

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.
Polít. Crim. Vol. 17 N° 34 (Diciembre 2022), Art. 11, pp. 696-726
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/12/Vol17N34A11.pdf>]

Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal

Torture and unlawful enforcements against boys, girls and adolescents. A proposal from a differentiated criminal protection system

Tatiana Vargas Pinto
Doctor en Derecho
Profesora de Derecho Penal, Universidad de los Andes
tatianavp@uandes.cl
<http://orcid.org/0000-0002-0728-3846>

Tania Gajardo Orellana
Magíster en Derecho de la Universidad de Navarra, España
Candidata a Doctor en Derecho de la Universidad de los Andes
tgajardoorellana@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-9853-7911>

Fecha de recepción: 20/07/2021.
Fecha de aceptación: 28/04/2022.

Resumen

El estudio aborda la delimitación entre los tipos penales de torturas y de apremios ilegítimos frente a víctimas niños, niñas o adolescentes. El problema es relevante no solo por la compleja distinción entre ambas figuras, sino por las condiciones propias de la víctima menor de dieciocho años. Se cuestiona si el grave sufrimiento que ella experimenta se define en los mismos términos que en el caso de los adultos. Ante una respuesta negativa, se indaga en los factores que permiten establecer tal sufrimiento, para luego separar torturas de apremios ilegítimos. Desde un criterio de “uniformidad en el trato”, se plantean criterios de distinción con argumentos objetivos-normativos y subjetivos.

Palabras clave: tortura, apremios ilegítimos, grave sufrimiento, niños, niñas y adolescentes.

Abstract

This study focusses on the delimitation between acts of torture and illegitimate punishment against children or adolescent victims. The problem is relevant not only because of the complex distinction of those crimes, but also because of the specific conditions of the victim under eighteen years of age. We discuss whether the serious suffering that she experiences is defined in the same terms as in the case of adults. In case of a negative answer, it investigates the factors that make it possible to establish such suffering, and then separate torture from illegitimate punishment. From a criterion of "uniformity in treatment", we propose criteria of distinction with objective-normative and subjective arguments.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

Keywords: torture, illegitimate punishments, severe suffering, children and adolescents.

Introducción

La relevancia y entidad de las causas sobre torturas y apremios ilegítimos respecto de niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA),¹ especialmente en la última época en Chile,² son alguno de los factores que motivan este estudio. Uno de los problemas en la aplicación de estos tipos penales es la compleja delimitación entre ambas figuras, la que se ve incrementada en los supuestos en que las víctimas son NNA, en atención a las características especiales de este grupo de personas. La reforma de 2016 describe conductas como torturas (artículo 150 A del Código Penal chileno [en adelante, CP]³) y apremios ilegítimos (artículo 150 D del CP) con características comunes y elementos que no facilitan la separación entre ambos ilícitos, sobre todo por la definición residual de los apremios (no alcanzan a ser torturas). Muchas dificultades se hicieron patente ante los sucesos ocurridos desde octubre de 2019 en Chile y son particularmente importantes cuando las víctimas son menores de edad.

La pregunta fundamental que se intenta responder en este trabajo es si el elemento del tipo “grave sufrimiento [de la víctima]” puede presentar diferencias cuando la persona que lo padece es un NNA. Si la respuesta es positiva, se indaga en los factores que permiten establecer este sufrimiento, para luego delimitar las torturas y de los apremios ilegítimos. La dificultad para distinguir ambos delitos se agrava por la consideración de NNA en los apremios como agravante. No es claro cuándo la entidad y cualidad de la conducta configura un delito de torturas o cuando sería un delito de apremios ilegítimo agravado. Ante la compleja determinación,⁴ se ofrecen criterios jurídicos para establecerlos.

La especial condición de estas víctimas, en términos de desarrollo y vulnerabilidad, es central ante conductas que se definen sobre la base del dolor o sufrimiento. La referencia a NNA es clara en el tipo penal de apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, al igual que en las vejaciones injustas. Sin embargo, la norma que sanciona las torturas nada dice acerca de NNA. Su omisión allí puede comprenderse ante la especial gravedad de las

¹ El trabajo se realiza por interés particular del INDH. El 16% de las querrelas presentadas por el INDH se refieren a víctimas niños, niñas y adolescentes. Disponible en: <https://tinyurl.com/2pee97hg> [visitado el 08/12/2022]

² Entre el 18 de octubre de 2019 y el 30 de junio de 2020, la Defensoría de la Niñez tomó conocimiento de 818 casos a nivel nacional de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, entre las cuales se registran heridos(as) por bala o perdigones, golpes, desnudamientos, tortura, detenciones ilegales, persecuciones y amedrentamientos. Según los datos informados por el Ministerio Público a la Defensoría de la Niñez, entre el 18 de octubre de 2019 al 31 de marzo de 2020, ingresaron 8.510 casos de víctimas de violencia institucional, de los cuales 1.315 corresponden a niños, niñas y adolescentes. Informe anual Defensoría de la Niñez, p. 82. Disponible en <https://www.defensorianinez.cl/informe-anual/wp-content/uploads/2020/11/ia2020.pdf> [visitado el 07/12/2022].

³ En el año 1998 la Ley 19.567 introdujo el art. 150 A con otro tenor, para sancionar los tormentos en conjunto con los apremios ilegítimos, como conductas alternativas y respecto de personas privadas de libertad. Compararemos las principales diferencias con atención al objeto de estudio.

