez y Aguiló se inició la tramitación de la Ley 20.968 mediante la que se tipificó autónomamente la tortura en Chile, se aumentó la pena y se declaró su imprescriptibilidad. El Boletín bajo el que se tramitó el Proyecto de Ley fue el 9589-17.[14]

Los tres principales motivos expresados en la moción parlamentaria fueron; primero el cumplimiento de los compromisos asumidos por Chile en la Convención, desde cuya entrada en vigor habían transcurrido casi 26 años, lapso inaceptable desde la óptica de los autores del proyecto para que la tortura siguiera estando normada en los términos en que estaba sin adecuarse a los principios contemplados en la Convención suscrita. En segundo lugar, se advertía que la tortura es un crimen de lesa humanidad y la pena que tenía no era proporcional a su gravedad por lo que proponían aumentarla considerablemente. En tercer y último lugar relevaban el carácter de imprescriptible de la tortura en el plano del derecho penal internacional lo que no estaba contemplado en la legislación nacional.

El proyecto propuso la introducción de un nuevo párrafo 4 bis al Título 2 del Libro II del Código Penal, con cinco artículos (161 bis a 161 sexies) con el objetivo de tipificar adecuadamente el delito de tortura, y de dar cumplimiento a las observaciones realizadas por el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Estas se relacionaban, en la época de la moción, con que la tortura estaría limitada en cuanto al sujeto pasivo solo a las personas privadas de libertad y en cuanto a las motivaciones del sujeto activo se criticaba que no incorporaba todas las hipótesis como son el castigo, la coacción y/o la discriminación.

También se proponía una concepción amplia del sujeto activo que podía cometer tortura, no lo circunscribía solo a los funcionarios públicos. Elevaba sustancialmente la pena desde reclusión menor en sus grados medio a máximo a la de presidio mayor en su grado mínimo. Eliminaba la figura privilegiada del empleado público que conociendo la ocurrencia de hechos constitutivos de tortura no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello. Proponía considerar como autor no solo al ejecutor, sino que a quien ordenaba cometer los actos de tortura. Se incorporaban como agravantes los resultados de muerte de la víctima, las lesiones graves y la violación o abuso sexual. Se crea la figura intermedia de los apremios ilegítimos cuando los hechos

14 Disponible en https://bit.ly/3I296a6.

no están contemplados bajo la descripción típica de la tortura, con una sanción penal menos grave. Se establece que no procede la prescripción ni de la acción ni de la pena en los delitos que se introducen mediante el proyecto de ley. Por último, se proponía la eliminación de los artículos 150 A y B del Código Penal.

Dos años más tarde, al comenzar el segundo trámite constitucional, el proyecto mutó considerablemente. Ya no se eliminaban los artículos 150 A y B, ni se introducía un nuevo párrafo, sino que se modificaban los artículos 150 A y B y se agregaban otros artículos 150 nuevos.

Entre el segundo y tercer trámite constitucional las modificaciones no fueron tan profundas, publicándose la Ley el 22 de noviembre de 2016. Las principales discusiones se centraron en el sujeto activo, las finalidades y la situación de las víctimas. Durante los siguientes capítulos se desarrollará con mayor profundidad los cambios que se introdujeron con la Ley 20.968 al tipo penal de tortura y en general al sistema de delitos de violencia institucional.

El año 2016, mediante la entrada en vigor de la Ley 20.968, se tipificó la tortura en Chile como tipo penal autónomo. Desde ese momento se comenzó a configurar un sistema de delitos de violencia institucional que demandan una interpretación armónica y sistémica que permita la correcta prevención y aplicación por parte de la judicatura.

Capítulo 2

Recomendaciones del Comité el 2018 y cumplimiento de las obligaciones por parte de Chile

El 28 de agosto de 2018 el Comité contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes de las Naciones Unidas examinó el sexto informe periódico de Chile y manifestó especial preocupación por seguimientos pendientes del anterior ciclo de presentación.

En este sentido reiteró preocupaciones en algunos ámbitos como la tipificación del delito de tortura, los derechos de las personas privadas de libertad, la reforma al Sistema de Justicia Militar, la prevención de la tortura en el procedimiento penal, la creación del Mecanismo Nacional contra la Tortura, el derecho a la reparación justa y adecuada y las excepciones procesales en los delitos terroristas.

En este capítulo se verá en detalle cada recomendación según tema y se analizará el impacto que la Recomendación tuvo en el derecho interno, es decir, si se efectuaron o no modificaciones legales o reglamentarias tendientes a cumplirla, de qué manera se realizaron y si estas cumplen o no el objetivo de la obligación suscrita por Chile al respecto.

Definición, tipificación y persecución del delito de tortura y otros delitos del sistema de violencia institucional en Chile

En cuanto a la definición y tipificación del delito de tortura, el Comité contra la Tortura realizó algunas críticas a la nueva tipificación introducida por la Ley 20.968 en el artículo 150 A del Código Penal. Se verá primero todo lo relativo a la definición y tipificación del delito de tortura y al final del apartado se tratarán las recomendaciones relacionadas con la persecución:

> 10. El Comité considera que la nueva tipificación del delito de tortura introducida por la Ley 20.968 en el artículo 150 A del Código Penal se corresponde en buena medida a lo dispuesto en el artículo 1 de la Con-

> vención, aunque no abarca los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero. Asimismo, preocupa que el inciso cuarto de dicho precepto establezca penas de prisión de tres años y un día a cinco años para los actos de tortura dirigidos a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su voluntad, su capacidad de discernimiento o de decisión, frente a los cinco años y un día a 10 años de prisión que conlleva el tipo básico. Por último, el Comité lamenta que el Estado parte mantenga en su legislación penal la prescripción del delito de tortura, si bien se establece su imprescriptibilidad en aquellos casos en los que los actos de tortura sean constitutivos de crímenes de lesa humanidad (artículos 1 y 4).

Consecuente con la observación, el Comité propone a Chile lo siguiente:

> 11. El Comité insta al Estado parte a modificar el tipo penal del artículo 150 A del Código Penal para que incluya expresamente los actos de tortura cometidos con el fin de intimidar o coaccionar a un tercero. El Estado parte debe también asegurarse de que los delitos de tortura se castiguen con penas adecuadas a su gravedad, de conformidad con el artículo 4, párrafo 2, de la Convención. Además, el Comité insta al Estado parte a que derogue la prescripción del delito de tortura.

Luego de tales observaciones es interesante revisar las recomendaciones para comprender las últimas modificaciones a las figuras vigentes, como también el sentido y alcance de los delitos de violencia institucional en Chile, comenzando por la tortura.

En principio la tortura se enfoca en la modalidad de castigo con un tipo de tormento y rigor innecesario. Recién en 1998 la Ley 19.567 introdujo una figura para sancionar los tormentos en conjunto con los apremios ilegítimos como conductas alternativas y respecto de personas privadas de libertad (anterior artículo 150 A).[1]

1 La figura original 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».

La reforma de 2016, con la Ley 20.968, separa las torturas (artículo 150 A) de los apremios ilegítimos (artículo 150 D) aunque contempla características y elementos comunes que no facilitan la distinción entre ambos ilícitos. Los límites no son claros.

El tipo de torturas vigente se define sobre la base de la provocación de «dolores o sufrimientos graves» por cualquier clase de conducta, con especial distinción del sufrimiento sexual. La víctima ya no exige estar privada de libertad, pero para establecer la tortura es clave el contexto, las finalidades, y los agentes.

Así el artículo 150 A señala:

> 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 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 este, 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 estas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

La producción del dolor o sufrimiento grave supone atender al sujeto que lo padece. La víctima es también elemental, aunque no suela destacarse (Nash, 2009: 598).[2] Los sufrimientos graves 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 agresiones.[3]

Por su parte, la figura de apremios omite consideraciones sexuales, pero incorpora una «referencia residual de entidad» que alude a las conductas que «no alcanzan a constituir torturas». En este sentido, los comportamientos sexuales también se darían en los apremios ilegítimos, solo que no con la intensidad que requiere la tortura.

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 C).[4] 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.

Así las modificaciones realizadas al tipo penal de tortura el año 2016 a través de la Ley 20.968 dieron cumplimiento a obligaciones anteriores y pendientes asumidas por el Estado de Chile. En principio se tipificó en forma autónoma la tortura, se agravaron las penas y se declaró su imprescriptibilidad solo cuando se configura como crimen de lesa humanidad. Las recomendaciones realizadas por el Comité el año 2018 están

2 Al analizar el umbral de sufrimiento de la víctima se consideran criterios objetivos y subjetivos y estos últimos remiten a elementos propios de la víctima.

3 La omisión es clara al examinar los artículos 5 y 14 de la Ley 20.066. La indicación sustitutiva del Ejecutivo de 2001 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: 25, 71, 146 y siguiente. Se ha de hacer presente que el Proyecto de Ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Mensaje número 307-364 de 2016, propone la inclusión de la libertad e indemnidad sexual.

4 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».

siendo nuevamente analizadas en la ronda de examen de cumplimiento de la Convención por parte de Chile.[5]

En lo sucesivo se analiza el tipo penal de tortura y las demás figuras que conforman el sistema de delitos de violencia institucional desde una perspectiva dogmática con el objeto de una mejor comprensión de ellos y de reconocer si a su respecto se dio cumplimiento a lo señalado por el Comité.

Tortura

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, existe una amplitud de posibilidades respecto de los sujetos no privados de libertad al percatarse dos grandes modalidades en los incisos tercero y cuarto 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 todos los 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 B,[6] 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

5 El Estado de Chile presentó en mayo de 2022 las respuestas a la lista de cuestiones previas al informe.

6 Artículo 150 B. «Si con ocasión de la tortura se cometiere, además: 1 Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. 2 Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1, la pena será de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo. 3 Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1, la pena será de presidio mayor en su grado medio».

vinculan con la clase de dolores que estas definen, 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, 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 definirlas. Matus y Ramírez (2014: 274) 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 solo 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 ilegalmente.[7] Allí aparece una importante consideración frente a los ataques que las torturas suponen.

Los verbos rectores —aplicar, ordenar o consentir en que se aplique, e incluso no impedir o no hacer cesar— se refieren a las torturas. Solo 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, infligir[8] 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 al aludir a actos que infligen dolor. 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.

Es claro que no se requiere un resultado físico, desde que los dolores pueden ser psíquicos. Por otro lado, las perturbaciones físicas no re-

7 Por eso Matus y Ramírez entendían que el objeto protegido afectado era la seguridad individual como presupuesto de la libertad, aún vigente al 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 (2019: 205-213) hace referencia 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.

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

quieren configurar siquiera una lesión menos grave o leve, que pueden comprenderse al quedar fuera de la regla de agravación del artículo 150 B. Puede existir solo una vía de hecho en cuanto cumpla con exigencias de dolor grave y demás elementos del tipo de torturas, vinculado con el dolo y la finalidad. Así se admite en la práctica que no se requiere daño, como veremos en algunos casos, siguiendo el Protocolo de Estambul.[9]

Además de no requerir un daño específico, si existe un informe que determina el grado de las lesiones la declaración no determina la existencia o no de torturas. Desde ya se destaca la sentencia del Séptimo Tribunal Oral en Lo Penal de Santiago de 29 de octubre de 2021 (RUC: 1901143896-5) que resuelve un caso en el que dos funcionarios policiales golpean más de 30 veces a la víctima menor de 16 años, ya amarrada y en el piso. Junto con la apreciación del dolo y de la finalidad, al exigir información, confesión, el tribunal precisa que el mero informe de lesiones, si existe, no reemplaza la tarea valorativa del juzgador.

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 grave (Matthei y otras, 2019: 8)[10] al 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

9 Sistema Táctico de Operaciones Policiales (STOP, 7°) de Santiago de 29 de octubre de 2021, Rol Único de Causa (RUC): 1901143896-5: «Ella no hace diagnósticos en la parte psicológica del Protocolo de Estambul. Es relevante, principalmente por la edad del peritado. Es esencial. Los problemas y eventos diversos de los habituales pueden provocar un daño que pudiera no ser visualizado, ya que está en desarrollo.

«El Protocolo de Estambul no tiene el objetivo de establecer daños, sino que el registro de las alegaciones por abuso de los agentes del Estado. Escribir la historia, no dejar a las víctimas desvalidas, registrar las lesiones. En la parte mental se hacen sugerencias de tratamiento. No es para constatar lesiones. El Servicio Médico Legal, además, agrega el informe de lesiones para que sea útil como en este juicio. No se puede hacer cargo si existen o no las lesiones psicológicas; ese informe no se ha hecho. Es una necesidad para registrar las agresiones de los agentes del Estado. Las lesiones son leves».

10 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, como las autoras cuando 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.

formas alcanza la psiquis; aunque la integridad moral parece cubrir mejor ambas formas de tortura (inciso tercero y cuarto del artículo 150 A). Falta todavía definir qué se entiende por dolor o sufrimiento grave.

Más interesante aún es la advertencia que hace Silva (2014: 81-83) 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.

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 primero, 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».[11]

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 y 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

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

o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a estas» al igual que «las derivadas de un acto legítimo de autoridad».

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 los estudios en el campo médico que investigan sobre la base del dolor y específicamente del dolor grave. Para Cordero (2006) se ha comprendido como «una experiencia personal, multidimensional, subjetiva, compleja y única» que depende de cada paciente y su condición. Una vez más, el vínculo con el sujeto que padece es esencial a la hora de establecer el dolor.

En el análisis de casos se verá cómo se ha probado este elemento en los casos conocidos y fallados a la fecha en juicios orales.

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.

En este sentido es relevante la conducta de los mismos funcionarios que investigan la comisión de cualquier delito, en cuanto pueden incurrir en algunas conductas de tortura durante la misma investigación al igual que al imponer la pena. En la obligación de investigar y castigar son básicos los deberes de prevención y garantía asumidos por el Estado de Chile que se asocian con la protección de los derechos sustantivos, como derecho a la vida o la integridad corporal, así como a las garantías de un juicio justo o la tutela judicial efectiva de los derechos (CEJIL: 15).

En doctrina se habla de obligaciones positivas o procesales en la tutela de derechos fundamentales. Ellas se relacionan con el acceso a un recurso judicial efectivo. La CIDH ha señalado que «cualquier carencia o defecto en la investigación que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida» (*Baldeón García con Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C número 147, párrafo 97).

Aquí se integran aspectos sustantivos y procedimentales que tienen su fuente en varios de los compromisos internacionales revisados. Una de las fuentes fundamentales de la debida diligencia en la investigación y sanción de delitos es la obligación de garantía del artículo 1.1 de la CADH. Destacan los funcionarios públicos que investigan y aplican castigos. En este sentido veremos de modo particular el caso *Veliz Franco* para revisar criterios de actuación e imputación frente a posibles responsabilidades del Estado de Chile. Se profundizará sobre él en la última parte.

La figura penal abarca también 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 este tipo de funciones pero que actúa por instigación de un empleado público. Esta refiere a la conducta de un empleado público que hace nacer en un particular la voluntad de realizar una conducta que reviste las condiciones de tortura. Como indican Matus y Ramírez (2014: 277-278) no se trata de un supuesto de autoría mediata por aprovechamiento del ejecutor,[12] 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 número 2. No se ha de olvidar que los particulares ejecutores tienen responsabilidad, al igual que el empleado pú-

12 Los autores 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.

blico. 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 primero 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 primero de la disposición examinada contempla un supuesto de participación necesaria, que gracias al inciso segundo se aplica al particular ejecutor (Carrasco, 2002).

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 solo facilita la intervención del ejecutor sin su control. 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 solo como una facilitación esporádica, especialmente cuando la pena para el particular es la misma a la del empleado público.

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 infligir «intencionalmente»[13] 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. Se-

13 Sabemos que la descripción legal sigue parámetros internacionales. La Convención de Naciones Unidas, en su artículo 1, habla de infligir «intencionadamente» sufrimientos graves.

mejante descripción remite solo a conductas dolosas. Específicamente, es compatible con el dolo directo (Durán, 2019).[14] Además, la disposición integra una segunda consideración subjetiva para los dos supuestos de tortura.

Tanto los actos que infligen 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 aspectos objetivos que se conectan con las conductas y que tienen que ver específicamente 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 ins-

14 Durán 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 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.

trumentos internacionales, se redactan en los mismos términos de la agravante del artículo 12 número 21.[15] Estas condiciones se vinculan con los llamados «delitos de odio», que no solo 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 torturas.[16] Ellos terminan de configurar el injusto penal, con miras particulares a las capacidades de razonar y decidir. Este aspecto individual exige no solo atender a la condición de cada víctima, sino que también mantener los criterios de distinción que se emplean para niños, niñas y adolescentes cuando procede imputarles un injusto penal. No hay razones para olvidarse del proceso de desarrollo en el que están cuando son víctimas de semejante delito.

15 Artículo 12. número 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».

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

El aspecto individual que caracteriza a la tortura reclama un examen diferenciado de los niños, niñas y adolescentes 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 en ocasiones existe.[17] Destaca la separación de cuestiones diversas y la inclusión de todas cuando se trata de motivaciones cerradas. La agravante no solo se ha vinculado con motivos de discriminación, sino que derechamente se contempla como manifestación de motivaciones de odio (Salinero, 2013: 286-292).

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 (2015: 204) respecto del sentido genuino de discriminar, con su «carga excluyente y tendencia vejatoria». 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.

Examinada la conducta, el sujeto activo y las finalidades de la tortura en Chile, se revisará brevemente cada una de las demás figuras penales que forman parte del sistema de delitos de violencia institucional.

17 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.

Apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

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 menor gravedad, las finalidades no aparecen. También se han de revisar brevemente los términos que emplea el legislador para la separación de ambas figuras. En el artículo 150 D se especifica:

> 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 estas, 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.

Conducta típica y modalidades

Al igual que en las torturas, hay 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 solo por su menor gravedad. La distinción en términos de gradualidad se hace sobre la base de la idea de sufrimiento, cualquiera sea su finalidad (Durán, 2019: 223-214).

En este ilícito no se menciona tampoco algún sufrimiento sexual. Si bien la sola diferencia de entidad podría cubrir dolores sexuales, la expresión en las torturas en conjunto con los fines de discriminación sexual revelan una mayor incidencia del sufrimiento grave sexual, que solo sería torturas si se dan todas sus exigencias. Igualmente, podría caber dolores sexuales de inferior intensidad cometidos por agentes del Estado, siempre que no concurran las finalidades de la tortura.

De hecho, esta figura se ha concebido como un delito base frente a la tortura, que se comprende por la clase de conducta que supone provocar dolor y el agente que interviene, el abuso que supone del poder que representa y ejerce. La finalidad es clave para separar la tortura de los apremios ilegítimos y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así, atenderemos un pronunciamiento[18] sobre agresiones provocadas por un carabinero como un problema de límite entre este delito de apremios ilegítimos o tratos crueles y el delito de violencia innecesario (artículo 330 del CJM), que se comprende por la falta de finalidades.

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 degradantes.[19]

La tortura no hace esta precisión 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

18 STOP de Concepción de 18 de septiembre de 2021, RUC: 2010013776-4.

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

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 incluir conductas dirigidas 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 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 solo de un tema de gravedad, la complejidad es mayor cuando son víctimas niños, niñas y adolescentes al agravarse 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 torturas,[20] 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 apre-

20 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 solo una diferencia de gravedad entre torturas y apremios ilegítimos.

mios o tratos. Sin embargo, la omisión de las finalidades que contempla la tortura hace una diferencia que no parece ser solo de cantidad. La referencia expresa que hace la tortura al sufrimiento sexual y la falta de consideración adicional del menor de edad, como de otros sujetos vulnerables, evidencian una cualidad especial de la conducta de tortura descrita que supone un ataque específico y mayor a aquella faceta de la dignidad humana que se expresa en términos de integridad moral.

De hecho, veremos un caso interesante de apremios ilegítimos en contra de un interno reducido y bajo custodia de funcionarios de gendarmería. Las agresiones que sufre no se dan en contexto de finalidades especiales, ni siquiera de un desprecio adicional por lo que el interno representa. 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 C[21] no solo 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 *minimum* o la pena mínima y no de aumentar un grado. Esta menor intensidad se explica por la mayor gravedad de las torturas, que suponen más indefensión de la víctima con el ataque 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

21 Artículo 150 C. «En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el *minimum* 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».

infante. Es posible evidenciar siempre que en estos casos concurre una dependencia o cuidado mayor, lo que limita la aplicación de la pena (impide el *minimum* o el grado mínimo). De hecho, la vejación injusta del artículo 255[22] 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.

Sabemos que los verbos rectores en los apremios ilegítimos son los mismos que los de las torturas, es decir, no son solo 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) repercuta en la clase de perturbación, y no solo su entidad.

Aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes

Similar situación ocurre al examinar estos tratos, cuyos calificativos —crueles, inhumanos o degradantes— importan también un dolor o sufrimiento grave (Nash, 2009: 587).[23] 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.

22 Artículo 255 inciso segundo: «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».

23 Antes de la modificación de 2016, incluso se consideran como formas genéricas frente a una específica que corresponde a la tortura.

Sujetos y consideraciones subjetivas

Los agentes en los apremios y los tratos crueles, inhumanos o degradantes coinciden con los descritos en el delito de torturas, cuando se refiere a los empleados públicos. Excluye al particular lo que advierte otra diferencia incluso de cualidad con las torturas. 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 solo repercute en la entidad de las conductas. El dolor asociado a ellos revela una cualidad particular respecto del desarrollo de la persona humana en cuanto a 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 (crueles, 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 (Durán, 2019: 202-241). De suerte que la distinción no es solo 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.

Vejaciones injustas

> Las vejaciones injustas están en el artículo 255 del CP bajo un título distinto del de torturas y otros tratos crueles e inhumanos. Originalmente el proyecto de la Ley 20.968 solo pretendía respecto de ellas agravar la pena.[24] Esto cambió y por indicación del ejecutivo, el antiguo 255 se dividió en dos. Por un lado dio origen a que se agregara los apremios ilegítimos en el 150 D junto con los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Y por otro lado mantuvo la sanción de 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. Se generó con esto una escala gradual de las figuras del sistema.