⁴ La dificultad para separar torturas de apremios ilegítimos se constata en general, sobre todo desde nociones amplias de tortura. HERNÁNDEZ (2021), p. 516, advierte un “grave riesgo de banalización” ante respuestas indiferenciadas. El problema de delimitación es mayor cuando se trata de víctimas NNA.

torturas, que los comprenderían sin otra cualificación. Esta misma consideración facilita la confusión.

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”. Las conductas sexuales también se darían en los apremios ilegítimos, solo que no con la intensidad que requiere la tortura. Los límites son difusos, pero la situación y condición de la víctima son básicos para las torturas y para los apremios ilegítimos.

Las argumentaciones siguientes se desarrollan en dos planos: uno objetivo-normativo, que atiende a la legislación penal chilena; y otro subjetivo, dirigido al núcleo material de las torturas con atención a la consideración de la víctima. La perspectiva normativa permite observar ciertas valoraciones del legislador penal en orden a establecer diferencias en supuestos en que se vean involucrados NNA, por ejemplo, el régimen diferenciado cuando son agentes de imputación penal al fijar sanciones. Las valoraciones que explican este régimen especial no cambian cuando tales sujetos son víctimas y, entonces, parecen particularmente útiles protegerlos. El segundo plano alude al rol central del sufrimiento en la configuración de estos delitos en atención con las condiciones de la víctima. El papel de las emociones en los NNA, como personas en desarrollo, parece básico. Con semejante análisis se procura proponer criterios de delimitación. Para tal fin, se atenderá primero a los fundamentos normativos internacionales básicos para el tratamiento jurídico de NNA.

1. Principales fundamentos jurídicos internacionales para un tratamiento penal diferenciado de NNA

El derecho en general trata de manera distinta a los niños y a los adolescentes frente a los adultos. Así lo ha promovido el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito penal cuando se trata de adolescentes imputados. La pauta ha sido recogida en los sistemas normativos nacionales, en particular en Chile a través de la Ley N° 20.084. La distinción también aparece en el CP cuando los NNA son víctimas de delitos, según veremos.⁵ Antes de revisar la legislación chilena, conviene examinar los fundamentos que inciden en las decisiones jurídicas.

Couso advierte que los fundamentos para este tratamiento diferenciado en el ámbito del Derecho penal se hallan en “las principales afirmaciones empíricas de la psicología del desarrollo y de la criminología, acerca de la diferente situación en que se encuentra el adolescente, en comparación con el mayor de edad, que han incidido en el establecimiento de principios especiales para su juzgamiento penal”.⁶ Estos principios especiales están en los instrumentos internacionales de derechos humanos y luego se receptionan en las legislaciones nacionales respecto de la persecución penal de adolescentes. Repasamos los principios básicos que operan tanto cuando NNA son víctimas como cuando son imputados.

⁵ Así se evidencia en algunos delitos, en particular los nuevos tipos penales de los artículos 403 bis y ter incorporados por la Ley 21.013 en 2017.

⁶ COUSO (2012b), pp. 267-322.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

1.1. Principios generales de protección de niños, niñas y adolescentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁷

En este apartado se revisan brevemente los principios generales de protección de NNA en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se trata de las obligaciones de los Estados derivadas del *Corpus Iuris* relativo a la materia y las normas destinadas a la interacción de NNA con la justicia penal, como fundamento de aseguramiento constitucional en Chile de sus derechos⁸. Los principios se presentan como una guía que orienta tanto la responsabilidad penal adolescente como la interpretación de tipos penales con víctimas menores de edad. Todos los Estados signatarios de la Convención de los Derechos del Niño, como es Chile, tienen las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de los NNA. Dentro del amplio grupo de personas no adultas, es relevante distinguir entre los niños y adolescentes, considerando que los niños son todos aquellos menores de trece años.

La obligación de los Estados de asegurar estos derechos no solo está relacionada con el ejercicio de su propio poder, sino que también lo está con las posibles acciones de los particulares. Ello, en función de las necesidades de protección del sujeto de derecho, por su implícita vulnerabilidad al tratarse de seres humanos en desarrollo, que aún no alcanzan la madurez ni autonomía plena. Esta obligación cobra especial relevancia cuando el sujeto activo es funcionario público.

Los principios rectores y derechos que inspiran el sistema de protección integral de los NNA⁹ son: principios de igualdad y no discriminación; principio de interés superior del niño; derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño; derecho a ser escuchado y al respeto de su opinión en todo procedimiento.

Ellos son relevantes para la interpretación de los tipos penales con víctimas menores de edad. También destaca para este fin el consenso internacional acerca de dos tópicos fundamentales en la materia: la necesidad de protección especial de los NNA y el paradigma de la protección integral¹⁰.

En cuanto a la necesidad de protección especial se explica tanto por la dignidad intrínseca de las víctimas seres humanos, como por el interés social en que este grupo de la población — que transita hacia la madurez— crezca con las garantías y derechos para que su desarrollo sea pleno.

⁷ El *Corpus Iuris* de derecho internacional está compuesto por: la Convención sobre Derechos del Niño de Naciones Unidas, los protocolos complementarios, relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, y el protocolo facultativo sobre la participación de niños en los conflictos armados. Se suma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) tanto la de casos contenciosos, como las opiniones consultivas sobre la materia. También a modo de *soft law* las observaciones del Comité de Derechos del Niño. Las reglas Mínimas de Naciones Unidas para la administración de justicia juvenil (Reglas de Beijing); Las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia infantil (Directrices de Riad).

⁸ NOGUEIRA (2017), pp. 415-462.

⁹ NOGUEIRA (2019), pp. 265-270.

¹