El artículo 255 explícitamente establece, al igual que el 150 D, una pena agravada en los casos en que la víctima sea NNA. El tipo penal que cierra este sistema de delitos dentro del Código Penal 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 garantidos 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 comunes.[25]

---

24 BCN, *Historia de la Ley 20.968,* (p.30): «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». Disponible en https://bit.ly/3NwxfGX.

25 Todos pueden ser solo cometidos por funcionarios públicos, o por quien ejerza funciones de tal. Todos incorporan una cláusula de cierre según la que solo 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

Para definir la conducta típica y distinguirla de los demás delitos, se ha de tener presente primero la descripción típica del 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 solo la pena asignada por la ley a este.
>
> 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 estas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

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 esta, no se encarga de explicar qué es una vejación injusta. Se intentará dar un contenido a esta expresión.

Las vejaciones se definen como maltratos, humillaciones o molestias de carácter psicológico. Maltrato, humillación causada a otra persona.[26] 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 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.

---

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.

26 En términos ordinarios. Disponible en https://bit.ly/3OxWI4g.

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».

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 solo 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 establece 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 dispone 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 «solo» 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 solo podría aplicarse la pena de las lesiones graves gravísimas.

Contexto y sujetos

Respecto del sujeto activo se utiliza la expresión empleado público. En este sentido se replica lo ya dicho sobre 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.

Hasta aquí se ha visto la definición y tipificación de los delitos que componen el sistema de delitos de violencia institucional que se planteará hacia el final del material. Esto en relación con las recomendaciones que realizó el Comité a Chile, en especial acerca de la tipificación de la tortura y la gravedad de sus penas.

El Comité también hizo recomendaciones en el marco de la persecución penal e instó al Estado de Chile a realizar las siguientes modificaciones:

> 27. El Comité insta al Estado parte a:
> a) Garantizar que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera pronta e imparcial por un órgano independiente;
> b) Velar por que las autoridades inicien de oficio una investigación siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura o se han infligido malos tratos;
> c) Velar por que, en los casos de tortura o malos tratos, los presuntos autores sean suspendidos de sus funciones de forma inmediata y durante toda la investigación, en particular cuando exista riesgo de que, de no hacerse así, pudieran volver a cometer los actos de los que son sospechosos, ejercer represalias contra la presunta víctima u obstruir la investigación;
> d) Garantizar que los presuntos autores sean enjuiciados debidamente y, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos;
> e) Recopilar datos estadísticos sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en casos de torturas y malos tratos.

Respecto de ellas se debe señalar que es el Ministerio Público, órgano autónomo, quien ostenta el monopolio de la acción penal en Chile, lo que implica que la investigación de estos hechos sí recae en un órgano independiente. La reforma procesal penal también ha acortado los tiempos de investigación y sanción de los delitos en general con lo que de alguna manera también se cumple a lo menos la primera de las recomendaciones. En cuanto a la segunda, también se contempla la posibilidad de iniciar estas investigaciones de oficio, de hecho, es una de las facultades legales de los fiscales del Ministerio Público.

En cuanto a la tercera recomendación, que dice relación con la suspensión de sus funciones de los presuntos autores, en la práctica se traduce en el ejercicio de la facultad de los superiores jerárquicos en cada institución de suspender o no. En algunas instituciones como Carabineros de Chile la suspensión se ha establecido por Protocolo[27]. La garantía del debido proceso para los autores está consignada en la Constitución Política de la República y las penas acordes a sus actos se han establecido en la modificación en general al sistema de delitos de violencia institucional examinado.

Por último, la recopilación de datos al respecto es una función que se ha encomendado al Mecanismo Nacional contra la Tortura, que comenzó a operar el año 2020 en el país bajo el alero del Instituto Nacional de Derechos Humanos quien tenía esta función antes del Mecanismo.

Situación de las personas privadas de libertad

En materia de personas privadas de libertad es fundamental revisar las observaciones y recomendaciones realizadas por el Comité contra la tortura. Antes de ello también es relevante señalar que las personas privadas de libertad «se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres».[28]

Al no contar con jueces de ejecución de la pena, que controlen judicialmente la situación de las personas privadas de libertad, se produce en los hechos lo que se ha denominado «la administrativización de la ejecución de la pena» (Stippel y Medina, 2021: 5), esto significa que el

27 Artículo 23 del Reglamento de Carabineros disponible en https://bit.ly/3aRR2DC.
28 Artículo 2 del Reglamento Penitenciario (DS 518).

privado de libertad esté o no condenado, se encuentra sujeto a la autoridad administrativa penitenciaria sin posibilidades de sostener ante la judicatura los conflictos que actualmente le aquejen.

El Comité en este ámbito advierte que no hay garantías de que todos los detenidos gocen, en la ley y en la práctica, de todas las salvaguardias fundamentales desde el inicio mismo de su privación de libertad de conformidad con las normas internacionales. En particular: el derecho a ser asistidos sin demora por un abogado; a requerir y tener acceso inmediato a un médico independiente, aparte de cualquier examen médico que pueda realizarse a petición de las autoridades; a ser informados de las razones de su detención y de la naturaleza de los cargos que se les imputan en un idioma que comprendan; a que se registre su detención; a informar con prontitud de su detención a un familiar o a un tercero, y a ser llevados ante un juez sin demora.

Cabe destacar las observaciones básicas para revisar las conductas de funcionarios que intervienen y definir los respectivos delitos. En este sentido, interesan:

> 12. El Comité lamenta la escasa información disponible sobre las salvaguardias y normas de procedimiento aplicables a las personas privadas de libertad reconocidas en la legislación del Estado parte, así como sobre los procedimientos existentes para garantizar el respeto en la práctica de dichas disposiciones.
>
> 13. El Estado parte debe adoptar medidas eficaces para garantizar que todos los detenidos gocen, en la ley y en la práctica, de todas las salvaguardias fundamentales desde el inicio mismo de su privación de libertad de conformidad con las normas internacionales, en particular: el derecho a ser asistidos sin demora por un abogado, a requerir y tener acceso inmediato a un médico independiente, aparte de cualquier examen médico que pueda realizarse a petición de las autoridades, a ser informados de las razones de su detención y de la naturaleza de los cargos que se les imputan en un idioma que comprendan, a que se registre su detención, a informar con prontitud de su detención a un familiar o a un tercero, y a ser llevados ante un juez sin demora. El Estado parte debe garantizar también la grabación audiovisual de los interrogatorios que se realicen a las personas privadas de libertad, el almacenamiento de esas grabaciones en un lugar seguro y bajo el control de los órganos de vigilancia, y que estas estén a disposición de los investigadores, los detenidos y los abogados.

> 28. Como reconoció la delegación, las condiciones inadecuadas de reclusión en las cárceles son uno de los principales problemas del sistema penitenciario, llegando en ocasiones a ser constitutivas de malos tratos. Es por ello que el Comité valora los esfuerzos realizados por el Estado parte para mejorar esas condiciones y reducir la sobreocupación de los centros de detención, en particular mediante la ampliación y reacondicionamiento de las instalaciones existentes, la construcción y apertura de nuevos establecimientos penitenciarios y la actualización de la normativa sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad. Sin embargo, el Comité sigue preocupado por los informes que indican sobreocupación en muchos recintos penitenciarios, en particular en las regiones de Atacama, Metropolitana y Valparaíso.

El Comité también señala que hay carencias relevantes en los centros penitenciarios en cuanto a los servicios de atención médica y sanitaria, así como falta de camas, problemas en el suministro de agua en las celdas, calefacción e iluminación insuficientes y acceso limitado a la práctica de ejercicio físico u otras actividades al aire libre.

Por otra parte, el Comité mantiene su preocupación por las informaciones que indican que la administración penitenciaria no toma suficientemente en consideración las necesidades especiales de las mujeres privadas de libertad en áreas como la higiene personal y el aseo. Le preocupan además las denuncias de prácticas arbitrarias, en particular los registros corporales abusivos tanto a personas privadas de libertad como a las personas que les visitan. Por último, el Comité toma nota de los trabajos en curso para la elaboración de una ley de ejecución de penas (artículos 11 y 16).

Luego de las observaciones es relevante atender a las recomendaciones fundamentales sobre las actuaciones revisadas que aparecen como obligaciones estatales y ver si ellas se cumplen o no o en qué medida hay esfuerzos desde el Estado de Chile para darles cumplimiento:

> 29. El Estado parte debe:
>
> a) Redoblar sus esfuerzos por aliviar la sobreocupación en los centros de detención, principalmente mediante el recurso a las medidas alternativas a las penas privativas de libertad y proseguir los trabajos de mejora de las instalaciones penitenciarias existentes. A ese respecto, el Comité señala a la atención del Estado parte las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) y

las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok);

b) Adoptar medidas con carácter urgente para subsanar las deficiencias relacionadas con las condiciones generales de vida en las cárceles, en particular aquellas relativas al suministro de agua en las celdas, la falta de camas, calefacción e iluminación insuficientes y acceso limitado a la práctica de ejercicio físico u otras actividades al aire libre;

c) Asegurar la asignación de los recursos humanos y materiales necesarios para la correcta atención médica y sanitaria de los reclusos;

d) Velar por que se atiendan las necesidades especiales de las mujeres privadas de libertad, conforme a las Reglas Nelson Mandela y las Reglas de Bangkok;

e) Velar por que los registros corporales a personas privadas de libertad se realicen respetando la dignidad intrínseca del detenido. Los registros corporales invasivos solo se realizarán si son absolutamente necesarios y se efectuarán en privado por personal debidamente formado del mismo sexo que el recluso. Los procedimientos de registro y entrada de visitantes no serán degradantes y estarán sujetos, como mínimo a las mismas reglas que los practicados a los reclusos (véase Reglas 50 a 53 y 60 de las Reglas Nelson Mandela).

Respecto del régimen disciplinario:

30. Conforme a las explicaciones ofrecidas por la delegación sobre la aplicación de sanciones disciplinarias a reclusos, en ningún caso se dan situaciones de aislamiento prolongado y la internación en celda solitaria no supera los dos días, si bien el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios establece un límite de diez días. No obstante, preocupan al Comité los informes en los que se señalan malas condiciones de salubridad e higiene y deficiencias en el suministro de agua para el aseo en las celdas utilizadas para el aislamiento de reclusos. Otro motivo de preocupación es el contenido del inciso i) del artículo 81 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que establece entre las posibles sanciones disciplinarias aplicables a los reclusos la privación de hasta por un mes de toda visita o correspondencia con el exterior (artículos 11 y 16).

31. El Estado parte debe velar por que el régimen de aislamiento se utilice únicamente en casos excepcionales, como último recurso, durante el menor tiempo posible y con sujeción a una revisión independiente, y únicamente con el permiso de la autoridad competente, de conformidad

con las reglas 43 a 46 de las Reglas Nelson Mandela. El Estado parte debe garantizar también que las celdas utilizadas para el aislamiento de los reclusos reúnen las condiciones exigibles de salubridad e higiene, incluido el suministro de agua. El Comité señala a la atención del Estado parte el párrafo 3 de la Regla 43 de las Reglas Nelson Mandela, que dispone que las sanciones administrativas o medidas restrictivas no podrán incluir la prohibición del contacto con la familia, y que sólo se podrán restringir los medios de contacto familiar por un período limitado y en la estricta medida en lo que exija el mantenimiento de la seguridad y el orden.

Con relación a la justicia juvenil, se ha de tener presente:

32. Si bien toma nota de los esfuerzos realizados por el Estado parte para mejorar el sistema de justicia juvenil, el Comité mantiene su preocupación por las informaciones relativas a malos tratos e imposición de castigos colectivos en el Centro de Internación Provisoria para adolescentes en la Comuna de San Joaquín, en Santiago (véase párrafos 103 a 113). También preocupan las informaciones sobre la ocurrencia de suicidios en los centros de internamiento de menores, así como altos índices de violencia ligada a la sobreocupación de estas instituciones (artículos 2, 11 y 16).

33. El Estado parte debe investigar y procesar a los responsables de malos tratos a menores privados de libertad. También debe adoptar medidas dirigidas a reducir la sobreocupación de los centros de internación de menores y a prevenir y reducir la violencia entre los internos. Además, el Estado parte debe revisar la eficacia de los programas de prevención de suicidios que se siguen en estos centros, y recopilar datos detallados al respecto.

Frente a la citada obligación de garantía de los Estados parte, las muertes en custodia son un antecedente grave en la determinación de posibles conductas de tortura y preocupan al Comité. En este sentido, es elemental la observación 34.

34. El Comité observa con preocupación el número de muertes en custodia que, conforme a los datos facilitados por el Estado parte, ascendió a un total de 1.262 casos entre 2010 y junio de 2018, y lamenta no haber recibido datos estadísticos completos desglosados por lugar de reclusión, sexo, edad y origen étnico o nacionalidad del fallecido y causa del deceso.

Además, preocupa al Comité que, según la información proporciona-

da por la delegación, entre enero de 2013 y mayo de 2018 se produjeron 273 muertes como consecuencia de riñas entre reclusos. Y que, entre enero de 2014 y junio de 2018, se registraron 62 suicidios en las cárceles chilenas. El Estado parte tampoco ha facilitado información sobre los resultados de las investigaciones de esas muertes ni sobre las medidas concretas adoptadas para evitar que se produzcan casos similares en el futuro, más allá de la existencia de programas de prevención de suicidios y reducción de violencia carcelaria. Por otra parte, el Comité toma nota de la información proporcionada por el Estado parte sobre el enjuiciamiento de ocho gendarmes por el incendio ocurrido en el Centro de Detención Preventiva de San Miguel, en Santiago, el 8 de diciembre de 2010 en el que fallecieron 81 internos y otros 13 resultaron heridos. Todos los acusados fueron absueltos mediante sentencia firme y, según los informes de los que dispone el Comité, los familiares de las víctimas aún no habrían recibido ningún tipo de reparación. El Comité lamenta también no haber recibido información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte a fin de evitar este tipo de incidentes en el futuro. Finalmente, el Comité toma nota de la información facilitada por la delegación sobre a la muerte de Rodrigo Eduardo Donoso Jiménez por un disparo en la cabeza durante un intento de fuga en el C.D.P. de Talagante el 29 de enero de 2012, según la cual se sobreseyó el procedimiento disciplinario abierto contra el personal de servicio y en septiembre de 2012 se dictó el archivo provisional de la causa (artículos 2, 11 y 16).

Las situaciones detalladas por el Comité relacionadas con muertes de reclusos podrían de alguna manera relacionarse con castigos o derechamente delitos de violencia institucional, frente a lo que el mismo Comité pone la alerta y demanda del Estado de Chile más medidas de prevención que las actuales.

35. El Comité urge al Estado parte a:

a) Asegurar que todos los casos de muerte durante la privación de libertad sean investigados con prontitud y de forma imparcial por un órgano independiente, teniendo debidamente en cuenta el Protocolo de Minnesota sobre la investigación de muertes potencialmente ilícitas (2016);

b) Potenciar las medidas para prevenir y reducir la violencia entre reclusos, en particular mediante la institución de estrategias adecuadas de prevención que permitan vigilar y documentar los incidentes de este tipo con miras a investigar todas las denuncias y velar por que todos los responsables rindan cuentas;

c) Investigar cualquier posible responsabilidad de los funcionarios de prisiones de la Gendarmería, y cuando corresponda, castigar debidamente a los culpables y proporcionar una reparación adecuada a los familiares;

d) Garantizar la seguridad en el interior de las cárceles mediante la adecuada formación de los funcionarios de prisiones de la Gendarmería;

e) Revisar la eficacia de las estrategias y programas de prevención y detección de personas privadas de libertad en riesgo de cometer suicidio. Y, recopilar y facilitar datos detallados al respecto.

Especial atención merece las muertes de niños, niñas o adolescentes y las denuncias de tortura, malos tratos y abuso sexual en los centros residenciales de protección de la red del Servicio Nacional de Menores (Sename).[29] También los casos de diversos delitos de violencia institucional recogidos por la Defensoría de la Niñez en su informe del año 2019, a propósito de los hechos relacionados con el estallido social.[30]

36. El Comité expresa su profunda preocupación ante el número de muertes de niños, niñas y adolescentes registradas en la red de centros residenciales del Servicio Nacional de Menores (Sename) y sus organismos colaboradores durante el periodo objeto de examen.

Conforme a la información proporcionada por el Estado parte, 256 menores fallecieron entre enero de 2005 y junio de 2016 en centros administrados directamente por el Sename y otros centros residenciales subvencionados por este ente y gestionados por organismos colaboradores acreditados. Si bien toma nota de las explicaciones proporcionadas por el Estado parte sobre las investigaciones en curso, el Comité lamenta no haber recibido datos desglosados por lugar de internamiento, sexo, edad y origen étnico o nacionalidad de los menores fallecidos, ni sobre las presuntas causas de estas muertes. También es motivo de seria preocupación los informes relativos a actos de tortura, malos tratos y abusos sexuales a menores internados por parte del personal, incluido el personal médico, de los centros, así como los altos índices de violencia entre menores internados que se registran en estas instituciones. En este sentido, el Comité saluda la reciente decisión del Estado parte de hacer público el informe de la investigación realizada por Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de los niños, niñas y adolescentes

29 Disponible en https://bit.ly/3I6dqVP.
30 Disponible en https://bit.ly/3a2zd4m.

internados en centros residenciales en Chile, en virtud del artículo 13 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (CRC/C/CHL/INQ/1) (artículos 2, 4, 12 a 14 y 16).

En cuanto a estas recomendaciones se aprecia que Gendarmería de Chile crea el año 2012 la Unidad de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, dependiente de la Subdirección Técnica, mediante la Resolución Exenta número 5712 del 11 de junio. Su objetivo es asesorar en la planificación y desarrollo de las políticas y planes en materia de respeto, protección y promoción de los derechos humanos y en la aplicación de los instrumentos internacionales en dicha materia, tanto para la población penalizada como para los funcionarios penitenciarios. Esta Unidad en el ejercicio de sus funciones publicó el Manual de Derechos Humanos en la función penitenciaria, en el que se destaca la prohibición total y absoluta de la tortura en los privados de libertad.[31]

La misma Unidad es la encargada de dar seguimiento a los casos de vulneraciones a los derechos humanos de las personas privadas de libertad. Asimismo, el Ministerio Público tiene el deber de investigar los hechos que revistan carácter de delito de violencia institucional que se hubieren cometido en el contexto carcelario. Acerca de las facultades jurisdiccionales para la prevención de la tortura y otros delitos de violencia institucional de las personas privadas de libertad se profundiza en el capítulo 5.

Prevención de la tortura en contexto del proceso penal

En el caso de interrogatorios, el Comité formula la observación de que no se garantiza la grabación audiovisual de los interrogatorios que se realicen a las personas privadas de libertad, el almacenamiento de esas grabaciones en un lugar seguro y bajo el control de los órganos de vigilancia, y que estas estén a disposición de los investigadores, los detenidos y los abogados.

En cuanto a las confesiones obtenidas mediante coacción, el Comité lamenta que el Estado parte no haya proporcionado información sobre las decisiones adoptadas por los tribunales de rechazar como prueba las confesiones obtenidas bajo tortura. Insta al estado de Chile a «ampliar

31 Disponible en https://bit.ly/3OcBRSR.

los programas de formación profesional dirigidos a jueces y fiscales, a fin de que sean capaces de detectar e investigar eficazmente todas las denuncias de tortura y malos tratos, y en particular fortalecer su capacidad institucional que les permita desestimar declaraciones obtenidas bajo tortura».

En relación con la brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza, el Comité expresa su preocupación por los numerosos episodios de brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad contra manifestantes ocurridos durante el período objeto de examen.[32]

Uno de los supuestos que preocupa en la actuación de funcionarios que investigan, por la posible facilidad y frecuencia en su producción, es el obtener confesiones mediante coacción. Al respecto, se ha de tener presente la observación 20 y la 21 del Comité.

> 20. Si bien toma nota de las disposiciones del Código Procesal Penal relativas a la inadmisibilidad de los elementos de prueba obtenidos con inobservancia de garantías fundamentales, el Comité lamenta que el Estado parte no haya proporcionado información sobre las decisiones adoptadas por los tribunales chilenos de rechazar como prueba las confesiones obtenidas bajo tortura. Respecto de este tipo de situaciones, es motivo de especial preocupación el caso de José Peralino Huinca, condenado junto a otras dos personas, todos ellos miembros del pueblo mapuche, por la muerte en 2013 del matrimonio Luchsinger Mackay y que habría denunciado haber sido sometido a torturas con el fin de obligarlo a confesar (artículo 15).
>
> 21. El Estado parte debe adoptar medidas efectivas que aseguren en la práctica la inadmisibilidad de las confesiones o declaraciones obtenidas mediante tortura o malos tratos, salvo cuando se invoquen contra una persona acusada de tortura como prueba de que se hizo la declaración. También debe ampliar los programas de formación profesional dirigidos a jueces y fiscales, a fin de que sean capaces de detectar e investigar eficazmente todas las denuncias de tortura y malos tratos, y en particular fortalecer su capacidad institucional que les permita desestimar declaraciones obtenidas bajo tortura.

También es relevante el ejercicio de fuerza por funcionarios policia-

32 CAT, «Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile», disponible en https://bit.ly/3nsax8a.

les, sin perjuicio de revisar luego de modo particular el uso legítimo de la fuerza. Respecto de conductas que pueden configurar torturas, interesa la observación 22.

> 22. El Comité expresa su preocupación por los numerosos episodios de brutalidad policial y uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas de seguridad contra manifestantes ocurridos durante el periodo objeto de examen. También son motivo de preocupación las informaciones coincidentes en las que se denuncian malos tratos a manifestantes detenidos, abusos policiales a miembros del pueblo mapuche en el marco de allanamientos o redadas en sus comunidades y actos de violencia sexual policial contra mujeres y niñas durante protestas estudiantiles. Conforme a los datos incluidos por el Estado parte en su informe periódico, desde 2010 hasta mediados de 2015 se investigaron 732 casos de presunto uso excesivo de la fuerza por parte de Carabineros de Chile, de los que 392 fueron derivados a la justicia y 137 castigados disciplinariamente. Y, según la información adicional facilitada por la delegación, en 2017 se impusieron sanciones disciplinarias a 34 funcionarios de esta institución, mientras que otros 20 casos están siendo tramitados. Por su parte, la Policía de Investigaciones instruyó 36 actos administrativos desde 2010 (27 sumarios administrativos y 9 investigaciones sumarias).

Al respecto, el Comité lamenta no haber recibido información completa y observa que, si bien el Estado parte indica que las indagaciones administrativas efectuadas por violencia policial han dado lugar a denuncias, no se ha facilitado información relativa al número de enjuiciamientos, sentencias dictadas y sanciones penales y/o disciplinarias impuestas por cargos de uso excesivo de la fuerza en el periodo al que se refiere el informe. También preocupa al Comité que las denuncias por violencia policial sigan remitiéndose para su investigación preliminar a unidades que pertenecen a la misma institución para la que trabajan los presuntos autores. Por último, el Comité toma nota de la sucinta información facilitada por el Estado parte sobre la investigación y posterior enjuiciamiento por la justicia militar de las muertes de José Facundo Mendoza Collio y Manuel Gutiérrez (artículos 2, 12, 13 y 16).

Es relevante puntualizar que estas recomendaciones son del período anterior al año 2019 por lo que no comprenden los casos de uso excesivo de la fuerza o derechamente delitos de violencia institucional que están siendo actualmente investigados por el Ministerio Público y que se de-

sarrollaron en el contexto del estallido social. Según las cifras entregadas por el Ministerio Público a Amnistía Internacional al 31 de marzo de 2020, la cifra reportada era de 8.581 casos asociados a violencia institucional en dicho contexto (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, 2020: 50).

El Comité también indica recomendaciones a modo de actuaciones que Chile ha de seguir. Así, interesa la determinación 23.

> 23. El Estado parte debe:
> a) Velar por que se lleven a cabo investigaciones prontas, imparciales y efectivas de todas las denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza por agentes de las fuerzas del orden y seguridad pública, asegurarse de que se enjuicie a los presuntos autores, y que, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se indemnice adecuadamente a las víctimas;
> b) Velar por que un organismo independiente investigue de manera pronta e imparcial todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos policiales, que no haya relación institucional o jerárquica entre los investigadores de ese órgano y los presuntos autores de los hechos;
> c) Redoblar sus esfuerzos por impartir capacitación de forma sistemática a todos los agentes del orden sobre el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones, teniendo debidamente en cuenta los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;
> d) Recopilar información detallada sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en los casos de uso excesivo de la fuerza y brutalidad policial.

Se retomará este tópico en el rol de los jueces penales, en especial de garantía, en cuanto se analizan las posibilidades de cautelar el proceso a este respecto.

Es relevante establecer en el ejercicio de la judicatura un control judicial sobre las actuaciones en el proceso penal, a efectos de cumplir un rol activo en la prevención de la tortura y otros delitos de violencia institucional. En ese sentido se mencionan los principales aspectos en los que se puede ejercer.[33]

33 Este punto se desarrolla más extensamente en el Material docente para jueces en materia de uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir

Dentro de la investigación

En el marco de una investigación, antes de la relación del juez con el imputado, esté o no privado de libertad, la tutela de garantías y derechos fundamentales es especialmente fuerte. Interesa sobre todo respecto del sujeto a quien se dirige una investigación formalizada o no.

La presunción de inocencia y la libertad son clave. Su restricción está sujeta a exigencias legales particulares; principalmente vinculada con el control de identidad y los límites de las detenciones legales. En este último sentido interesan la concurrencia de algún delito flagrante.

A este respecto, son especialmente interesantes las consideraciones de actuaciones de la fuerza pública sin orden judicial. La Corte Suprema ha puesto atención a cierta autonomía de la policía con las exigencias del artículo 80 del CPP con relación al artículo 85. Así, la sentencia de la Corte Suprema de 17 de marzo de 2015 (rol: 1857-2015) admite en varios pronunciamientos que «el Código Procesal Penal regula las funciones de la policía en relación con la investigación de hechos punibles y le entrega un cierto nivel de autonomía para desarrollar actuaciones que tiendan al éxito de la investigación. Tal regulación, en todo caso, contempla como regla general que su actuación se encuentra sujeta a la dirección y responsabilidad de los representantes del Ministerio Público o de los jueces (artículo 80)».

El rol de la judicatura como garante de los derechos de los imputados y de los demás intervinientes en el proceso penal es especialmente relevante en la prevención de la tortura y otros delitos del sistema de violencia institucional. Es quien podría alertar acerca de la ocurrencia de hechos que atenten contra los imputados.

Derechos del imputado adulto y adolescente privado de libertad

Más allá de la prohibición total de torturas y apremios con relación al imputado adulto en libertad, es importante revisar los derechos ante un control de identidad que reconoce el artículo 86 del Código Procesal Penal (CPP), para luego exponer los derechos y garantías que puede

---

la ley. Acá se señala en cuanto dice relación con las recomendaciones del Comité. De todas formas, se presenta un resumen de los principales tópicos respecto al tema.

hacer valer durante todo el proceso hasta su término establecidos en el artículo 93 CPP.

> Art. 86. Derechos de la persona sujeta a control de identidad. En cualquier caso, que hubiere sido necesario conducir a la unidad policial a la persona cuya identidad se tratare de averiguar en virtud del artículo precedente, el funcionario que practicare el traslado deberá informarle verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial. El afectado no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas.

Durante el proceso se han de tener presente garantías y derechos específicos, principalmente las contempladas en el artículo 93 CPP. Todo este proceso puede y debe ser controlado por el juez de garantía a efectos de que se cumplan los derechos allí establecidos. Veremos las garantías y derechos de los imputados privados de libertad, con distinción entre adultos y adolescentes desde la defensa.

En caso de imputado adolescente en libertad, este tiene derecho a que un abogado especializado en defensa penal de NNA asuma su representación legal. Solo puede ser detenido en caso de delito flagrante o si hay evidencias que lo inculpan. En caso de persecución, la policía podrá ingresar a lugares cerrados, registrarlos, incautar objetos o documentos y examinar sus pertenencias o vestimentas, siempre que el tribunal lo autorice.

Por su parte, se contempla garantías y derechos específicos para los imputados privados de libertad, además de las generales presentadas durante todo el proceso. Si es adulto, el artículo 102 CPP admite que el imputado pueda defenderse personalmente. El tribunal lo autorizará únicamente si no perjudica la eficacia de la defensa. Si lo hace, el tribunal designará un defensor letrado. Igualmente, el imputado adulto conserva su derecho a formular alegaciones y planteamientos según el artículo 8 CPP.

Garantías para imputados adultos privados de libertad están en el artículo 94 CPP y comienzan con indicaciones desde la detención por flagrancia con la comunicación del motivo de la intervención.

Es importante tener en cuenta las obligaciones de registro y de cumplimiento de derechos por parte de los tribunales, fiscales y policías, antes de revisar los derechos de los abogados. El artículo 97 CPP dispone

la constancia en los registros respectivos conforme el avance del procedimiento del cumplimiento de los derechos y garantías del imputado.

Los adolescentes privados de libertad gozan de todos los derechos establecidos en los artículos 93 y 94 CPP, además de los derechos contemplados en la Ley 20.084 y los artículos 34 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño.

Según la concreción de las reglas en el Manual de procedimiento, el adolescente debe permanecer separado de las personas adultas; solo puede ser registrado de modo superficial por un funcionario del mismo sexo con prohibición de desnudarlo.

Es clave el derecho a guardar silencio y a no firmar la declaración del hecho, con el derecho a requerir la presencia de un abogado de la Defensoría Penal Pública o de un abogado particular de su confianza. Tiene derecho a que se comunique su detención a un familiar o persona de confianza.

Tiene derecho a que la policía informe la detención a un fiscal del Ministerio Público en un plazo máximo de 12 horas. El fiscal tendrá 24 horas para solicitar a las policías su liberación inmediata o su traslado ante el juez de garantía para evaluar la legalidad de la detención.

Si son condenados a privación de libertad tienen derecho a ser internados en centros especiales. La resocialización es básica, con un conjunto de garantías, como acceso a educación y programas de rehabilitación antidrogas y alcohol.

La Ley de Responsabilidad Penal Adolescente contempla un estatuto de sanciones diferente a la de adultos que incluye como sanción máxima la internación en régimen cerrado por diez años en los casos más graves. Existe también la internación en régimen semicerrado, libertad asistida, libertad asistida especial, trabajos comunitarios, multas y amonestaciones.

Una vez sancionado, el joven tiene derecho a pedir el término o cambio de una pena privativa de libertad por una que pueda cumplir en libertad para favorecer su reinserción social.

En el resguardo de los imputados privados de libertad el rol del juez no solo aparece al distinguir situaciones de violencia lícita de la ilícita, con las sanciones respectivas. Los jueces han de asumir una tarea activa ante el resguardo de la integridad y vida de los privados de libertad, como la constatación de lesiones, que resulta del mayor interés cuando el sujeto es menor de edad.

El rol de la judicatura: la audiencia de control de detención

Es la más relevante de las instancias para que la judicatura controle el uso de la fuerza sobre los detenidos. Se verá que lamentablemente no hay una conducción única ni protocolo homogéneo para tratar las situaciones en las que hay indicios de uso de la fuerza excesiva sobre los detenidos.

Se observa que los jueces de garantía tienen distintas reacciones frente a la posibilidad de uso de la fuerza desproporcionado o ilegal, desde quienes obligan al Ministerio Público a abrir una investigación hasta quienes asumen un rol pasivo y siguen adelante con la audiencia de control, sin justamente controlar un elemento fundamental de la legalidad de la misma ligada a que el uso de la fuerza sea dentro de los márgenes legales, sin afectación a los derechos fundamentales de los imputados más allá de los que se limitan por el propio hecho de la detención (Ortiz, 2021: 97).

Luego de revisar en el punto anterior algunos de estos supuestos de uso ilegítimo de la fuerza pública, ahora procede destacar los derechos que restringen y guían el ejercicio de la fuerza como pauta en el control y consecuente delimitación de la clase de fuerza empleada en concreto.

El amparo ante el juez de garantía

El artículo 95 del Código Procesal Penal regula esta acción cuya novedad es ser un amparo, pero de orden legal, no constitucional. Esta norma otorga un derecho a todas las personas privadas de libertad para solicitar ser conducida en forma inmediata ante un juez de garantía. Los objetivos de esta son:

Que el juez de garantía examine la legalidad de la privación de libertad o examine las condiciones en que se encontrare la persona privada de libertad, constituyéndose si fuere necesario, en el lugar donde ella se estuviese. Practicada alguna de las diligencias señaladas en la acción, el juez de garantía podrá ordenar la libertad del afectado o bien adoptar las medidas que fueren procedentes de acuerdo con el caso en concreto.

El artículo señalado indica que la acción puede ser solicitada por el abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre, los que podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o el del lugar donde aquella se encontrare. En la práctica y en lugares como la Región Metropolitana es casi imposible por

ejemplo para un familiar de una persona detenida llegar a comunicarse con el juez de garantía de turno y ejercer dicha acción.

Todo lo dicho es aplicable solo cuando la privación de libertad no es consecuencia de una resolución judicial, en esos casos solo es procedente ejercer los recursos procesales que correspondan o la acción constitucional de amparo del artículo 21 de la actual Constitución Política de la República de Chile (Ríos, 2018).

Como conclusión, esta acción legal es escasamente utilizada porque las detenciones son controladas vía audiencia de control de la detención en un plazo acotado de 24 horas, lo que no da lugar al uso de esta acción legal masivamente. Igualmente, si se facilitara el acceso público a esta acción, es decir, fuera de fácil acceso la información acerca de que juez está de turno en cada jurisdicción y la forma de comunicarse con este, probablemente esta herramienta podría tornarse en útil para controlar el uso de la fuerza y las condiciones en las que se encuentran las personas privadas de libertad.

Mecanismo nacional contra la tortura

En cuanto a la creación e instalación del Mecanismo nacional de prevención de la tortura, el Comité lamenta que el Estado parte todavía no cuente con un organismo de este tipo, a pesar de haber ratificado dicho instrumento en 2008, lo que a la fecha ya se encuentra solucionado.

El Comité señaló que «si bien toma conocimiento de la tramitación en curso del proyecto de ley (Boletín número 11245-17) por el que se designa al Instituto Nacional de Derechos Humanos como mecanismo nacional de prevención de la tortura conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Protocolo facultativo de la Convención, el Comité lamenta que el Estado parte todavía no cuente con un organismo de este tipo, a pesar de haber ratificado dicho instrumento en 2008 (artículo 2)».

En este sentido en las recomendaciones se señala que:

> 7. El Comité urge al Estado parte a que establezca o designe un mecanismo nacional de prevención de la tortura en cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas. En este sentido, el Comité señala a la atención del Estado parte las Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención desarrolladas por el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT/OP/12/5), conforme a las cuales los Estados par-

> tes deben, *inter alia*, dotar a sus respectivos mecanismos nacionales de prevención de los recursos suficientes para desempeñar su labor con eficacia, garantizar su total autonomía financiera y funcional en el ejercicio de sus funciones, y asegurar la imparcialidad e independencia de sus miembros.

El 25 de abril de 2019 se publicó en el Diario Oficial la Ley 21.154 que dio cumplimiento a la obligación pendiente del Estado de Chile de contar con un mecanismo nacional. La Ley designó al Instituto Nacional de Derechos Humanos como el Mecanismo nacional de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (MNPT) esto de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, promulgado por el decreto supremo número 340, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores. El INDH actuará a través del Comité de Prevención de la Tortura, según señala la ley en el artículo 1 inciso segundo.

La norma tiene como objetivo establecer en Chile un mecanismo efectivo de prevención y protección frente a situaciones de tortura, de aplicación en lugares o situaciones en las que se pudieran encontrar personas privadas de su libertad, reservadas a la vigilancia del Estado o en un contexto favorable a la comisión de este grave ilícito.

La obligación, en concreto, de la instalación del mecanismo se deriva de la aprobación del Protocolo facultativo a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura por parte del Estado de Chile, que se publicó en 2009. Dicho instrumento exigía que a más tardar un año después de su entrada en vigor se debía instalar un mecanismo como el que hoy se regula en esta nueva ley. El cumplimiento de este se realizó diez años después de asumir dicha obligación.

La designación de radicación del Mecanismo nacional de prevención contra la tortura en el INDH cumple con los requisitos establecidos en los Principios de París sobre el estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos. Entre las principales funciones que desarrollará el Mecanismo están las de examinar periódicamente las condiciones de las personas privadas de libertad y el trato que reciben, así como realizar visitas periódicas preventivas no programadas y de monitoreo a los lugares de privación de libertad. También podrá realizar recomendaciones a las autoridades competentes

del servicio responsable del lugar de privación de libertad, o al representante legal de las personas jurídicas de derecho privado.

Está integrado por un comité de expertos/as, el que forma con siete miembros elegidos/as por el consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos y seleccionados/as por concurso público, efectuado por el Sistema de Alta Dirección Pública del Servicio Civil.

Para el cumplimiento de sus funciones la Ley establece el deber de colaboración de las autoridades competentes del Estado con el mecanismo. También las autoridades de las instituciones aludidas por el mecanismo deberán considerar las recomendaciones e informes elaborados por el Comité, entablando un diálogo acerca de las posibles medidas de aplicación.

Las funciones se establecen en el artículo tercero y son las siguientes:[34]

> a) Examinar periódicamente las condiciones de las personas privadas de libertad y el trato que reciben.
>
> b) Realizar visitas periódicas preventivas no programadas y de monitoreo a los lugares de privación de libertad que determine libremente. Lo anterior es sin perjuicio de las atribuciones propias del Instituto Nacional de Derechos Humanos. Para ello contará con acceso inmediato a tales lugares y a sus instalaciones y servicios, sin expresión de causa ni notificación previa, con el fin de desempeñar las funciones que esta ley le otorga.
>
> c) Realizar visitas ad hoc, sin previo aviso, ante denuncias específicas de hechos que pudieran constituir tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o ante denuncia por represalias que pudieren sufrir las personas privadas de libertad como consecuencia de las visitas realizadas. Lo anterior, con el objeto de adoptar las medidas pertinentes que señala esta ley.
>
> d) Reunirse con las personas que se encuentren en el lugar objeto de su visita y efectuar las entrevistas personales o grupales que estime pertinente, en condiciones que garanticen la confidencialidad, sin supervisión del personal que se desempeñe en el lugar, y con la asistencia de un intérprete o facilitador intercultural, en caso de ser necesario. Asimismo, entrevistarse en las mismas condiciones con el personal que desempeña sus funciones en el lugar de privación de libertad y con todas aquellas personas que considere pertinente para obtener información que coadyuve al cumplimiento de su mandato.

34 Disponible en https://bit.ly/3yyTgRq.

e) Requerir durante la visita a los lugares de privación de libertad, y en cumplimiento de su mandato, información relativa al número de personas privadas de libertad, a la ficha clínica de las personas privadas de libertad previo consentimiento de estas o sin él cuando se trate de personas que estén impedidas de otorgarlo, y a todas las condiciones asociadas a la privación de libertad para lo cual podrá acceder a documentos, fotografías, registros de las cámaras de video, entre otras, que obren en poder del personal de los lugares de privación de libertad.

f) Solicitar a las autoridades correspondientes toda la información necesaria para el cumplimiento de su mandato, tales como antecedentes relativos a lugares de privación de libertad, su localización, cifras de arrestos o detenciones y de personas privadas de libertad, y otras que digan relación con materias de su competencia. Las autoridades requeridas deberán dar respuesta a dichas solicitudes en el plazo de veinte días hábiles.

g) Realizar las recomendaciones pertinentes a las autoridades competentes del servicio responsable del lugar de privación de libertad, o al representante legal de las personas jurídicas de derecho privado, según corresponda.

h) Mantener contacto y colaborar con el Subcomité para la prevención de la Tortura, y con los mecanismos nacionales de prevención de la tortura que establezcan los Estados Parte del Protocolo facultativo.

i) Proponer al Consejo del Instituto modificaciones legales o reglamentarias en materia de tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes con el fin de adecuar la normativa existente a los estándares internacionales en la materia, para que sean sometidas a la consideración del presidente de la República por medio del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

j) Informar en el ámbito de sus competencias técnicas cuando sea requerido por cualquier órgano del Estado.

k) Confeccionar un informe anual y de carácter público que contenga el trabajo realizado por el Comité de Prevención contra la Tortura y las recomendaciones específicas destinadas a prevenir y erradicar la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El referido informe deberá ser aprobado por los dos tercios de los miembros del Comité y podrá ser remitido al Instituto Nacional de Derechos Humanos, a la Organización de las Naciones Unidas, a la Organización de Estados Americanos y a las instituciones vinculadas a la defensa y promoción de los derechos humanos.

l) Realizar a través del Instituto acciones de capacitación, información y sensibilización en materia de prevención de la tortura y otros tratos

o penas crueles, inhumanos o degradantes, a las entidades públicas y privadas que cumplan tareas en el tratamiento de personas privadas de libertad, tales como funcionarios de Gendarmería de Chile, Servicio Nacional de Menores, hospitales psiquiátricos, Poder Judicial, Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, entre otros.

m) Proponer al Instituto la celebración de convenios de colaboración y cooperación con organismos públicos y privados nacionales o internacionales.

n) Entregar semestralmente al Consejo del Instituto un reporte sistematizado de su gestión y funcionamiento, con el fin de dar cuenta del trabajo realizado en el cumplimiento de su mandato de prevención contra la tortura.

El cumplimiento de la colaboración de las instituciones del Estado con el Comité esta resguardado por la sanción administrativa a la que pueden ser sometidos quienes no cumplan con la obligación legal de colaboración.

El artículo 10 de la Ley establece una excepción de denuncia para los miembros del Comité. En este sentido en el desarrollo de sus visitas preventivas y con el propósito de resguardar los fines del organismo, los expertos y su personal de apoyo no estarán obligados a denunciar los crímenes o simples delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

La contra excepción está en el mismo artículo en donde se indica que los expertos y el personal de apoyo deberán denunciar ante el Ministerio Público aquellos hechos que revistan riesgo vital para las personas privadas de libertad o sean víctimas de algunos de los actos definidos como tortura en la letra a) del artículo 2, sin perjuicio de remitir los antecedentes al Instituto Nacional de Derechos Humanos para el ejercicio de la atribución contemplada en el número 5 del artículo 3 de la ley 20.405, es decir para que el INDH deduzca querella.

Los miembros del Comité tienen un deber de reserva de la información según la cual pesa sobre ellos la prohibición de hacer públicos datos personales sin el consentimiento expreso de la persona interesada. El artículo 11 de la Ley señala que la infracción a la obligación de reserva dará lugar a una negligencia manifiesta e inexcusable de sus funciones de acuerdo con lo señalado en el artículo 5.

Una consideración relevante y distinta respecto del trabajo del Comité es que sus labores se distinguen de las de otros organismos nacionales

de protección de derechos humanos, que operan con un enfoque reactivo, orientado en la denuncia y judicialización de los casos de vulneraciones de derechos humanos. El Comité tiene un enfoque preventivo y de mirada sistémica. Ello supone abordar las causas y factores de riesgo que contribuyen al maltrato y la tortura en los lugares de privación de libertad, y su prevención (MNPT, 2020: 27).[35]

A estos efectos debe coordinarse con los demás organismos, en especial con el INDH, con quienes se diferencian fundamentalmente en que el objetivo primordial del Comité es la prevención y los del INDH están centrados en la protección y promoción (Couso, 2020: 3).

Las visitas preventivas del Comité, principal insumo para el cumplimiento de sus funciones preventivas, las pueden realizar en los siguientes recintos sin que sea exhaustiva la lista que se presenta a continuación:

- Estaciones de policía
- Estaciones de fuerzas de seguridad
- Instalaciones de detención preventiva
- Cárceles para individuos procesados y/o formalizados
- Prisiones para reclusos cumpliendo condena
- Centros de reclusión para adolescentes
- Centros de cuidado alternativo para lactantes, niños, niñas y adolescentes
- Secciones materno-infantiles con lactantes en cárceles de mujeres
- Internados o centros educacionales con NNA internas/ os
- Instituciones psiquiátricas o de salud mental (en adelante, SM), de atención residencial y cerrada
- Lugares de detención administrativa
- Hogares de atención social
- Residencias para personas mayores
- Centros de detención para migrantes y solicitantes de asilo
- Puestos fronterizos de control
- Zonas de tránsito en los aeropuertos internacionales

35 El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en la página 27 de su Informe Anual (2020) señala el concepto de «magistraturas de convencimiento», ya que el trabajo de los mecanismos de prevención basaría su éxito en el diálogo y no en la judicialización de los casos.

- Zona de Seguridad y Transición en los Tribunales de Justicia
- Medios de transporte donde existan personas detenidas.
- Cualquier otro recinto administrado por particulares que cumplan una función pública, donde existan personas privadas de libertad, y que opere con el consentimiento expreso o tácito del Estado (MNPT, 2020: 31).

En conclusión, con la designación del INDH como Mecanismo de prevención de la tortura en Chile, función que se realiza a través del Comité de prevención, Chile dio cumplimiento a una de las más sentidas recomendaciones: la instalación de un mecanismo de prevención de la tortura cuyo cumplimiento efectivo tardó 10 años. El primer informe de su gestión puede conocerse en su página web https://mnpt.cl en el que se detalla un análisis exhaustivo de sus funciones, visitas, metodología de trabajo y principales conclusiones respecto de los lugares de privación de libertad en Chile.

Reforma a la justicia militar y formación de personal encargado de hacer cumplir la Ley

En el ámbito de la reforma a la justicia militar señala que hay un cumplimiento parcial, y que falta restringir aún más la acción en Chile de dicha justicia especial. En ese sentido el Comité realizó la siguiente recomendación: Reforma del Sistema de Justicia Militar:

> 14. El Comité toma nota de la reforma en 2010 de la competencia de los tribunales militares mediante la aprobación de la Ley 20.477, y su posterior modificación en 2016 por la Ley 20.968, en la que se establece que, en ningún caso, los civiles y los menores de edad, que revistan calidad de víctimas o de imputados, estarán sujetos a la competencia de los tribunales militares. Sin embargo, como reconoce el Estado parte en su informe periódico, este cambio normativo abarca un aspecto parcial de las reformas que debe realizar el Estado en materia de justicia militar. En efecto, según los informes de que dispone el Comité, la reforma del fuero militar sigue siendo insuficiente al no haberse limitado la jurisdicción penal militar únicamente a «delitos de función cometidos por militares en servicio activo», tal y como dictó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia, de 22 de noviembre de 2005, en el caso *Palamara Iribarne con Chile*. También preocupan al Comité las informaciones en las que se indica que durante el primer año de vigencia de

> la Ley 20.968 se derivaron 12 denuncias de violencia policial presentadas por civiles a las Fiscalías Militares (artículos 2, 12 y 13).
>
> 15. El Comité insta al Estado a continuar la reforma del Sistema de Justicia Militar, de conformidad con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia *Palamara Iribarne con Chile*, a fin de excluir en todo caso la competencia de la jurisdicción militar para juzgar violaciones de derechos humanos y delitos contra civiles en los que haya personal militar involucrado.

A este respecto son relevantes las recomendaciones realizadas en el punto 41.

> 41. El Estado parte debe:
>
> a) Seguir elaborando programas obligatorios de formación continua para que todos los funcionarios públicos, en particular los agentes del orden, miembros de las fuerzas armadas, los funcionarios de prisiones, los agentes de frontera y el personal médico que trabaja en centros penitenciarios conozcan perfectamente las disposiciones de la Convención y sean plenamente conscientes de que no se tolerarán y se investigarán las vulneraciones de esas disposiciones, y de que se enjuiciará a los responsables y, de ser declarados culpables, se les impondrá una sanción adecuada;
>
> b) Velar por que todo el personal competente, incluido el personal médico, reciba formación específica que le permita detectar los casos de tortura y malos tratos de conformidad con el Protocolo de Estambul;
>
> c) Elaborar y aplicar una metodología para evaluar la eficacia de los programas de educación y formación sobre la Convención y el Protocolo de Estambul;
>
> d) Velar por que todos los miembros de las fuerzas del orden, jueces civiles y militares y fiscales reciban cursos obligatorios de formación en que se ponga de relieve la relación entre las técnicas de interrogatorio no coercitivas, la prohibición de la tortura y los malos tratos y la obligación de los órganos judiciales de invalidar las confesiones obtenidas bajo tortura.

Para el cumplimiento de dichas recomendaciones, las instituciones chilenas relacionadas con el cumplimiento de la ley, es decir Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería dentro de los recintos penitenciarios, han dictado protocolos de uso de la fuerza, modernizado los que se utilizaban anteriormente, han recibido visitas del Comité de Prevención (detalladas en su informe del año 2020) y han fortalecido

sus unidades o departamentos de derechos humanos a efectos de ceñirse fielmente a las obligaciones a este respecto.[36]

Excepciones procesales en los delitos terroristas de preocupación para el Comité

Preocupa al Comité la amplitud y vaguedad de la tipificación de los delitos de terrorismo contenida en la Ley 18.314. En este sentido realizó las siguientes recomendaciones en cuanto a la legislación antiterrorista nacional:

> 18. Si bien toma nota del contenido y estado actual del proyecto de ley de reforma de la ley antiterrorista (Boletín número 9692-07, refundido con el Boletín número 9669-07), el Comité expresa su preocupación por la amplitud y vaguedad de la tipificación de los delitos de terrorismo contenida en la Ley 18.314, de 16 de mayo de 1984, modificada en 2010 por la Ley 20.467 (en adelante, Ley Antiterrorista). Le preocupa además la limitación de salvaguardias fundamentales y garantías procesales que se contempla en dicha ley, como la posibilidad de ampliar hasta diez días los plazos para poner a los detenidos a disposición del juez o la detención preventiva prolongada de los acusados. Es por todo ello que suscitan especial inquietud los casos de aplicación abusiva de esta norma para procesar por terrorismo a activistas mapuches acusados de cometer acciones violentas con resultado de daños contra la propiedad privada. Al respecto, el Comité toma nota de la información proporcionada por la delegación sobre la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Norín Catrimán y otros con Chile,* de 24 de mayo de 2014, que dejó sin efecto ocho condenas por terrorismo dictadas por tribunales chilenos contra siete miembros del pueblo mapuche y una activista de los derechos de dicho pueblo, por hechos ocurridos entre 2001 y 2002 en las regiones de Biobío y la Araucanía (artículo 2).
>
> 19. El Comité insta al Estado parte a revisar y enmendar su legislación para garantizar que los actos de terrorismo estén definidos de manera precisa y estricta con una clara delimitación de los bienes jurídicos que se busca proteger, y que las personas privadas de libertad acusadas de actos terroristas tengan acceso a las salvaguardias básicas contra la tortura, entre ellas el derecho a comparecer sin demora ante un juez.

36 El detalle de los protocolos de uso de la fuerza se trata en el material docente específico de uso de la fuerza.

> Asimismo, el Estado parte debe abstenerse de aplicar la legislación antiterrorista a personas acusadas únicamente de atentados contra la propiedad cometidos en el marco de protestas en reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, en línea con las recomendaciones formuladas por otros mecanismos internacionales de derechos humanos.

Esta recomendación a la fecha no ha sido recogida legislativamente en Chile, pues no hay modificaciones legales que la sigan. Llama la atención que el Comité se refiera a delitos contra la propiedad, porque en la Ley 18.314 artículo segundo, no se mencionan delitos contra la propiedad, a menos que se considere a los incendios y estragos como tales.

Capítulo 3

Víctimas especialmente vulnerables ante la tortura u otros tratos crueles inhumanos o degradantes

En este apartado se tratará la situación especial de algunas potenciales víctimas de tortura u otros delitos de violencia institucional. Se hará una aproximación a las obligaciones internacionales y su aparente tensión con la legislación nacional y la práctica. Se verá cada una de las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se puede encontrar una víctima de estos delitos y sus particularidades.

Desde las bases internacionales y la legislación interna se evidencia un problema de relación. Existen contradicciones entre las obligaciones internacionales, específicamente sobre investigación diligente de graves violaciones de los derechos fundamentales, y la legislación, políticas públicas, jurisprudencia y práctica nacional (CEJIL: 6-7).

Como sostiene Hernández (2021: 514-515) es probable que las dificultades provengan de la falta de distinción de perspectivas de análisis.[1] Más que esta ausencia es fundamental rescatar su interacción, lineamientos dentro del contexto normativo interno para la actuación de los órganos del Estado, tanto al describir conductas delictivas como al enjuiciarlas y al determinar y ejecutar penas. Las normas y prácticas nacionales han de incorporar los «mínimos» desarrollados por el Sistema Interamericano a través de la jurisprudencia, como punto de partida para determinar la obligación del Estado en el cumplimiento del deber de investigar y sancionar.

Las actuaciones de los órganos judiciales internos pueden generar responsabilidad internacional del Estado. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recomendó al gobierno de Nicaragua crear un «mecanismo de investigación internacional sobre los hechos de violencia ocurridos», que ofrezca garantías de autonomía e independencia para asegurar el derecho a la verdad e identificar «debi-

1 Este autor observa una tensión entre ambas perspectivas. La advertencia de miradas distintas es relativamente clara, más compleja es la interacción entre ambas.

damente» a los responsables de las muertes en las protestas iniciadas el 18 de abril de 2018.

Importantes reconocimientos de la CIDH: que el Estado debe «iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que no se emprenda como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa» (Caso de la *Masacre de Pueblo Bello con Colombia*, Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C número 140, párrafo 143; Caso de la *Masacre de Mapiripán con Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C número 134, párrafo 219 y 223; y Caso de la *Comunidad Moiwana con Suriname*, excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C número 124, párrafo 145; Caso *Kawas Fernández con Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C número 196, párrafo 75; Caso *Ríos y otros con Venezuela*, supra nota 7, párrafo 283 y Caso *Perozo y otros con Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 28 de enero de 2009. Serie C número 195, párrafo 298).

La búsqueda efectiva corresponde al Estado y no depende de la iniciativa procesal de la víctima. La investigación judicial adecuada es fundamental para garantizar los derechos a la verdad, justicia y la reparación (CEJIL: 7).

La determinación de la verdad y la sanción de los responsables están vinculadas con la reparación en la misma investigación, según ha dicho la CIDH (caso *Anzualdo Castro con Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre 2009. Serie C número 202, párrafo 118).

El derecho a conocer la verdad de las familias se enmarca en el derecho de acceso a la justicia. La obligación de investigar se ha fundado como una forma de reparación de la violación del derecho a conocer la verdad. La dimensión individual del derecho es la reparación, que también tiene una dimensión colectiva (CEJIL: 17). Se suma el juzgamiento de los responsables. Destaca la unión del Derecho penal sustantivo y procesal para la defensa de los derechos fundamentales.

A partir de estas consideraciones, el juzgamiento requiere distinguir ilícitos penales sobre todo ante casos complejos. Hemos visto que los tipos penales demandan una delimitación y hemos revisado las exigencias típicas de las figuras que proceden ante las actuaciones de funcionarios que interesan. Sin embargo, la determinación del dolor o sufrimiento

grave en la tortura y en otras figuras de malos tratos y apremios tiene un componente individual que explica su especialidad frente a ciertas víctimas ya vulnerables, que repercute en la determinación de la conducta punible, en su cualidad y magnitud, sobre todo cuando es NNA.

También la hipótesis de tortura referida a comportamientos, métodos, «tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión» revelan un aspecto personal de la víctima que es 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.

Sabemos que la consideración especial de la víctima NNA 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 configura 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 con atención especial a las mujeres víctimas de violencia sexual, aun cuando la descripción de estos dolores sea general. Se hizo precisamente con vistas a la Convención de Belém do Pará. 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 torturas. Por las particularidades

de los supuestos, también se atenderá a víctimas migrantes, sobre todo ante las finalidades y la definición de torturas.

A continuación, se ve cómo lo dicho anteriormente se expresa en distintos grupos especialmente vulnerables de posibles víctimas.

Mujeres como sujetos pasivos de particulares formas de torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes: la violencia sexual como medio comisivo de la tortura

En este apartado se tratará acerca de la especial situación de las mujeres como víctimas de tortura u otros delitos de violencia institucional; las recomendaciones del Comité en particular respecto de mujeres y niñas y el tratamiento de ellas como sujetos pasivos de la conducta desde la dogmática.

Recomendaciones del Comité respecto de violencia sexual policial contra mujeres y niñas

Frente a la violencia sexual contra mujeres, especialmente si son niñas, el Comité contra la Tortura enseña falta de información sobre investigaciones de estos casos, específicamente referidos a actos de violencia sexual policial contra dichos grupos durante protestas estudiantiles ocurridos en el periodo de octubre de 2019 objeto de examen. Igualmente, el Comité toma nota de la existencia de un proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia (Boletín número 11077-17), así como de la información proporcionada por el Estado parte sobre los programas de formación y concienciación dirigidos a funcionarios en contacto directo con víctimas de violencia de género (artículos 2, 11 a 14 y 16):

> 25. El Estado parte debe:
>
> a) Velar por que todos los casos de violencia de género ejercida contra mujeres y niñas, especialmente en aquellos en los que haya habido acciones u omisiones de autoridades del Estado u otras entidades que den lugar a la responsabilidad internacional del Estado parte con arreglo a la Convención, sean investigados exhaustivamente, que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser condenados, sancionados debidamente, y que las víctimas obtengan reparación, incluida una indemnización adecuada;

b) Impartir formación obligatoria sobre el enjuiciamiento de la violencia de género a todos los funcionarios judiciales y de las fuerzas del orden, y seguir llevando a cabo campañas de sensibilización sobre todas las formas de violencia contra la mujer;

c) Velar por que las víctimas de violencia de género reciban atención médica, apoyo psicológico y la asistencia jurídica que necesiten;

d) Acelerar la tramitación parlamentaria del proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.

Específicamente con relación a la investigación, enjuiciamiento y sanción de actos de tortura y malos tratos, en estos casos el Comité observa el sobreseimiento sin fundar de muchas causas sobre tortura (punto 26).[2]

Mujeres: la violencia sexual como medio comisivo de la tortura

Antes de revisar las hipótesis referidas a violencia sexual contra mujeres es relevante examinar los aspectos fundamentales del sufrimiento sexual. Las conductas que implican ataques a mujeres por el hecho de serlo 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 12 como también con supuestos de 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 confundirse, 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

2 26. De acuerdo con la información proporcionada por la delegación, entre enero de 2009 y mayo de 2018 se abrieron 1.042 causas judiciales por actos de tortura o malos tratos, poniendo término a 599 de estas causas. Sin embargo, la información estadística disponible no permite conocer las razones concretas que motivaron el sobreseimiento de numerosas causas ni el sentido de las 46 sentencias dictadas desde 2014. Además, el Comité observa con preocupación que en ningún caso las penas de prisión impuestas a los autores excedieron los tres años (artículos 2, 12, 13 y 16).

clase de dolores deja de tener sentido ante la expresa exigencia de sufrimientos sexuales. En cambio, su inclusión se explica ante la cualidad de los bienes afectados, 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— son evidentes si 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 nuevo artículo 390 ter CP, está bastante identificada la violencia contra la mujer 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.

Veremos la relevancia de estas finalidades respecto de delitos sexuales en particular, aunque ellas tienen más interés aún en relación con figuras de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes por la necesidad de sufrimiento e intervención de un funcionario estatal. Pondremos especial atención a la razón de discriminación a partir de una sentencia de condena por tortura sexual a una víctima especialmente vulnerable, paciente del hospital psiquiátrico, y el contexto de la conducta de su agresor, un técnico paramédico funcionario del servicio de urgencia.

Frente al sufrimiento sexual son importantes también los motivos relativos a la orientación sexual y a la identidad de género, 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, según vimos en algunos casos citados.

Niños, niñas y adolescentes (NNA) como víctimas de tortura: sistema diferenciado como contracara del sistema diferenciado como responsables penales

Es importante tener presente las recomendaciones del Comité contra la Tortura de 2018, como guía para resolver supuestos complejos que se advierten respecto de la determinación de la conducta típica y la separación de diversos delitos especialmente cuando las víctimas son NNA.

De las recomendaciones al Estado de Chile por parte del Comité de 2018 respecto de NNA en custodia del Estado destacan las referidas a estos por la especial calidad de víctima ante la definición de conductas construidas sobre la base del sufrimiento, al igual que la otra hipótesis

que contempla la figura actual de torturas sobre la personalidad y capacidad de decisión de la víctima. El Comité insta al Estado parte a:

> a) Asegurar que todos los casos de muertes de niñas, niños y adolescentes internados en la red de centros residenciales del Sename y sus organismos colaboradores sean investigados con prontitud y de forma imparcial por un órgano independiente;
> b) Velar por que todas las denuncias de tortura, malos tratos y abusos sexuales a menores internados en estos centros sean investigadas de forma pronta, exhaustiva e imparcial. El Estado parte debe velar también por que los presuntos autores sean enjuiciados, y, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se otorgue una reparación adecuada a todas las víctimas;
> c) Tomar las medidas necesarias para que se subsanen las deficiencias que puedan existir en la administración, gestión y funcionamiento interno de los centros, y garantizar que este tipo de hechos no se repitan;
> d) Garantizar la correcta atención médica y sanitaria de los menores internados en centros residenciales, así como la adecuada capacitación de su personal médico;
> e) Asegurar la vigilancia periódica de todos los centros residenciales del Sename y sus organismos colaboradores, y la aplicación de las recomendaciones formuladas por el Comité de los Derechos del Niño en el marco de su investigación;
> f) Velar por que se atiendan las necesidades de los menores internados, garantizando que el personal de los centros residenciales cuente con una formación profesional adecuada para el desempeño de sus funciones.

Sistema diferenciado de aplicación de las normas penales a víctimas NNA como contracara del sistema diferenciado como responsables penales

A pesar de la referencia expresa a víctimas niños, niñas y adolescentes en los apremios y las vejaciones injustas, la atención se centrará en la manifestación más usual de torturas, el dolor o el sufrimiento grave, por su gravedad y posible indeterminación. Para revisar la dificultad de determinación diferenciada se señalan algunos casos guía en Chile. La descripción es relevante a la hora de establecer el sufrimiento propio de torturas con atención a las pautas normativas y subjetivas en semejantes supuestos.

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 siete adolescentes mujeres y seis 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 «tirarán al río» o «matarlos» si no hacen 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 informó de situaciones irregulares en los procedimientos de detención, tales como la no lectura de derechos; no permitir llamar a los padres o algún 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 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.[3]

La necesaria consideración de la víctima para definir los dolores se explica además con una noción de integridad moral o, mejor, de integridad personal, 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 362), 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 bis) sin las exigencias del abuso sexual. Además, hay delitos que solo 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 adultos, como el estupro (artículo 363) o las recientes figuras de maltrato (artículo 403 bis). Aparecen condiciones de incriminación más reducidas que relevan la mayor gravedad de las conductas dirigidas a esas víctimas.

---

3 Tipologías recogidas en el Informe de la Defensoría de la Niñez, Informe de 2019. Disponible en https://bit.ly/3a2zd4m.

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», 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, pueden revisarse algunos de los casos expuestos, especialmente el Caso *Bulacio con Argentina*.

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 años a quienes, como sabemos, se les admite una responsabilidad penal disminuida y distinta (específicamente con relación a la clase de sanciones penales, no solo 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 años.

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 decidor 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 346). 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 concepto del espacio aparece como una exigencia de atribución especial.

En síntesis, no sólo es fundamental contemplar 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, más allá de la separación entre niñas y niños y los adolescentes. Puede servir de guía los 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 edad. 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 relevante, incluso para proceder la eximente del estado de necesidad. 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 prohibición absoluta contemplada en el artículo 2 de la Convención contra la Tortura 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 artículo 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, para definir los dolores graves puede servir de guía 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. Este sería el límite máximo referido a delitos contra las personas cometidos con imprudencia temeraria. Otras figuras dolosas que afectan bienes distintos a los delitos de homicidio, violación, violación impropia, abuso sexual calificado, castración y lesiones graves gravísimas, parecen quedar abarcadas dentro de las torturas, como las amenazas.

Víctimas de la tercera edad y personas con discapacidad bajo custodia del Estado por diversas causas

Otras víctimas similares a los NNA son las personas adultas mayores y otras vulnerables con atención a su discapacidad. La relevancia tiene relación con la mayor gravedad de las conductas dirigidas contra víctimas más indefensas, pero no radica únicamente en la agravante. Su importancia tiene que ver también con la delimitación de conductas típicas, sobre todo con la determinación de la tortura y otros tratos crueles e inhumados basados en el sufrimiento y su configuración individual.

Específicamente con relación a estas víctimas, interesan las observaciones 38 y 39 que se presentan a continuación, para luego seguir con víctimas inmigrantes y completar un examen de víctimas especiales en el análisis de casos que siguen.

38. El Comité expresa su preocupación por las informaciones recibidas acerca del trato vejatorio, incluido el uso frecuente de medios de inmovilización y de la medicación forzosa, y agresiones sexuales que sufren las personas con discapacidad y de la tercera edad internadas en establecimientos residenciales. Por ello, lamenta no haber recibido información alguna sobre la investigación de estas denuncias (artículos 2, 12, 13 y 16).

39. El Comité insta al Estado parte a investigar las denuncias de malos tratos a personas con discapacidad y de la tercera edad internadas en instituciones residenciales, así como todos los casos de muertes repentinas acaecidas en estos centros.

Inmigrantes y solicitantes de asilo. Especial referencia al principio de no devolución

Con atención al principio de no devolución, se rescatan también algunas observaciones y recomendaciones.

2. El Comité considera que el plazo de 24 horas, contado desde el momento de la notificación, que establece el Decreto Ley 1.094, de 14 de julio de 1975, para la interposición de un recurso ante la Corte Suprema contra una decisión de expulsión es excesivamente breve. Al respecto, el Comité toma nota del proyecto de ley (Boletín 8970-06) de migración y extranjería, actualmente en tramitación, que ampliaría dicho plazo a 48 horas, trasladando la tramitación de los recursos a las Cortes de Apelaciones, en única instancia (artículo 3).

43. El Comité insta al Estado parte a adoptar las medidas legislativas y de otra índole necesarias a fin de:

a) Revisar la legislación vigente en materia de migración y extranjería, a fin de ampliar el plazo para la presentación de recursos contra las decisiones de expulsión;

b) Velar por que en la práctica ninguna persona pueda ser expulsada, devuelta o extraditada a otro Estado cuando existan razones fundadas para creer que correría el riesgo personal y previsible de ser sometida a tortura;

c) Garantizar que todas las personas que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción tengan acceso efectivo al procedimiento para determinar el estatuto de refugiado;

d) Velar por que existan salvaguardias procesales contra la devolución y recursos efectivos con respecto a las devoluciones en los procedimientos

de expulsión, incluido el examen por un órgano judicial independiente de las solicitudes rechazadas, en particular en la etapa de apelación.

Justamente durante la preparación de este material comenzó a regir la nueva ley de migración: Ley 21.345, específicamente con fecha 12 de febrero de 2022. Con ella si bien se amplía el plazo para la interposición de recursos, en otras materias establece la reconducción inmediata de quienes sean sorprendidos ingresando de forma ilegal. Esto de cierta manera podría tener como consecuencia nuevas recomendaciones en orden a que quien sea reconducido de manera inmediata, muy probablemente no tenga posibilidades de expresar el motivo de su ingreso, como por ejemplo analizar si tiene estatuto de refugiado, de víctima de trata de personas o de sujeto objeto de tráfico ilícito de migrantes.

La recomendación expresada en la letra b) podría repetirse debido a la práctica de las devoluciones inmediatas establecidas en la nueva ley. También la nueva normativa establece la posibilidad de retener a las personas extranjeras migrantes a la espera de sus expulsiones, lo que podría significar nuevos recintos con personas bajo custodia del Estado, altamente vulnerables y potenciales víctimas de delitos de violencia institucional.[4]

En este sentido, en el futuro podría ser relevante para el cumplimiento de las labores preventivas de la tortura las recomendaciones acerca del monitoreo de lugares de detención de inmigrantes, en el que se señala la importancia de la observación y visita a dichos establecimientos por las autoridades encargadas de la prevención debido a la especial situación de quienes ahí están recluidos.[5]

4 Disponible en https://bit.ly/3a8Rg92.

5 Asociación para la Prevención de la Tortura, Manual para el monitoreo de la detención migratoria, 2014. Disponible en https://bit.ly/3bvrfAQ.

Capítulo 4

Rol de los jueces de Juzgados de Garantía y de Tribunales de Juicio Oral en Lo Penal en el cumplimiento de la Convención y del Protocolo Facultativo

Según el artículo 12 de la Convención la investigación también debe ser «pronta e imparcial», pero no se detiene a definir estos términos. En cuanto a la prontitud, el Comité ha clarificado que, para cumplir esta obligación, los Estados deben iniciar inmediatamente una investigación cuando se presente una denuncia de tortura.[1] Para garantizar la imparcialidad de las investigaciones, estas no pueden ser realizadas por colegas de los y las funcionarias públicas acusadas de tortura. Por lo tanto, para llevarlas a cabo es importante establecer órganos independientes, separados de los organismos públicos encargados de velar por el cumplimiento de la ley o de otras autoridades.[2]

El Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Protocolo de Estambul).[3] constituye un buen punto de partida para investigar alegaciones de tortura y malos tratos. El Protocolo de Estambul ofrece directrices para documentar e investigar las alegaciones de tortura y malos tratos, así como para notificar estos hechos a los organismos de investigación o al poder judicial. El que ciertamente es una herramienta para los jueces en cuanto a su rol en el cumplimiento de la Convención y su Protocolo.

En este apartado se considera el rol de los jueces tanto como juzgadores de hechos que puedan revestir caracteres de delitos de torturas u

1 Folleto informativo número 17, Comité contra la Tortura, disponible en https://bit.ly/30cgXJ7.

2 Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000, disponible en https://bit.ly/3IOLCWz.

3 Disponible en https://bit.ly/3aMOOW1.

otros del sistema de violencia institucional, como el rol que el COT les ha asignado al establecer las visitas de cárcel. En ese sentido, se divide el capítulo en una primera parte dedicada al Protocolo de Estambul, en cuanto establece directrices de documentación e investigación de estos delitos; una segunda parte de derecho a la reparación de las víctimas de tortura y la última a las facultades judiciales de visita a las cárceles.

Investigación y juzgamiento de la tortura: especial referencia al Protocolo de Estambul

El Manual relativo a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes constituyen un instrumento adoptado por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo, de 4 de diciembre de 2000.[4] Este instrumento llamado Protocolo de Estambul es una guía que contiene las líneas básicas con estándares internacionales en derechos humanos para la valoración médica y psicológica de una persona que se presuma o haya sido víctima de tortura o algún mal trato. Por las características del fenómeno de la tortura su aplicación considera un enfoque completo que reconozca el contexto en el que ocurrieron los hechos, lo que implica una investigación con carácter psicosocial que demanda un abordaje único de cada caso.

El Protocolo de Estambul fue producto de un proceso de elaboración de más de 75 expertos que aportaron sus conocimientos y experiencia en la materia y que representaban a más de cuarenta organizaciones pertenecientes a quince países (Rosentreter, 2020: 29).

En Chile la tortura se puede constatar usando el Protocolo de Estambul desde diciembre de 2011 por resolución de la Dirección Nacional del Servicio Médico Legal, que establece que será el estándar para calificar el efecto de los malos tratos haciendo énfasis en los derechos humanos y los instrumentos que obligan a considerar esta metodología. Los fiscales y jueces lo pueden solicitar al Servicio Médico Legal desde enero de 2012 para constatar casos de tortura u otros de violencia institucional como forma de periciar estos delitos.

El Protocolo señala que entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se encuentran los siguientes:

4 Disponible en https://bit.ly/3aMOOW1.

a) Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;
b) Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;
c) Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación.

Se repite la necesidad de una investigación pronta y efectiva de las quejas o denuncias de torturas o malos tratos. Incluso cuando no exista denuncia expresa, de existir indicios de que puede haberse cometido un acto de tortura o malos tratos deberá iniciarse una investigación de oficio.

Una directriz relevante, que ha sido recogida en Chile en los instructivos del Ministerio Público,[5] es que los investigadores deberán ser independientes de los presuntos autores y del organismo al que estos pertenezcan, serán competentes e imparciales. Es decir, si el imputado pertenece a Carabineros, deberá investigar la PDI, y viceversa. También en el instructivo del Ministerio Público se recoge la prontitud y eficacia de la investigación.

El Protocolo establece que la autoridad investigadora tendrá poderes para obtener toda la información necesaria y estará obligada a hacerlo. Quienes realicen dicha investigación dispondrán de todos los recursos presupuestarios y técnicos necesarios para hacerlo en forma eficaz, y tendrán también facultades para obligar a los funcionarios presuntamente implicados en torturas o malos tratos a comparecer y prestar testimonio. Lo mismo regirá para los testigos. A tal fin, la autoridad investigadora podrá también ordenar la presentación de pruebas.

En Chile la investigación es dirigida por los fiscales del Ministerio Público, quienes pueden solicitar al Servicio Médico Legal que se realicen las pericias, según el Protocolo de Estambul, en un caso en concreto, pero el profesional que realice dicha pericia debe dirigirse al fiscal para compeler a otras instituciones a entregar información o para hacer con-

5 Instructivo General Fiscal Nacional número 618-2021, disponible en www.fiscaliadechile.cl.

currir a testigos o a imputados. No son delegables, por parte del fiscal, sus facultades al funcionario que realiza las diligencias, menos aún para, por ejemplo, compeler a alguien a asistir a un lugar a prestar declaración o a una institución a entregarla. En caso de negarse se debe solicitar la intervención de un juez de garantía.

En el manual se establece que las presuntas víctimas de torturas o malos tratos, los testigos y quienes realicen la investigación, así como sus familias, serán protegidos de actos o amenazas de violencia o de cualquier otra forma de intimidación que pueda surgir de resultas de la investigación. Los presuntos implicados en torturas o malos tratos serán apartados de todos los puestos que entrañen un control o poder directo o indirecto sobre los reclamantes, los testigos y sus familias, así como sobre quienes practiquen las investigaciones.

Esto en Chile se traduce en las medidas de protección que entregan las Unidades regionales de asistencia a víctimas y testigos. Los delitos de violencia institucional son de aquellos priorizados por dichos organismos a efectos de dar protección efectiva a víctimas y testigos de dichos hechos. En el mismo instructivo ya citado se regula la derivación de estas a las Unidades de asistencia.

El Protocolo instruye que las víctimas de torturas o malos tratos y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación y tendrán derecho además a presentar otras pruebas. Esto en Chile se traduce en los derechos de las víctimas y sus abogados a obtener dicha información.

Siempre se debe velar por la imparcialidad en la investigación que prescribe el Protocolo, tanto es así que recomienda que cuando los procedimientos de investigación establecidos resulten insuficientes debido a la falta de competencia técnica o a una posible ausencia de imparcialidad o a indicios de existencia de una conducta habitual abusiva, o por otras razones fundadas, los Estados velarán por que las investigaciones se hagan por conducto de una comisión independiente o por otro procedimiento análogo.

En cuanto a la imparcialidad, en el Instructivo del Fiscal Nacional se instruye a los fiscales a que las órdenes de investigar e instrucciones particulares sean diligenciadas por una institución policial distinta de la que formen parte los funcionarios investigados. Si en la localidad de ocurrencia de los hechos no existe una unidad o destacamento de la otra

policía, se deberá enviar la instrucción particular u orden de investigar a la unidad o destacamento más cercana geográficamente de dicha policía.

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

En cuanto a la asignación de la causa, si la persona que denuncia estos delitos es a la vez imputado en otro caso, se cautelará la imparcialidad de la investigación designando a un fiscal distinto al que la investiga como imputado. Tratándose de fiscalías unipersonales, será la Fiscalía Regional la encargada de establecer un procedimiento para la asignación del nuevo caso conforme a la realidad operativa de su región.

Las diligencias que se establecen como esenciales en el instructivo son:

- Contacto y citación para la toma de declaración de la víctima: en todos los casos de tortura se debe asegurar la asignación preferente dentro de las 24 horas de recibida la denuncia con el objeto de velar por el cumplimiento de la obligación estatal de celeridad en las investigaciones.
- Denuncia en audiencia de control de detención: en casos de denuncias realizadas durante una audiencia de control de la detención, los y las fiscales solicitarán la mayor cantidad de antecedentes de contacto a la víctima, tales como, teléfono fijo, teléfono celular, correo electrónico, dirección personal, dirección laboral, direcciones de parientes o cercanos. A su vez, si durante la realización de la denuncia en la audiencia de control de la detención se verificare que él o la denunciante mantiene lesiones notoriamente visibles

en su cuerpo, se solicitará al tribunal dejar constancia en audio de la existencia de dichas lesiones, describiéndolas someramente en cuanto a su naturaleza y ubicación.[6]

- En estas denuncias y en caso de contar con la agenda del equipo investigador en esta materia, podrá efectuarse la citación a prestar declaración a la víctima en el mismo acto, para un día y hora determinado, sirviendo como emplazamiento válido esta constancia en el audio.
- Toma de declaración de la víctima: esta diligencia deberá ser realizada obligatoriamente por el o la fiscal, o por el o la abogado/a asistente, cuando los hechos denunciados sean calificados como delitos de los artículos 150 A, 8 y E del Código Penal. De ser necesario, dada la dinámica de ejecución del delito denunciado o las condiciones físicas o psicológicas en que se encuentre la víctima, dicha diligencia será hecha con apoyo de un profesional de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos (URAVIT).
- Tratándose de víctimas niños, niñas o adolescentes la declaración siempre deberá ser tomada por el o la fiscal, o el o la abogado/a asistente. Cada vez que se cuente con los medios tecnológicos que permitan obtener un registro en video íntegro y de calidad (cámara, teléfono celular, etcétera), dicha diligencia deberá quedar videograbada, lo que no implica ajustar la declaración a los estándares de la entrevista investigativa videograbada regulada en la Ley 21.057, a menos que se investigue alguno de los delitos establecidos en el artículo 1 de dicha ley.
- En los casos restantes, el o la fiscal asignado podrá optar por delegar la toma de declaración de la víctima en una entidad policial a su elección, a la que impartirá la respectiva orden de investigar y/o instrucción particular, velando dar íntegro cumplimiento al principio de imparcialidad consagrado en la presente instrucción. Adicionalmente, en estos casos elaborarán una minuta de preguntas que servirá de guía al personal policial encargado de la toma

6 Se realiza según el «Convenio sobre Protocolo interinstitucional de constatación de estado de salud de detenidos en proceso penal», suscrito el 8 de julio de 2013 entre el Ministerio de Justicia, Poder Judicial, Ministerio Público, Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile.

de declaración y donde se deberá abordar en la forma más clara y pormenorizada los asuntos de interés jurídico-penal a consultar a la víctima.

- Solicitud de incautación de grabaciones en cualquier soporte, sea video o audio, que den cuenta del hecho denunciado. Para estos efectos el preclasificador verificará o realizará las siguientes diligencias, dependiendo de la forma de inicio de la causa:

Situación de flagrancia: se dispondrá como diligencia en forma verbal la solicitud a la brevedad del levantamiento de las grabaciones de las cámaras de seguridad u otro tipo del lugar en que ocurrieron los hechos investigados, de recintos cerrados o vía pública (sean estos privados, municipales o policiales).

a) Ingreso por denuncia o querella: el preclasificador verificará si ha ordenado la realización de esta diligencia, en caso negativo, impartirá la instrucción para la obtención de los registros audiovisuales existentes, en el sentido antes señalado.

b) Consideraciones especiales según la institución investigada: tratándose de hechos ocurridos al interior de un recinto penitenciario de Gendarmería de Chile, las grabaciones deberán solicitarse al Alcaide del recinto penitenciario respectivo, con copia al Departamento de Investigación Criminal de Gendarmería de Chile (DICRIM).

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

i. Casos de delitos flagrantes cometidos por Carabineros con videocámaras corporales: instrucción Particular al Centro Nacional de Control de Imágenes de Carabineros (CENCICAR).

ii. Casos de grabaciones de hechos delictivos captados por Drones institucionales: instrucción particular al Centro Nacional de Control de Imágenes de Carabineros (CENCICAR).

iii. Casos de grabaciones de «cámaras de otra naturaleza»: instrucción particular a la Unidad respectiva en la que se encuentre la videocámara cuyas grabaciones se requieran.

Otras diligencias no esenciales:

- Instrucciones particulares a las unidades policiales. En el caso que las conductas constitutivas de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sean de aquellas que potencialmente dejen secuelas físicas, se deberá requerir y adjuntar a la carpeta investigativa el Dato de Atención de Urgencia (DAU) de la víctima y el Acta de entrega de detenidos, si hubiere, o en su defecto esta última y el Acta de estado de salud. Las lesiones además deberán ser fijadas fotográficamente indicándose la identidad del funcionario policial que realizó la diligencia.
- Fijar fotográficamente el sitio del suceso y todos los indicios físicos y evidencias que puedan encontrarse en el lugar de los hechos, remitiendo posteriormente, y con las respectivas cadenas de custodia, las evidencias a la fiscalía competente.
- Incautar armas u objetos utilizados para agredir a la víctima, si existieren, fijándolos fotográficamente y describiéndolos de forma detallada para su posterior levantamiento y remisión con cadena de custodia a la Fiscalía u otro organismo encargado de realizar las pericias según la instrucción del fiscal.
- Empadronar posibles testigos de los hechos.
- Reconocimiento de imputados conforme al Protocolo interinstitucional de reconocimiento de imputados, de noviembre 2013 entre el Ministerio Público y las policías.

Otras pericias para casos complejos, especialmente en cuanto a la determinación del sujeto activo o en la dinámica de ejecución del hecho.

- Se podrá solicitar a los respectivos laboratorios policiales u otros organismos, alguna de las siguientes pericias: análisis crimino-dinámico, análisis de videos (reconstrucción cronológica de los acontecimientos con base en distintas fuentes de video, obtención de fotogramas de un video, determinación de velocidades de desplazamiento de vehículos), análisis de audios para determinar la ocurrencia de episodios específicas, planimétrico e infografía, georreferenciación de dispositivo SIMCCAR79, georreferenciación de equipos celulares, entre otras.

En cuanto a los peritos, que es donde tiene mayor incidencia el Protocolo, el Manual señala las siguientes directrices:

a) Los peritos médicos que participen en la investigación de torturas o malos tratos se conducirán en todo momento conforme a las normas éticas más estrictas y, en particular, obtendrán el libre consentimiento de la persona antes de examinarla. El reconocimiento deberá respetar las normas establecidas por la práctica médica. Concretamente, se llevará a cabo en privado bajo control de los peritos médicos y nunca en presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios del gobierno.

b) El perito médico redactará lo antes posible un informe fiel, que deberá incluir al menos los siguientes elementos:

- Las circunstancias de la entrevista: el nombre del sujeto y la filiación de todos los presentes en el examen; la fecha y hora exactas; la situación, carácter y domicilio de la institución (incluida la habitación, cuando sea necesario) donde se realizó el examen (por ejemplo, centro de detención, clínica, casa, etcétera.); las circunstancias del sujeto en el momento del examen (por ejemplo, cualquier coacción de que haya sido objeto a su llegada o durante el examen, la presencia de fuerzas de seguridad durante el examen, la conducta de las personas que acompañaban al preso o posibles amenazas proferidas contra la persona que realizó el examen); y cualquier otro factor pertinente;
- Historial: exposición detallada de los hechos relatados por el sujeto durante la entrevista, incluidos los presuntos métodos de tortura o malos tratos, el momento en que se produjeron y cualquier síntoma físico o psicológico que afirme padecer el sujeto;
- Examen físico y psicológico: descripción de todos los resultados obtenidos tras el examen clínico físico y psicológico, incluidas las pruebas de diagnóstico correspondientes y, cuando sea posible, fotografías en color de todas las lesiones;
- Opinión: interpretación de la relación que exista entre los síntomas físicos y psicológicos y las posibles torturas o malos tratos. Tratamiento médico y psicológico recomendado o necesidad de exámenes posteriores;
- Autoría: el informe deberá ir firmado y en él se identificará claramente a las personas que llevaron a cabo el examen;

c) El informe tendrá carácter confidencial y se comunicará su contenido al sujeto o a la persona que este designe como su representante. Se recabará la opinión del sujeto y de su representante sobre el proceso de examen, que quedará registrada en el informe. El informe también se remitirá por escrito, cuando proceda, a la autoridad encargada de investigar los presuntos actos de tortura o malos tratos. Es responsabilidad del Estado velar por que el informe llegue a sus destinatarios. Ninguna otra persona tendrá acceso a él sin el consentimiento del sujeto o la autorización de un tribunal competente.

En Chile es posible solicitar las pericias al SML de acuerdo con dicho Protocolo desde el año 2012. En la práctica, el Fiscal Nacional ha dado la instrucción general de solicitar los exámenes de salud y psicológicos al Servicio Médico Legal de acuerdo al Protocolo, en el instructivo ya citado. Igualmente se señala en dicho instructivo que de existir otras pruebas pueden presentarse, no siendo exclusivamente la única pericia que debe ser solicitada o expuesta ante los jueces penales.

En la práctica la aplicación del Protocolo de Estambul para la investigación de la tortura en Chile presenta algunas dificultades principalmente asociadas al déficit de condiciones institucionales para realizar pericias y que estas se llevan a cabo a solicitud del fiscal o del juez y no de forma inmediata, retardo que en algunos casos dificulta la obtención de la prueba.[7]

Hasta el año 2016, antes de la tipificación de la tortura en Chile, existían limitaciones normativas para dar aplicación al Protocolo. Entre el 2016 a la fecha las dificultades están en los tiempos de aplicación del mismo porque no son acordes a la realidad del sistema público, pues se requiere de excesivo tiempo para la aplicación y elaboración del informe que es muy exigente y extenso. Esto provoca tardanza en la realización de la pericia lo que genera la percepción de una aplicación tardía por parte del SML (Rosentreter, 2020: 29).

Según el estudio citado de Rosentreter, otra dificultad es que el examen físico y el psicológico son evacuados por separado, lo que complejiza su análisis y presentación en juicio. Además, esto implica revictimi-

7 Esto ha sido especialmente relevante en los casos de tortura de la dictadura militar, en los que las víctimas no han sido atendidas oportunamente, perdiendo un tiempo valioso a efectos de practicar exámenes físicos y psicológicos de acuerdo con el Protocolo.

zación ya que la persona debe someterse en dos ocasiones distintas a los exámenes.

En general, en los casos que se analizan al final del documento, el Protocolo de Estambul ha sido el mecanismo utilizado para los exámenes físicos y psicológicos en la mayoría de los casos con sentencia condenatoria, pero no en todos ellos. En uno fue suficiente el video exhibido en juicio con la grabación de las agresiones físicas y psicológicas a la víctima.

Derecho a reparación de las víctimas de tortura

Respecto de la reparación a las víctimas de tortura, el Comité se preocupó especialmente de los juicios por casos ocurridos durante la dictadura.[8] Luego de las observaciones que realiza son interesantes las recomendaciones que dirige al Estado para sus actuaciones presentes.

> 45. El Comité insta al Estado a que continúe el enjuiciamiento de causas relativas a violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, y a garantizar que los autores de estos crímenes sean condenados conforme a la gravedad de sus actos, velando por el cumplimiento efectivo de las penas que les sean impuestas. El Estado parte debe también intensificar sus esfuerzos para recopilar sistemáticamente datos relativos a los progresos realizados para esclarecer los casos de tortura y otras graves violaciones de derechos humanos cometidas durante la dictadura, incluidas aquellas ocurridas en el marco de la Operación Cóndor.

Frente a las actuales consideraciones sobre posibles indultos, e inclu-

8 44. El Comité observa con reconocimiento que durante el periodo objeto de examen los tribunales chilenos continuaron enjuiciando y condenando a ex militares y actores estatales como responsables de violaciones de derechos humanos cometidas entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990. Lamenta, no obstante, la escasa información oficial disponible al respecto, en particular sobre las sentencias dictadas, las condenas impuestas a los autores de esos hechos y las penas efectivamente cumplidas. De acuerdo con los datos facilitados por la delegación del Estado parte, en la actualidad hay un total de 1.287 causas abiertas por violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura, de las que 536 se refieren a casos de ejecución extrajudicial, 212 a desapariciones forzadas y 539 a actos de torturas o malos tratos. El Comité toma nota también de la información proporcionada por la delegación sobre los procesos penales en curso relativos a violaciones de derechos humanos cometidas en el marco de la Operación Cóndor (artículos 12, 13 y 14).

so amnistía, es importante advertir sobre las preocupaciones del Comité respecto de la vigencia del Decreto Ley de Amnistía 2.191, con la precisión de los especiales agentes y conductas a los que alude.

> 46. El Comité mantiene su preocupación por la vigencia del Decreto Ley de Amnistía 2.191, de 18 de abril de 1978, pese a las explicaciones ofrecidas por la delegación sobre su inaplicación en la práctica judicial. Si bien toma nota del contenido del proyecto de ley (Boletín número 4162-07) por el que se declara la nulidad de dicha norma, así como de la reforma constitucional impulsada por el gobierno para impedir el uso de leyes de amnistía en procesos judiciales relativos a violaciones de derechos humanos del pasado (Boletines número 9748-07 y 9773-07), el Comité lamenta que hasta la fecha no se hayan logrado avances significativos en su tramitación (artículo 2).
>
> El Comité reitera la recomendación que instaba al Estado parte a derogar el Decreto Ley de Amnistía 2.191. El Estado parte también debe velar por que sus leyes excluyan la posibilidad de conceder una amnistía a las personas declaradas culpables del delito de tortura o cualquier otro tipo de indulto que vulnere las disposiciones de la Convención. Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.
>
> Asimismo, el Comité reitera la recomendación formulada en sus anteriores observaciones finales (véase CAT/C/CHL/CO/5, párrafo 19) en la que se instaba al Estado parte a derogar las disposiciones de la Ley 19.992 por las que se establece el secreto durante 50 años de los documentos, testimonios y antecedentes presentados por víctimas de tortura y otras violaciones graves de derechos humanos ocurridas durante la dictadura ante la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura.

Toma especialmente en cuenta los breves plazos para la presentación de pruebas, específicamente para la presentación de testimonios y solicitudes de reparación a la Comisión Asesora. En el punto 51 el Comité alienta al Estado parte a que considere la posibilidad de crear un mecanismo permanente encargado de la identificación y reconocimiento de víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas durante la dictadura.

Sobre reparación tienen relevancia las consideraciones 52 y 53, con sus observaciones y recomendaciones.

> 52. El Comité observa con preocupación que, a pesar de las reiteradas solicitudes que se le han remitido, el Estado parte no ha presentado in-

formación detallada sobre las medidas de reparación e indemnización, incluidos los medios de rehabilitación, decretadas por los tribunales y efectivamente aplicadas en beneficio de las víctimas de tortura o sus familiares durante el periodo que se examina. Respecto del Programa de Reparación y Atención Integral en Salud (PRAIS), si bien agradece las aclaraciones proporcionadas por la delegación sobre la cobertura que ofrece a las víctimas de actos de tortura ocurridos durante la dictadura, el Comité mantiene su preocupación por los informes que señalan: falta de recursos suficientes para su funcionamiento, excesiva rotación y falta de formación del personal y la necesidad de mejorar y ampliar los servicios y prestaciones en vista del paulatino envejecimiento de los usuarios. Por último, el Comité toma nota de las razones esgrimidas por el actual gobierno para la retirada del proyecto de ley de reparación de las víctimas de prisión política y tortura (artículo 14).

53. El Comité señala a la atención del Estado parte su observación general número 3 (2012) sobre la aplicación del artículo 14 por los Estados partes, en la que se refiere de forma detallada a la naturaleza y el alcance de las obligaciones que les incumben en virtud de la Convención de otorgar plena reparación a las víctimas de tortura. En particular, el Estado parte debe:

a) Velar por que todas las víctimas de torturas y malos tratos, incluidas las que residen actualmente fuera de Chile, obtengan una reparación que incluya el derecho a una indemnización justa y adecuada exigible ante los tribunales, así como los medios para una rehabilitación lo más completa posible;

b) Asegurar el seguimiento continuo y la evaluación de la eficacia de los programas de rehabilitación de víctimas de tortura, y recabar datos sobre el número de víctimas y sus necesidades específicas de rehabilitación;

c) Garantizar que el Programa de Reparación y Atención Integral en Salud cuente con personal especializado debidamente formado y los recursos materiales necesarios para su correcto funcionamiento, y considerar la ampliación de sus prestaciones y servicios;

d) Seguir avanzando en la adopción de medidas legislativas y de otra índole necesarias para garantizar que todas las víctimas de tortura durante la dictadura obtengan reparación, incluidos el derecho jurídicamente exigible a una indemnización justa y adecuada y los medios para su rehabilitación lo más completa posible.

Dentro del contexto del actual sistema procesal penal en Chile, las víctimas de tortura u otros delitos de violencia institucional deben ser

derivados a las unidades de atención de víctimas y testigos por instrucción del fiscal nacional. La derivación es obligatoria en los casos de:

a) Tortura

b) Delitos cuyas consecuencias consistan en lesiones graves, o de mayor entidad

c) Delitos que contemplen abuso sexual con contacto, abuso sexual agravado y víctimas de violación

d) Víctimas que presenten ideación suicida

e) Víctimas del artículo 108 del Código Procesal Penal

f) Víctimas niños, niñas y adolescentes

Si se trata de víctimas o testigos privados de libertad a cuyo respecto se evalúa la existencia de riesgo, se deberá considerar la adopción o la solicitud al Juzgado de Garantía de alguna o algunas medidas de protección adicional, tales como:

a) Ordenar el traslado o alejamiento de los funcionarios imputados de sus labores cuando estas implican contacto con la víctima o testigo.

b) Solicitar que la víctima o testigo sea periódicamente llevada/o a la presencia del Juzgado de Garantía.

c) Solicitar que la víctima o testigo sea examinada por médicos externos de servicios de salud o de Gendarmería y que emitan informes a la fiscalía o Juzgado de Garantía.

d) Solicitar que la víctima sea entrevistada con motivo de las visitas de jueces de garantía y fiscales judiciales.

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

En cuanto a la posibilidad de acuerdos reparatorios, estos no son procedentes porque están restringidos a delitos cuyo bien jurídico sea disponible de carácter patrimonial, y este no es el caso, por lo que no procede una «reparación» económica de parte del imputado que lo exima de cumplir la pena asignada al delito.

La posible reparación económica de la víctima derivada de los daños sufridos debe ser reclamada por la vía civil, como una demanda por responsabilidad extracontractual. Esto puede realizarse dentro del proceso penal si es que se cumplen los requisitos de procedencia o fuera de él en los tribunales competentes en casos en que, por ejemplo, se demanda al Estado de Chile, quien al no ser el imputado, no podría demandarse dentro del proceso penal.

Función cautelar de los jueces penales

Se examinará esta facultad de los jueces desde tres ámbitos, primero desde la prevención de la tortura en el proceso penal, centrado en el rol cautelar de los jueces de garantía. Luego se observará la facultad judicial de visitar las cárceles, tanto en el ámbito de los recintos de privación de libertad de adultos como de adolescentes.

Prevención de la tortura en el proceso penal

La figura ya no tan nueva de los jueces de garantía en Chile llegó justamente para, entre otras funciones, cautelar las garantías del imputado en el proceso penal. Esto es relevante para las materias que aquí se tratan donde es esencial el rol del juez dentro de un enjambre de actos invasivos como es el proceso penal.

En este sentido es una apuesta que la función de los jueces de garantía es uno de los caminos más eficaces, si se realiza adecuadamente, para limitar en su mínima expresión la tortura en el ámbito de la persecución penal. En este sentido, la reforma procesal penal convirtió en función nuclear de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control existentes en el proceso. En ese contexto, la labor del juez de garantía de mantener ese equilibrio en la relación entre la legítima expectativa de persecución penal y los derechos fundamentales del acusado es un pilar fundamental para contrarrestar los posibles excesos y derechamente delitos que pudieran cometerse en la búsqueda de la efectiva sanción.

Además de este aspecto general, la audiencia de control de la detención es específicamente el mejor punto de partida para comenzar el trabajo de cautela del juez en el sentido del que trata este material. En dicha instancia se analiza la procedencia o no de la detención por flagrancia u otras que justifiquen la detención, y se examina la forma y condiciones en que se practicó la detención. Lamentablemente, en la práctica se observa que en algunos tribunales del país los controles de detención se realizan en bloques de personas, preguntando al defensor acerca de la situación del grupo en general, sin atender a las especificidades de cada uno. En esta situación no hay posibilidades reales de que se conozca y analice la condición de detención de cada uno, más

allá de la lectura del parte policial por parte del fiscal del Ministerio Público.[9]

La declaración de ilegalidad de la detención se instala como un desincentivo a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de abusar de ella, o excederse en el uso de esta. Si los controles de la detención no se realizan adecuadamente, no se cumple con la importante función de inhibir las prácticas abusivas. Esto también toca a los fiscales del Ministerio Público, en cuanto las órdenes que se dan a la policía de detener y pasar a control a un imputado, deben sujetarse a la ley y para ello los funcionarios policiales tienen que entregar información verídica y a tiempo.

El período que puede pasar la persona detenida antes de ser puesto a disposición del juez es acotado, lo que facilita la observación directa del magistrado en cuanto a las condiciones físicas en las que se encuentra. De existir indicios de la comisión de delitos por parte de los funcionarios, deberá tomar las primeras medidas encaminadas a determinar la responsabilidad penal y administrativa.

La misma situación se produce en las audiencias de revisión de la prisión preventiva. Las personas son llevadas ante el juez de garantía, ahí este puede observar directamente la situación, a lo menos física, en la que se encuentran las personas privadas de libertad. A esto se suma las visitas de cárcel que serán tratadas en el siguiente apartado.

En este sentido, tras más de una década de ejercicio de los jueces de garantía, en el año 2014 el magistrado Guzmán reflexionaba: «Si basta acreditar la situación de violencia para asignarle el correspondiente efecto. La pregunta entonces a formular es: ¿por qué, si llevamos más de una década con una judicatura de garantía operando, subsisten las

9 Una crítica a la forma en que se realiza el control de detención la formula el magistrado Fernando Guzmán cuando señala: «En la audiencia de control de detención, el ejercicio de la función cautelar se ha terminado haciendo en base a actas levantadas por los propios policías, con información muy precaria y poco controvertida por la defensa, la que tiene escaso acceso a evidencia dura […] Los fiscales están apremiados y tienen menos piso aún para controvertir a las policías. Hay que revisar el diseño de estas audiencias o diferir el debate hasta que se tenga información de mayor calidad». Seminario internacional Prevención e investigación de la tortura en Chile. Instituto de Derechos Humanos, Ministerio Público de Chile, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, 2014. Fernando Guzmán Fuenzalida, juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago *La mística-corazón de la jurisdicción cautelar: Frenar la tortura,* p. 75.

prácticas de tortura, y existe la sensación de que después de un período inicial a la baja, en nuestras audiencias se ventilan mayores alegaciones de abuso policial durante las detenciones y de maltrato de Gendarmería durante el cumplimiento de las prisiones preventivas y condenas?». Se contestaba aludiendo al real piso jurídico político que tiene la judicatura para afrontar su labor, en especial bajo el diseño institucional existente en el país.[10] La constatación para el autor de la disminución de las posibilidades reales de cautela han sido las reformas legales a la reforma procesal penal. Un ejemplo que entrega es la llamada agenda corta contra la delincuencia (se refiere a la signada con el número 1) la que a su juicio presentaba serios reparos de constitucionalidad. Importante es señalar que, transcurridos siete años desde su ponencia citada, ya se promulgó una agenda corta antidelincuencia dos.

Reflexiona el juez con bastante razón que, si es complejo convencer a la ciudadanía sobre el valor de la vida, libertad y dignidad de las personas que piensan distinto, es aún más complejo limitar la actuación policial respecto de quienes están siendo sometidos al proceso penal justamente por haber afectado bienes jurídicos valiosos para la comunidad. El afán legislativo por reducir las posibilidades de cautela del proceso penal por parte de los jueces de garantía es real, como también lo es el populismo punitivo, pero en lo esencial la facultad de los jueces no ha cambiado, y tienen herramientas para seguir ejerciéndola, incluso posterior a las dos reformas a la reforma.

Otra complejidad que acusa el magistrado para ejercer correctamente la función cautelar es el gobierno judicial, el que al concentrar estas funciones y las jurisdiccionales desincentiva el ejercicio de la función cautelar por parte de los jueces de instancia llamados a hacerlo. Esto se traduce en que hay un sistema de incentivos y desincentivos muy fuerte desde la cúspide del poder judicial, lo que en ocasiones justamente opera como desincentivo a cautelar con fuerza las garantías y derechos de los imputados dentro del proceso penal (Zapata, 2014).[11]

Otra situación que impacta en la prevención de la tortura en el proce-

10 Seminario Internacional Prevención e Investigación de la Tortura en Chile. Instituto de Derechos Humanos, Ministerio Público de Chile, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, año 2014. Fernando Guzmán Fuenzalida, juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago «*La mística-corazón de la jurisdicción cautelar: Frenar la tortura*», p. 70.

11 Acerca de este tema véase epílogo de libro *Jueces y política. Lecciones desde Chile*.

so penal es la falta de posibilidad de seguir los casos en que han surgido indicios de apremios ilegítimos u otros delitos de violencia institucional. Esto porque los casos no se radican en el juez que denunció o alertó de los hechos. La información que pueden obtener es la que pueden solicitar a la fiscalía, y la entrega de esta depende de la relación que se tenga con ella.

Por parte de la judicatura no hay una construcción en cuanto a estándares uniformes de cómo ejercer esta función cautelar dentro del proceso penal más allá de lo señalado en el Código Procesal Penal. Los tribunales superiores de justicia no se han dedicado aún a uniformar la forma de actuar en la línea de proteger de mejor manera los derechos humanos en los procesos criminales dirigidos contra la delincuencia común. Se trata de una tarea al parecer pendiente.

A pesar de los avances en materia de derechos humanos por parte de las instituciones que conforman el sistema procesal penal, aún no hay directivas que apunten, por ejemplo, a dejar de instruir procesos con policías que hayan tenido intervenciones conflictivas con el uso de la fuerza. Es decir, si no son suspendidos o dados de baja siguen operando y el sistema sigue funcionando con ellos. En esto también las instituciones policiales han avanzado ya que en la actualidad es mucho más común que hace una o dos décadas atrás observar desvinculaciones de funcionarios imputados o condenados por delitos de violencia institucional.

Como conclusión, la mejor y más relevante función de prevención de la tortura es la que hace el juez de garantía en el proceso penal, pero para cumplir con los estándares internacionales y los compromisos de Chile esta debe fortalecerse mediante medidas sistémicas y concretas. El magistrado Guzmán es enérgico en señalar: «La fórmula más idónea para prevenir la tortura dentro de las investigaciones penales es una jurisdicción cautelar firme y fuerte. No hay incompatibilidad alguna entre el respeto de los derechos fundamentales y la eficiencia en la investigación».[12] Esta última afirmación es verdadera, la función de los jueces debe ajustarse al respecto a los derechos humanos y a la eficacia en la investigación y sanción penal, ambas son absolutamente compatibles.

12 Seminario Internacional Prevención e Investigación de la Tortura en Chile. Instituto de Derechos Humanos, Ministerio Público de Chile, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile, año 2014. Fernando Guzmán Fuenzalida, juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago *La mística-corazón de la jurisdicción cautelar: Frenar la tortura*, p. 70.

Prevención de la tortura y detección en contexto de privación de libertad de adultos

En este apartado se analiza la facultad de los jueces de conocer y prevenir la tortura en contextos de privación de libertad. Las visitas carcelarias de los jueces en Chile están reguladas en el Código Orgánico de Tribunales. Son dos tipos de visitas: las semanales de los jueces de garantía y las semestrales que efectúan las Cortes de Apelaciones. Las semanales son aquellas que realiza un juez de garantía, designado por el comité de jueces del tribunal de la respectiva jurisdicción. El objetivo de la visita es «indagar si sufren tratos indebidos, si se les coarta la libertad de defensa o si se prolonga ilegalmente la tramitación de su proceso».

Las visitas semestrales son aquellas que realizan las Cortes de Apelaciones, al menos una vez en cada semestre del año y a cada una de las cárceles o establecimientos penales que existan en las comunas de su jurisdicción. El objetivo de la misma es «tomar conocimiento de su estado de seguridad, orden e higiene, de si los internos cumplen sus condenas y de oírles sus reclamaciones». También señala el Código que en estas se debe «inspeccionar los diferentes departamentos de la casa; se informará del trato y del alimento que se da a los reclusos; de cómo se cumple el reglamento y se llevan las cuentas de las economías de los reclusos y el presidente les advertirá que pueden hacer las reclamaciones que les convengan».[13]

En un estudio realizado por académicos de la Universidad Central (Stippel y Medina, 2021: 321-357) se analizó en detalle el tipo de reclamaciones que recibían los jueces, considerando 90 actas de las visitas semestrales de Cortes de Apelaciones de todo el país, y se codificaron de acuerdo con si se trataba de vejaciones indebidas, coacción de la libertad de defensa y/o prolongación injustificada en tramitación de los procesos. Así se sostiene que los reclamos respecto a estas tres causales correspondían solo a 38 casos (5,3% en relación con el total de los 721 reclamos consignados). De estos 38, la mayor parte (26) son por la prolongación injustificada en la tramitación de los procesos (3,6%). Un 0,3% (2) por coacción de la libertad de defensa; y 10 (1,4%) corresponden a vejaciones indebidas.

Los autores frente a estos resultados se preguntan: ¿por qué no existen más reclamaciones por vejaciones indebidas? ¿Será que en las cárceles

13 Artículos 5, 6, 7 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales.

chilenas no se dan muchos casos de vejaciones indebidas? Los mismos autores demostraron en un trabajo anterior que ese no es el caso, y que la razón aparentemente es que los reclusos no confían en que denunciar estas vejaciones a los jueces pueda ser de utilidad, a su vez que tienen miedo a represalias.

Otro estudio de Espinoza y Salinero (2014: 23-66) constata que:

> «La judicatura, en todas las instancias, no realiza un control jurisdiccional efectivo de la actividad penitenciaria vulneradora de los derechos fundamentales de las personas recluidas en establecimientos penitenciarios, lo que denota una cierta adhesión a la doctrina de las relaciones de sujeción especial, la que si bien no es desarrollada en los fallos en términos conceptuales o teóricos, al menos se ha convertido en un paradigma desde el cual la judicatura concibe jurídica y conceptualmente la relación entre el recluso y la autoridad penitenciaria»

El trabajo anterior al que refieren los investigadores de la Universidad Central es el de Stippel (2006) sobre visitas carcelarias y era, hasta el publicado por los autores, uno de los pocos que indaga sobre el tema desde una perspectiva empírica. Entre sus conclusiones más relevantes señala que los jueces se remiten a describir las condiciones carcelarias y a calificarlas con apelativos como bueno, regular o deficiente. Estas apreciaciones judiciales no se basan en parámetros previos o estándares mínimos con los que deben cumplir las instituciones penitenciarias.

Los autores citados critican que en las visitas no se procesa la información desde una función jurisdiccional, si no que como observadores y constatadores de malas condiciones carcelarias. Es decir, al tener noticias acerca de situaciones que pudieran subsumirse en vejaciones injustas no se actúa como juez, enviando una denuncia por ejemplo al Ministerio Público para que esto sea investigado, si no que se procesa como información que se utiliza para informar a las autoridades de las condiciones en que se encuentra una u otra población penal. En este sentido, se sigue la teoría de sujeción especial, criticada por Espinoza y Salinero, en cuanto las personas privadas de libertad parecen estar excluidas del sistema general de derechos y de la judicatura y afectas a la sujeción especial administrativa carcelaria.

Advierten los mismos autores que les sorprendió que los jueces al ser informados de posibles hechos delictivos cometidos por funcionarios penitenciarios, lo informen a Gendarmería de Chile en vez de denun-

ciarlo al Ministerio Público, quien tiene la obligación de investigar los hechos que revisten caracteres de delitos, lo que daría la impresión de que las personas privadas de libertad no son percibidas como posibles víctimas de hechos delictivos.

Sin duda que hace falta un sistema de ejecución penitenciaria que incluya el nombramiento de jueces especiales en la materia, pero mientras esto sucede las visitas de los jueces a las cárceles pueden aportar a la detección y prevención de la tortura y otros delitos de violencia institucional por ejemplo denunciando los delitos, y por parte del órgano persecutor realizando su rol de acuerdo con el instructivo del año 2021 ya citado.

En este sentido, el Comité de Prevención de la Tortura que opera como mecanismo de prevención de esta en Chile tiene un rol relevante en los recintos penitenciarios, tal como se vio en el apartado correspondiente. Ellos han desarrollado protocolos de visitas de diversos recintos donde hay personas ya sea privadas de libertad o bajo la custodia del Estado. Para ello ha sido fundamental las pautas entregadas por asociaciones internacionales y ONG como la Asociación para la Prevención de la Tortura cuyas directrices pueden ser útiles a efectos de las visitas que realizan los jueces a las cárceles y su efectivo impacto en la prevención, detección y sanción de la tortura y otros delitos de violencia institucional.[14]

Especial interés reviste para ello el Protocolo de actuación en una visita preventiva a establecimientos penitenciarios del Comité de Experto/as del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y/o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, trabajo en el que se detalla específicamente los pasos a seguir en dichas visitas, el contexto, la posibilidad de denuncia, se refiere al concepto de tortura y a las obligaciones del Estado en la materia.[15]

---

14 APT, *Monitoreo de lugares de detención. Una guía práctica*. 2004. Disponible en https://bit.ly/3aolsTP. También cuenta con un Manual respecto de mujeres privadas de libertad en el mismo enlace.

15 Protocolo de actuación en una visita preventiva a establecimientos penitenciarios del Comité de Experto/as del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, año 2019. Se agradece especialmente al Comité por facilitar el Protocolo para la confección de este material. Se advierte que puede sufrir modificaciones en el corto plazo por acuerdos del propio Comité.

Prevención de la tortura y detección en contexto de privación de libertad de adolescentes responsables penalmente

Luego de la Ley que establece la responsabilidad penal de los adolescentes en Chile, los jueces asumen la tarea de visitar también los centros de internación de adolescentes responsables penalmente. En este sentido se analizará los lugares en los que se priva de libertad a los mismos, el informe del Comité al respecto y los posibles desafíos de los jueces en dichas visitas que están relacionados con los ya planteados respecto de los adultos.

Dentro de los compromisos de Chile con la prevención de la tortura, uno es el compromiso con los grupos especialmente vulnerables. En este se encuentran justamente los niños, niñas y adolescentes. Aquí trataremos a los adolescentes responsables penalmente.

No es una novedad lo denunciado por el Comité para la Prevención de la Tortura sobre que «en nuestro país, la tortura y los tratos inhumanos prevalecen en diversos contextos de privación de libertad. En efecto, existen denuncias de tortura y malos tratos en recintos de distinta naturaleza, tales como hospitales de atención psiquiátrica, centros penitenciarios y recintos donde residen niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), entre otros» (Comité para la Prevención de la Tortura, 2020: 50). Con los niños, niñas y adolescentes existe una deuda aún mayor, ya que el estado ha fallado tanto respecto de los NNA bajo su custodia por protección, como con aquellos que han sido declarados responsables penalmente.

El año 2020 el Observatorio de Niñez y Adolescencia constató que aproximadamente la mitad de las/os NNA que habían denunciado violencia estatal eran parte o han tenido contacto con la red del Servicio Nacional de Menores, esto en el contexto de protección y justicia juvenil, lo que indica su situación especial de vulnerabilidad.[16]

Los niños, niñas y adolescentes bajo custodia del Estado, pueden encontrarse en las siguientes situaciones:

i. Protección y cuidado alternativo. Incluye NNA atendidas/os en re-

16 Observatorio Niñez y Adolescencia [ONA] (2020). Violencia Estatal contra NNA: A un año del estallido social. Recurso electrónico. Disponible en: https://bit.ly/3budkuS.

sidencias de programas de protección y adopción del Sename. También integra a las/os NNA derivadas/os a Familias de acogida, por orden judicial y que se encuentran residiendo en hogares particulares bajo supervisión del Sename.

ii. Justicia penal e Internación de NNA. Incluye NNA en custodia del Estado —ya sea por internación provisoria o infracción de ley penal— que están recluidas/os en centros del Sename cerrados o semicerrados, o bien por ingreso a recintos penitenciarios junto a sus madres infractoras, en el caso de los lactantes en Centros Penitenciarios Femeninos. A este ámbito también corresponden las/os NNA detenidas/os por alguna infracción de ley y custodiados por las policías.

iii. Educación Interna. Incluye NNA que asisten a establecimientos educacionales de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (en adelante, Junaeb) en calidad de internas/os, principalmente porque sus familias viven en territorios donde no hay oferta educacional que les permita estudiar en sus localidades de origen (Comité para la Prevención de la Tortura, 2020: 124).

Aquí se referirá a los adolescentes internados por infracción a la ley penal y la prevención que los jueces al efectuar las visitas pueden ejercer respecto de la tortura y de otros delitos de violencia institucional.

A los Centros de Responsabilidad Penal Adolescente van quienes infringen la ley penal después de los 14 años y resultan detenidas/os por las policías y derivadas/os por tribunales a dichos centros. En el primer caso, las/os adolescentes ingresan al sistema por la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA), y según el informe del Comité del año 2020 en ellos se atiende a un total de 2.115 jóvenes, distribuidos en tres tipos de centros: los Centros de Internación Provisoria (CIP), los Centros Cerrados (CRC), y los Centros Semicerrados (CSC).

El informe del INDH del año 2018 acerca de la situación de los NNA en el Sename da cuenta de que en el sistema de justicia juvenil prácticas como los desnudamientos estaban naturalizadas y operaban como castigo o como revisiones. Se entrevistaron adolescentes que reportaron también haber sido rociados con gas pimienta, ya sea de manera directa a la cara, en sus camas, o en las habitaciones. En cuanto a las prácticas de castigo en los centros reportaron que las unidades de atención especializadas se utilizaban como celda de castigo, siendo separados de sus grupos o casas. Adicionalmente, los y las adolescentes reportan prácti-

cas como privación de agua (4%), privación de comida (4%), insultos (27%), golpes (18%), haber sido esposados (33%) o haber sido amenazados (20%).[17]

Los mismos jóvenes dentro del sistema daban cuenta de desconocimiento de mecanismos de denuncia de los malos tratos que reportaron. Esta situación socava su confianza en las autoridades y naturaliza la violencia, tanto como víctima de ella, como posible futuro victimario.

Bajo la custodia del ex Sename fallecieron en promedio 81 NNA entre los años 2016 y 2019. Ellos se encontraban bajo el cuidado del Estado, ya sea de manera ambulatoria o bien en residencias por materias de protección. Se verá el caso de Lissette V.P. dentro de aquellos que se han conocido y fallado en el ámbito nacional.

Las dificultades y posibilidades de mejora repostados en las visitas a las cárceles de adultos también son compartidas al sistema de adolescentes, en los que el Comité para la Prevención de la Tortura cumple un rol fundamental. Ellos ya han trabajado en la creación de protocolos de visita a adultos y adolescentes, los que podrían servir como punto de partida para que se cumpla de mejor forma la función judicial de prevención de las torturas y otros delitos de violencia institucional en los recintos de privación de libertad.

Especial interés reviste para ello el Protocolo de actuación en una visita preventiva a residencias de protección para niños, niñas y adolescentes del Comité de Experto/as del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, trabajo en el que se detalla específicamente los pasos a seguir en dichas visitas, sus funciones, características, con las consideraciones en particular de esta población especialmente vulnerable.[18]

Luego de este examen podemos destacar aspectos característicos de los delitos que se examinan a modo de violencia institucional, con la se-

17 Instituto Nacional de Derechos Humanos [INDH] (2018d). Informe final de seguimiento de casos de niños, niñas y adolescentes detectados en misión de observación Sename. Instituto Nacional de Derechos Humanos.

18 Protocolo de actuación en una visita preventiva a residencias de protección para niños, niñas y adolescentes del Comité de Experto/as del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y/o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, año 2019. Se agradece especialmente al Comité por facilitar el Protocolo para la confección de este material. Se advierte que puede sufrir modificaciones en el corto plazo por acuerdos del propio Comité.

paración de criterios de delimitación de las distintas figuras, particularmente de la tortura. La síntesis y sistematización pretende servir de guía en la resolución de casos, específicamente ante víctimas con cualidades especiales en la precisión de la conducta típica.

Capítulo 5

Propuesta de sistema de delitos de violencia institucional y de aplicación de las penas

A modo de conclusión de las obligaciones que generan para el Estado de Chile las Convenciones y el Protocolo analizados en la primera parte, y de las recomendaciones y actuaciones realizadas por el Estado para cumplirlas, se expone una propuesta de sistema de delitos de violencia institucional y aplicación de las penas que facilita su comprensión y con ello el cumplimiento en cuanto a su prevención y persecución.

Primero es relevante advertir que la gran diferencia de los delitos cometidos por funcionarios públicos está justamente en su rol de salvaguardar y proteger bienes en representación del Estado y la facilidad que existe para la impunidad justamente por el mismo control que tales agentes tienen. La violencia institucional tiene un rasgo distintivo, que suma a la afectación de bienes jurídicos y que puede graficarse como «delitos de impunidad». Ellos forman una clase de delitos inequívocamente portadora de un sentido cuasinormativo, incluso en un sistema jurídico reflexivo, que justifica el especial merecimiento y la necesidad de mayor pena.

Son delitos contra intereses fundamentales cometidos por personas vinculadas con las funciones de mantención de vigencia del orden establecido, en forma sistemática, generalizada, y bajo condiciones fácticas de impunidad conocidas y asumidas *ex ante* por los autores. Estos delitos erosionan las expectativas normativas de los afectados en términos que redefinen inequívocamente el objetivo de protección de las normas de comportamiento, excluyendo de él los intereses del círculo de afectados. Cuando la norma es supuestamente fundamental, y su infracción por el responsable de su vigencia queda impune, tal impunidad es un factor relevante para su comisión. La expectativa normativa de intangibilidad del círculo de afectados actuales y potenciales se hace insignificante frente a las expectativas cognitivas de peligro de afectación.

A partir de estas características, los ilícitos analizados comparten algunos elementos, pero se distinguen según lo expuesto no solo por la

entidad de la conducta. Hay exigencias distintivas que permiten separar criterios de delimitación. Así, advertimos un sistema diferenciado en el contexto penal chileno, basado en principios y consensos internacionales, especialmente ante víctimas NNA. Sin confundir perspectivas de análisis, se rescatan pautas dentro de las descripciones típicas para la determinación de figuras y la fijación de penas.

Atendemos casos especialmente complejos, con víctimas específicamente NNA, además de formas de violencia particular, como las agresiones sexuales dirigidas a mujeres o la que afecta a víctimas inmigrantes. Destacamos las reglas mínimas de interacción entre los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley orientadas a la prevención de torturas, tratos crueles y vejaciones injustas.

Evidenciamos un sistema de delitos de violencia institucional que puede servir para resolver confusiones entre las distintas figuras penales y establecer cisuras. 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), hay elementos particulares definitorios como los fines en las torturas y la clase de agresión en las vejaciones, que se identifica únicamente con maltratos psicológicos y humillaciones, sin contacto físico relevante.

En la **tabla 1** se muestran las diferencias observadas durante esta presentación en una síntesis esquemática, con especial consideración de víctimas NNA por su especialidad en relación con el núcleo de las conductas punibles.

Las torturas de NNA no se consideran 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, 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, como se aprecia en la **tabla 2**.

Tabla 1. 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 solo la pena asignada por la ley a este	Se aumenta la pena en un grado si el delito se comete en contra de menores de edad (artículo 255 inciso segundo)

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2. Imputación según tramos de edad

Tramo especial	Edad	Imputación/responsabilidad
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

Fuente: Elaboración propia

Con independencia 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 contemplan como agravantes a los menores de edad en conjunto con quienes están bajo cuidado, custodia o control del agente.

El infligir sufrimiento grave a víctimas niños, niñas o adolescentes y el causar 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.

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.

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

Análisis de jurisprudencia

En este apartado se revisarán casos nacionales anteriores y posteriores a la modificación al tipo penal de tortura como también procesos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Es especialmente interesante revisar los que afectan a víctimas vulnerables, como niños, niñas y adolescentes, o mujeres ante supuestos de violencia debido a su género. Expondremos primero algunos casos nacionales vinculados con menores de edad y luego del Sistema Interamericano vinculados a adultos y NNA.

Jurisprudencia nacional

Caso 1: Corte de Apelaciones de Santiago, RUC 1700492941-1, rol de ingreso de Corte 5499-2019, delito artículo 150 A del Código Penal

La sentencia del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago condenó a Francisco Javier Arzola Ruiz a la pena de privación de libertad de cinco años y un día como autor de delito reiterado de falsificación de instrumento público, en grado de consumados, del artículo 193 número 4 del Código Penal, acaecidos ambos en Santiago los días 7 y 25 de

mayo de 2017, y a diecisiete años (pena única) como autor de delitos de tormentos o apremios ilegítimos en perjuicio de Wilson Romero Narváez, y en el reiterado de torturas, en las personas de Cristina Cabezas Castillo, Giovanni Zúñiga Román y Esteban Godoy Urquiza, (artículo 150 A del Código Penal, todos consumados, acaecido el primero en Santiago el día 7 de mayo de 2017; en tanto que, los tres restantes los días 6 (dos primeros) y 25 (el tercero) de mayo de igual año, en la comuna de Estación Central.

También a Rodrigo Alberto Muñoz Cid a la pena de ocho años como autor de delito torturas, en la persona de Giovanni Zúñiga Román, del artículo 150 A del Código Penal, en grado de consumado, acaecido en Estación Central el día 6 de mayo de 2017.

Los recursos de nulidad los conoció la Corte de Apelaciones de Santiago. En ella la discusión que se produjo fue sobre si la tortura era subsumible en el tipo penal del artículo 150 A o letra D del Código Penal. En este caso las pericias se realizaron de acuerdo con el Protocolo de Estambul.

Caso 2: Séptimo Tribunal del Juicio Oral de Santiago, RUC 1901143896-5, delito artículo 150 letra A del Código Penal. Víctima de 16 años

Del fallo destaca que para el tribunal «cobra real relevancia también la proporcionalidad de la fuerza empleada, por haber cometido una falta, y quien estaba esposado. Abusando de su cargo, excedieron lo racionalmente previsto para esa actuación policial, en una situación innecesaria, no provocada, sin resistencia. No estaban siendo atacados por ninguna turba. Se ve en el video un par de personas caminando y una andando en bicicleta observando los hechos.

La brutalidad de la actuación queda plasmada en las imágenes que le tomaron al menor. Con toda la espalda, brazos, muslos, rostro cruelmente azotado. Concordantes con que estaba esposado sin poder defenderse».

El daño físico y psicológico, grave y permanente en el tiempo que exigen las defensas, ya se analizó, es propio de otro tipo penal.

Respecto de la argumentación que ni la madre ni el menor denunciaron estos hechos, no cambian en nada el delito que perpetraron. Tienen los plazos legales de la prescripción para interponer las acciones que estimen pertinentes.

Fuerte, chocante, es la aseveración que el menor se expuso imprudentemente al daño cometiendo un delito y siendo detenido por infringir el toque de queda.

Se excluyó la posibilidad de aplicar la minorante del artículo 11 número 5 porque «lo que pide la ley es que sea una reacción irreflexiva por algo grave que la víctima haya hecho de manera inmediata y directa a los acusados —no de terceras personas y en otros momentos— y, en el presente caso, los fundamentos de pedir de ambas defensas escapan absolutamente a lo que podría configurar dicha minorante, sin que exista en todo el desarrollo del juicio elemento alguno que pudiera hacer vislumbrar, someramente, tal atenuante, motivo que lleva a ser desestimada. Ha quedado absolutamente claro que el adolescente solo tenía 16 años; estaba esposado; no trató de huir; nada le preguntaron, solo lo recibieron de manos de Beas y, de inmediato, procedieron con la golpiza».

En este caso es relevante destacar la concurrencia de los elementos del tipo de tortura al tratarse de una víctima menor de 16 años, bajo la custodia de los agentes públicos, que podría contemplarse dentro de los apremios por la agravante. Aquí es clave la centralidad del dolor, del sufrimiento grave infligido para la clase de víctima sin necesidad de que exista un resultado físico para que haya tortura ya desde la entidad del dolor, los más de 30 golpes al menor esposado y reducido.

> Es más, este tipo penal ni siquiera exige la existencia de algún tipo de lesión, toda vez que entiende por tortura que "inflijan intencionalmente dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos".
>
> "Infligir intencionalmente", significa aplicar deliberadamente, decididamente, conscientemente; la intención positiva y manifiesta de realizar la acción. Excluye la culpa —a diferencia del artículo 150 B, ya citado— en la acción.
>
> En este caso, la golpiza fue intencional, deliberada, dolosa; y con un objetivo específico.

La clase de golpes, su modalidad, enseña igualmente el dolo de torturar.[1] Por otra parte, concurre la finalidad de exigencia de información

1 «Todos estos antecedentes permiten tener por acreditado los graves dolores o sufrimientos físicos que [XXX], experimentó con ocasión de cada golpe que injustamente recibe el menor; cómo gime al recibir cada uno; pidiendo ayuda. Se debe reiterar en este punto que también estaba esposado, maniatado, en la espalda, sin ninguna posibilidad de defenderse; que eran dos personas que golpeaban a un me-

con los golpes, «la finalidad que los Carabineros, en este caso, buscaban obtener por medio de los golpes propinados: obtener de ella una declaración o una confesión, de dónde estaban las cosas que supuestamente había robado».

Caso 3: Cuarto Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RUC 1600360790-2, delito artículo 150 letra A del Código Penal

Se trata del caso sobre la muerte de la niña Lissette V.P por una asfixia por compresión torácica a causa de maniobras ejecutadas por cuidadores de residencia dependiente del Sename (Cread Galvarino) en la que la menor residía por orden del Tribunal de Familia. El juicio versó también respecto de lesiones sufridas por otros menores internos en Cread Galvarino. Ante estas situaciones surgieron interrogantes como:

- ¿Es un centro del Sename un lugar de privación de libertad para menores o lugar de custodia de niños? ¿Posibilidad de aplicación del artículo 150 A CP.?
- ¿Son apremios ilegítimos las contenciones efectuadas por los cuidadores de centros del Sename respecto de los niños y niñas bajo custodia del Estado?
- Una patada dada por un cuidador a un menor ¿se puede considerar que tiene la entidad suficiente para ser considerada un apremio ilegítimo del artículo 150 A?

El tribunal resuelve condenando a Conne Alexandra Fritz Castillo y Thiare Stephanie Oyarce García como autoras del delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A inciso cuarto en relación con el inciso primero del mismo del Código Penal vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos (11 de abril de 2016), en la persona de la menor Lissette V.P, en grado de consumado.

Absuelve a Mónica Patricia Monje Lutjens y Jessica del Carmen Figueroa Olivos del delito de apremios ilegítimos del artículo 150 A inciso segundo en relación con los incisos primero y cuarto del Código Penal vigente a la fecha de los hechos. Absuelve al acusado Luis Rodolfo Cerda Silva de los dos delitos de apremios ilegítimos del artículo 150 A inciso

---

nor; con brutalidad, rabia odio para obtener una confesión; que llegó sangrando a la 61ª Comisaría; cuya constatación de lesiones fue igualmente humillante que la golpiza recibida, sin ningún respeto a su persona ni a su condición de menor».

primero del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, (24 de marzo y 9 de junio de 2016).

Absuelve al acusado Luis Hernán Campodónico Lecaros de los dos delitos de apremios ilegítimos del artículo 150 A inciso primero del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, imputados en su contra, supuestamente cometidos con fecha 29 y 30 de marzo de 2016.

Absuelve al acusado Leonardo Antonio Lefian Escobar de los dos delitos de apremios ilegítimos del artículo 150 A inciso primero del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, imputados en su contra, supuestamente cometidos con fecha 25 de agosto y 14 de diciembre de 2015.

Condena al acusado Juan Guillermo Arrué Beltrán como autor de un cuasi delito de lesiones menos graves previsto y sancionado en el artículo 490 número 2 en relación con los artículos 399 y 400, todos del Código Penal, en la persona del menor Nicolás V.F, en grado de consumado, con fecha 4 de mayo de 2016.

Caso 4: Segundo Tribunal del Juicio Oral de Santiago, RUC 1900166462-2, delito de tortura de carácter sexual, artículo 150 letra C del Código Penal

En los hechos la víctima ingresó de urgencia al Hospital Horwitz Barak y encontrándose bajo sedación farmacológica, acostada en una de las camas del recinto hospitalario, el imputado [XX], funcionario público y técnico paramédico del servicio de urgencia efectuó actos de significación sexual y de relevancia que consistieron en tomar la mano de la víctima y colocarla sobre su pene, conminándola a efectuarle actos masturbatorios, tocarle uno de sus pechos, y encontrándose ya en estado de excitación, procedió a sentar a la víctima en la cama, bajarse el cierre de su pantalón y proceder a introducir su pene en la boca de la víctima sin su consentimiento.

La discusión se produjo respecto de la suficiencia de la prueba para acreditar delito de violación más la concurrencia de los elementos del tipo penal de tortura sexual del artículo 150 A en relación con el artículo 150 C. Para condenar el tribunal señaló que el bien jurídico afectado no solo es la integridad y autodeterminación sexual de la víctima pues es obligación del Estado dar protección de los derechos humanos a través de sus agentes.

El caso discurre en torno a la determinación de los elementos de un delito de tortura sexual, más allá de un delito sexual. En principio, la gravedad del acto es clara. A pesar de que el sufrimiento sexual grave aparece cuando la víctima es consciente, no hay duda de que una de las modalidades de agresión sin consentimiento es precisamente la inconsciencia de la víctima. Por lo demás, el sufrimiento aparece como efecto grave del acto de agresión del agente.

Otra diferencia respecto de los delitos sexuales que no configuran tortura está en el agente y su rol, un funcionario público encargado de la salud de la víctima. La mayor dificultad está en la distinción entre torturas y otros tratos crueles e inhumanos con relación a la finalidad que exige la tortura, más allá de que la referencia al sufrimiento sexual sea expresa en la tortura. Recordemos que los apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes del artículo 150 D hacen referencia a sufrimientos que no alcancen a ser torturas. De modo que la finalidad es clave. Ella aparece no solo por el agente, sino por la calidad de la víctima y el contexto en el que se producen los hechos.

Respecto de la razón de discriminación en razón del sexo, destaca la extrema vulnerabilidad de la víctima, que no solo estaba inconsciente, sino que también padecía de un cuadro psicótico y de agitación psicomotora severa por privación de consumo de drogas y de desnutrición.

El tribunal precisa que «la razón discriminatoria que motiva la conducta; la posición de vulnerabilidad en que se encuentra el sujeto pasivo, privado de libertad o bajo custodia o cuidado estatal. Este tipo, como norma de conducta, tendría la ventaja de comprender todas las circunstancias del caso en cuestión que según el legislador deben ser desvaloradas». La mayor determinación de la violación del artículo 361 respecto de la tortura del artículo 150 A se comprende luego en la regla de agravación del artículo 150 C.

Ante el delito de violación, el tribunal añade un fuerte reclamo de esta finalidad: «al calificar los hechos como violación, no se estaría valorando dos cuestiones esenciales: el especial reproche al agente estatal que incumple sus deberes de respeto de los Derechos Humanos y la razón discriminatoria que motiva el acto».

Caso 5: Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Cauquenes, RUC 1700549833-3, delito tortura artículo 150 letra D, inciso segundo del Código Penal

En los hechos la sentencia señala como hecho 1:

> En horas de la mañana del 11 de abril del año 2017, en el Módulo 5 del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Cauquenes, se ordenó el desalojo de los habitantes del citado módulo en dirección al gimnasio de la Unidad Penal, retirándose desde ese sector al interno Patricio Andrés Maturana Maturana, quien queda bajo custodia del Sargento Primero Iván De La Cruz Sepúlveda Pereira, funcionario de Gendarmería de Cauquenes, en ejercicio de sus funciones, quedando el interno reducido y de rodillas al piso. Llegando al lugar el funcionario de Gendarmería de Cauquenes, en ejercicio de sus funciones Cabo Gerardo Antonio Garrido Troncoso, quien agrede al recluso con cuatro golpes con su mano derecha abierta en la parte superior del cuerpo. Del mismo modo, se incorpora el funcionario de Gendarmería de Cauquenes, en ejercicio de sus funciones, Erwin Alejandro Moraga Aravena, quien le propina una patada con su pie derecho al interno, dirigida a su tronco superior. Finalmente, accede al grupo el Sargento Primero Alejandro Francisco Medel Parada, quien da cuatro golpes con su mano derecha a Maturana Maturana. Sepúlveda Pereira, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidió y no hizo cesar las mismas, estando en posición para hacerlo.

Luego, se relata como hecho 2 que:

> Con fecha 11 de junio de 2017, en el interior del Centro de Cumplimiento Penitenciario de Cauquenes, específicamente en el Módulo 4, el funcionario de Gendarmería de Cauquenes, en ejercicio de sus funciones, Suboficial Mayor Carlos Hernández Roa se acercó al lugar en que se encontraba el recluso Ignacio Ortiz Ortiz y le propinó un golpe de puño derecho en el rostro. Con posterioridad a este hecho, se ordena la reducción de la población penitenciaria del citado módulo, y encontrándose los internos sentados en el suelo y de espaldas al personal de gendarmería, el interno Reinaldo Antonio González Vera es golpeado por el Cabo Mauricio Vera López, funcionario de Gendarmería de Cauquenes, en ejercicio de sus funciones, quien le propina puntapiés en el cuerpo al interno, que no le generan lesiones.

La discusión se centró en la determinación de conductas activas, de golpes, contra internos bajo custodia de funcionarios de Gendarmería como apremios ilegítimos y no tortura. También es relevante la modalidad de conducta omisiva por parte de uno de los gendarmes de rango superior a los que golpean a la víctima.

Cabe destacar en este caso la vulnerabilidad de la víctima, bajo custodia, y la falta de finalidad que marca la definición como apremios ilegítimos y no torturas, a pesar del número y entidad de las agresiones. Es relevante la atención a normas internacionales e internas de modo conjunto.

Además de la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles e Inhumanos, se consideran los «Principios básicos para el tratamiento de los reclusos», adoptados y proclamados por la Asamblea General de Naciones Unidas con sus «Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos».[2] Finalmente, es relevante el «Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión», adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Respecto del derecho interno, el tribunal cita el artículo 15 del Decreto Ley 2.859, que fija la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile disponiendo que «el personal de gendarmería deberá otorgar a cada persona bajo su cuidado un trato digno propio de su condición humana. Cualquier trato vejatorio o abuso de autoridad será debidamente sancionado conforme a las leyes y reglamentos vigentes».

Asimismo, interesa el Decreto 518 que aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que corresponde al cuerpo normativo básico que reglamenta el quehacer de Gendarmería de Chile y de cada uno de sus integrantes. Por último, siguiendo con la normativa interna, el tribunal cita la Resolución Exenta 9.681 de 15 de septiembre de 2014

2 Número 27: «El orden y la disciplina se mantendrán con firmeza, pero sin imponer más restricciones de las necesarias para mantener la seguridad y la buena organización de la vida en común». En el número 30: «Un recluso solo podrá ser sancionado conforme a las prescripciones de la ley o reglamento». En su numeral 31: «Quedan prohibidas como sanciones las penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante». Regula expresamente los medios de coerción en sus numerales 33 y 34, así como los fines de la clasificación e individualización del interno, 67 a 69, para evitar la contaminación criminológica entre internos primerizos y aquellos reincidentes, así como dividirlos para facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social, es decir, la ficha de clasificación de un interno no habilita el uso de golpes en el trato.

del Ministerio de Justicia, que aprueba el «Procedimiento y flujograma para el uso de fuerza al interior de los establecimientos penitenciarios del subsistema cerrado y unidades especiales».

Con relación a la omisión del funcionario de mayor rango que observa la conducta de los otros gendarmes, el tribunal se ocupa por precisar los verbos rectores. «De impedir, concluye que el deber del empleado público para con el bien jurídico protegido es no omitir su obligación de frenar, suspender, evitar o imposibilitar la ejecución de los apremios u otros tratos sobre la víctima. De hacer cesar, implica que el empleado público debe realizar actos, ejecutar acciones concretas y directamente destinadas a terminar, finalizar, acabar o para que se dejen de realizar tales apremios o malos tratos de los que conoce su ocurrencia, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para ello».

Frente al comportamiento de este funcionario superior, el tribunal declara «junto con no apreciarse la ejecución de alguna acción concreta para detener los malos tratos, deja al privado de libertad al cuidado del agresor, retirándose del lugar y luego, al dar cuenta de lo ocurrido en la guardia interna, nada denuncia sobre este actuar ilegítimo. Con lo cual este acusado incurre de manera palmaria en la figura de la comisión por omisión, del artículo 150 D inciso primero parte final».

Caso 6: Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Concepción, RUC 2010013776-4, delito de violencia innecesaria en relación con el delito de apremios ilegítimos

> Hechos acreditados: El día viernes 06 de marzo del año 2020, alrededor de las 21:00 horas, en la cercanía de la esquina de las calles Paicaví y San Martín de la ciudad de Concepción, Víctor Andrés Torres Aguayo, sargento segundo de Carabineros de dotación de la Primera Comisaría de Carabineros de Concepción, en circunstancias que circulaba en su motocicleta en dirección a la Plaza Perú, en el ejercicio de sus funciones, fue empujado y derribado de su moto por Gabriel Ignacio Arias Soto, y luego de haberse reincorporado, es atacado nuevamente por Arias Soto, con un empujón, procediendo Torres Aguayo a dispararle a Arias Soto, sin una justificación proporcional a la situación que acontecía, tiro efectuado a una distancia aproximada de dos metros, con su arma de servicio pistola marca Taurus, modelo PT 917 C, calibre 9 x 19 mm, serie TEZ

04503, impactando su pierna izquierda, provocándole una fractura conminuta de tibia proximal izquierda, de carácter clínicamente grave, que suele sanar en 90 a 120 días, con igual o mayor tiempo de incapacidad.

Las discusiones versaron fundamentalmente en la determinación de la figura de apremios ilegítimos y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes como delito base respecto del delito de tortura. Se descarta el apremio por gravedad. Se trata de un contexto de ataque al agente, por una legítima defensa incompleta que revela la definición de un tipo de violencia injustificada por la falta de la necesidad racional del medio empleado.

En tal pronunciamiento destaca también la justificación proporcional, con atención a un principio de proporcionalidad desde la «Circular 1832» de la Dirección General de Carabineros de 1 de marzo de 2019.

Cabe destacar la relación del delito de apremios ilegítimos y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes con el de tortura como figura base, precisamente por la conducta que inflige dolor y la actuación de un agente del Estado. El ataque de uno de estos en ejercicio de sus funciones revela una característica elemental en estos delitos, más allá de la gravedad. Así, sobresale la necesidad de las finalidades específicas de la tortura, ausentes en estos apremios y tratos crueles.

Sin perjuicio de ello, el tribunal pone hincapié en la falta de gravedad suficiente para configurar apremios ilegítimos. Esa falta de entidad se enmarca en ataques contra el agente que lleva a una defensa finalmente no justificada por falta de necesidad racional del medio empleado. Más que la gravedad, la determinación del tipo penal se explica por el contexto presentado.

Supuestos relevantes del sistema Interamericano de Derechos Humanos en esta materia

Casos con víctimas adultas

Caso 1: «Cantoral Benavides con Perú», año 2000

En este caso la Corte Interamericana formuló definiciones concretas sobre el alcance y contenido del concepto de tortura en el contexto del Sistema Interamericano. El 6 de febrero de 1993, Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido sin orden judicial por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo de la Policía Nacional del Perú por su

presunta participación en el grupo armado Sendero Luminoso. Tras el arresto, permaneció detenido administrativamente e incomunicado por ocho días. En ese lapso fue objeto de varios actos de violencia física y psicológica por parte de los efectivos policiales y miembros de la marina con el propósito de que se auto inculpara y confesara varios actos delictivos. Posteriormente, aun cuando todavía no había sido legalmente procesado ni condenado, fue exhibido públicamente a través de los medios de comunicación vestido con un traje a rayas como integrante del Partido Comunista del Perú Sendero Luminoso y como autor del delito de traición a la patria.

Cantoral Benavides fue procesado por la justicia militar acusado de haber cometido el delito de traición a la patria. En septiembre de 1993 el Tribunal Supremo Militar Especial del Consejo Supremo de Justicia Militar confirmó su absolución por este delito y ordenó remitir la causa a la justicia ordinaria para que sea juzgado por el delito de terrorismo. El 10 de octubre de 1994 la Corte Suprema de Perú confirmó la sentencia de la Sala Penal Especializada de la Corte Superior de Justicia de Lima que lo había condenado a veinte años de prisión.

Tanto en el ámbito militar como en la justicia ordinaria, Cantoral Benavides fue juzgado por «jueces sin rostro» y fue víctima de numerosas violaciones a su derecho de defensa. Durante el trámite de ambos procesos permaneció encarcelado; el primer año fue recluido bajo un régimen de aislamiento celular continuo, dentro de una celda reducida sin ventilación ni luz natural en la que debía permanecer 23 horas y media del día. Asimismo, únicamente podía recibir visitas de sus familiares directos una vez por mes, se le impusieron restricciones para realizar trabajo físico e intelectual y fue recluido en condiciones de hacinamiento.[3]

La Corte Interamericana señaló que «el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano».[4]

En su análisis de los hechos del caso, la Corte Interamericana tuvo particularmente en cuenta que los actos de tortura fueron preparados e infligidos «deliberadamente» contra el Sr. Cantoral Benavides, asi-

3 Página 25 del caso.
4 Página 35 del caso.

mismo, puso especial énfasis en el doble «propósito» que estas acciones perseguían. Según la Corte, en un primer momento los actos de tortura procuraban suprimir la resistencia física de la víctima con el fin de que se auto inculpara y confesara determinados delitos. Luego, tras la condena, los actos de tortura constituían modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma (Bueno, 2003: 622-623).

Caso 2: Caso «Suárez Rosero contra Ecuador», año 1997

En este la Corte Interamericana había señalado que la incomunicación es una medida de carácter excepcional que debe ajustarse estrictamente a las condiciones establecidas por la ley. Según la Corte, la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional «por los graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles».[5]

En este caso la Corte señaló que «la sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor […] fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes, más aún cuando ha quedado demostrado que esta incomunicación fue arbitraria y realizada en contravención de la normativa interna del Ecuador».[6]

Sobre la base de estas reglas, en el caso de «*Luis Lizardo Cabrera con República Dominicana*» la Comisión sostuvo que la prolongada prisión y la incomunicación coactiva a la que fue sometido el peticionario constituyen formas de tortura que violan el artículo 5 de la Convención Americana.

Respecto de la detención, la Comisión consideró que fue un acto deliberado, aplicado de forma discrecional por las autoridades policiales, cuya «severidad deriva de la continua incertidumbre sobre su futuro a que se ha visto sujeto el Sr. Lizardo y que se prolongó durante 6 años». En cuanto a la incomunicación coactiva, la Comisión señaló que, aun cuando la Corte Interamericana consideró en varias oportunidades que la incomunicación coactiva es *per se* un trato cruel, inhumano o degra-

5 Página 18 y 25 del caso.
6 Página 25 del caso.

dante, en las circunstancias concretas del caso debía ser calificada como tortura.

La Comisión tuvo en cuenta varios aspectos, especialmente que la incomunicación fue aplicada de forma deliberada con el propósito de castigar al detenido, que las condiciones personales del peticionario eran delicadas pues padecía una afección gastrointestinal derivada de las condiciones de su prisión, además que el régimen de incomunicación que se prolongó por un lapso de siete días fue extremo ya que se le privó la ingestión de alimentos y bebidas y se le impidió el contacto con la luz solar.

Recientemente, en el caso de «*Ana, Beatriz y Celia González Pérez con México*» la Comisión expresó que la violación sexual cometida por miembros de las fuerzas de seguridad de un Estado contra integrantes de la población civil constituye en todos los casos una grave violación a los derechos humanos protegidos por el artículo 5 y que, bajo determinadas circunstancias, la violación constituye además tortura. Tal es la conclusión a la que arribó la Comisión Interamericana en este caso respecto de los abusos contra la integridad física, psíquica y moral de tres hermanas tzeltales, que fueron sometidas sexualmente contra su voluntad en el marco de un interrogatorio ilegal llevado a cabo por militares en una zona de conflicto armado, en el cual se las acusaba de colaborar con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN). Según la Comisión, por la manera en que fueron atacadas, las acusaciones que les hicieron y las graves amenazas, es razonable sostener «que los militares quisieron humillar y castigar a las mujeres por su presunta vinculación a los rebeldes».

Por último, cabe señalar que Corte Interamericana también intervino en casos en los que consideró que el Estado había violado el artículo 5.2 de la Convención Americana con relación a los familiares de las víctimas.

En «*Villagrán Morales*», la Corte sostuvo que los familiares habían sido objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes como consecuencia del trato que recibieron los restos de las víctimas que fueron enterrados como NN sin existir por parte del Estado ningún esfuerzo por determinar su identidad o contactar a los familiares para notificar su muerte, entregar los cuerpos o comunicar el estado de las investigaciones. De acuerdo con la Corte, «es evidente que el trato que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos y, en particular, para sus madres, constituyó para estas un trato cruel e inhumano».

Para arribar a esta conclusión, la Corte Interamericana una vez más recurrió a la jurisprudencia de la Corte Europea y tuvo especialmente en cuenta las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para su esclarecimiento.

Hipótesis con víctima mujer

Respecto del abuso de poder propio de la violencia contra la mujer por el hecho de serlo, es relevante la consideración de la clase de ataque a su dignidad,[7] en cierta faceta que especifica la situación atacada, relacionada con una idea de integridad moral o, mejor, personal, según veremos. Es interesante destacar ciertos pronunciamientos de la CIDH. Uno de los que merece resaltarse con atención al sufrimiento sexual, una violación sexual a mujeres es el Caso *Fernández Ortega y otros con México,*[8] donde además se trata de una mujer joven (de 25 años) e indígena, de la comunidad Me'phaa.

> 118. Este Tribunal recuerda, como lo señala la Convención de Belém do Pará, que la violencia contra la mujer no solo 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 estatal.[9] De igual forma, atiende

7 En caso de masacres la CIDH ha considerado particularmente el ataque a la dignidad de las mujeres, en sentido integral, así se observa en el caso de la *Masacre Plan de Sánchez con 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».

8 CIDH. Caso *Fernández Ortega con México.* Sentencia de 30 de agosto de 2010.

9 CIDH. Caso *Fernández Ortega con México*. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 128. «Por otro lado, esta Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun 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

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, 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 destaca una situación de humillación particular de la víctima mujer,[10] 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

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».

10 Especialmente relevante resulta atender al Caso *González y otras con* 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.

> 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.

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 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. En el caso del *Penal Castro Castro con Perú*,[11] 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 la percepción que las otras personas tienen acerca de la

11 CIDH. Caso del *Penal Miguel Castro Castro con Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, número 160, párrafo 303.

relación de la víctima con su grupo social.[12] 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 con Ecuador*:[13]

> 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 párrafo 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.

Casos con víctima NNA

El caso *Bulacio con Argentina*[14] se centra en la vulnerabilidad de la víctima adolescente, de 17 años, con atención a una determinada afectación en caso de torturas, con una idea de integridad personal relacionada con la dignidad humana.

> 126. Quien sea detenido "tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle

12 Opinión Consultiva OC-24/17, 24 de noviembre de 2017. Serie A, número 24.
13 CIDH. Caso *Flor Freire con Ecuador*. Sentencia de 31 de agosto de 2016.
14 CIDH. Caso *Bulacio con Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

el derecho a la vida y a la integridad personal". 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. 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 esta 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 este 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.

Otro caso relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es el de los «*Niños de la Calle con Guatemala*»,[15] 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,

15 CIDH. Caso de los «*Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) con Guatemala*», Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

> 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, párrafo 191).
>
> 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 también 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 con Perú*[16] se refiere en general a niños respecto de víctimas adolescentes de 14 y de 17 años, no solo para recoger la necesidad de una apreciación especial del bien afectado,[17] 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 solo 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, 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 estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades".

16 CIDH. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri con Perú*. Sentencia de 8 de julio de 2004.

17 124. «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».

Referencias

Asociación para la prevención de la tortura (2014). *Manual para el monitoreo de la detención migratoria*. Disponible en https://bit.ly/3bvrfAQ

Asociación para la prevención de la tortura (2016). *Guía sobre la legislación de la tortura*. Disponible en https://bit.ly/3bA8XPe

Bascuñán, Antonio (2007). «Derechos fundamentales y derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia,* 9.

Bueno, Gonzalo (2003). «El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el derecho internacional de los derechos humanos». *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

Carrasco, María (2002). *Los delitos plurisubjetivos y la participación necesaria*. Granada: Comares.

CDH (1992). Observación General número 20. «Prohibición de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Párrafo 2, en U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7.

CEJIL (2008). *La tortura en el derecho internacional: Guía de jurisprudencia*. Disponible en https://bit.ly/39QgokQ.

Comité de derechos del niño, Organización de las Naciones Unidas (2011). Observación General número 13, párrafo 17.

Comité para la prevención de la tortura, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Informe Anual 2020, (p. 50). Disponible en https://bit.ly/3OM9QCE.

Cordero, Idoris (2006). «Enfoque ético del dolor». *Revista Cubana de Salud Pública,* 32 (4). Disponible en https://bit.ly/3A8oInA.

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. DOI 10.4067/S0718-68512012000100007.

— (2012). «Los adolescentes ante el derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva», *Revista de Derecho* (Valdivia), 25 (1). DOI: 10.4067/S0718-09502012000100007.

Couso, Javier (2020). *Informe en derecho para el Mecanismo Nacional de prevención de la tortura*. Disponible en https://mnpt.cl/documentacion/.

Danielus, Hans (1993). «Protection Against Torture in Europe and the World». En Ronald St J Macdonald, Franz Matscher y Herbert Petzold (autores). *The european system for the protection of Human Rights*. Dordrechet: Martinus Nijhoff Publishers.

Defensoría de la Niñez (2019). *Informe anual*. Disponible en https://bit.ly/3a2zd4m.

Durán, Mario (2019). «Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido». *Política Criminal*, 14 (27).

Espinoza, Olga y Alicia Salinero (2014). «Concepto y ámbito del derecho penitenciario». *Ejecución de la pena privativa de libertad: Una mirada comparada*. Colección Documento de Trabajo, 17. Serie: Guías y Manuales. Madrid: Eurosocial.

Fornasari, Gabriele y José Luis Guzmán (2015). «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*, *Tercera Época*, 13.

Hernández, Héctor (2021). «La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización». En Couso, Hernández, Londoño (editores). *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos*. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa. Santiago: Thomson Reuter.

Matthei, Elisabeth, Marcela Zúñiga y Lidia Casas (2019). *Informe sobre estándares internacionales sobre apremios ilegítimos, violencia sexual y tortura*. UDP, Centro de Derechos Humanos.

Matus, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2014). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte especial*. 3ª edición. Thomson Reuters.

Medina, Cecilia (2003). *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos.

MNPT, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2021). *Prevención de la tortura y situación de las personas privadas de libertad en Chile. Informe Anual* 2020. Disponible en https://bit.ly/3RLcKJX.

Molina, Javier (2011). «El sufrimiento humano como experiencia personal y profesional». *Bioética*, mayo/agosto.

Nash, Claudio (2009). «Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes». *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* 15.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Serie de Capacitación Profesional 8 / Rev. 1. Disponible en https://bit.ly/3AgN6Gx

Organización de las Naciones Unidas (2016). Tratado modelo de asistencia recíproca en asuntos penales. Adoptado por resolución 45/117 de la Asamblea General y modificado posteriormente por resolución 53/112 de la Asamblea General.

Organización de las Naciones Unidas (2000). *Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.* Adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 Anexo.

Ortiz, Sandra (2021). «Una mirada crítica al uso de la fuerza policial respecto de adolescentes infractores de ley». *Derecho Procesal Penal.* Santiago-Sao Paulo: Tirant lo Blanch.

Ríos Álvarez, Rodrigo (2018). «Alcances de la acción de amparo ante el Juez de Garantía». *Revista de Derecho* (Coquimbo), 25 (1): 257-278. DOI 10.4067/S0718-97532018000100257

Rosentreter, Jeannette (2020). La práctica de la aplicación del Protocolo de Estambul en la investigación de la tortura en Chile. Dificultades para su implementación. Tesis de Magíster, Universidad Diego Portales. Disponible en https://bit.ly/39XCFNx.

Salinero, Sebastián (2013). «La nueva agravante penal de discriminación: Los "delitos de odio"». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 41.

Seminario internacional Prevención e investigación de la tortura en Chile. Instituto de Derechos Humanos, Ministerio Público de Chile, Centro de Estudios Públicos, Universidad de Chile (2014). Fernando Guzmán Fuenzalida, Juez del Primer Juzgado de Garantía de Santiago «La mística-corazón de la jurisdicción cautelar: Frenar la tortura».

Silva, Rodrigo (2014). «Los "sufrimientos" del delito de torturas», *Revista Nuevo Foro Penal*, 10 (83).

Stippel, Jörg (2006). *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile.* Santiago: LOM editores.

Stippel, Jörg y Paula Medina (2021). «Cuando los jueces visitan semestralmente las cárceles. La visita carcelaria en Chile después de la reforma procesal penal». *Política Criminal,* 16. Disponible en https://bit.ly/3OkzoHF.

Uriarte, Carlos (2000). «Delincuencia juvenil y derechos humanos». *Justicia y Derechos del Niño,* 2. Buenos Aires: Unicef.

Zapata, María Francisca (2014). *Jueces y política. Lecciones desde Chile (epílogo)*. En Lisa Hilbink, Cambridge University Press, 2007. México: Flacso.

Tortura y otros tratos crueles. Reflexiones sustantivas y prácticas
de Tania Gajardo Orellana y Tatiana Vargas Pinto

Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes

Como parte del equipo de Tipográfica,
trabajaron en este libro: Alejandra González Mege, Ana María Moraga,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma.

ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE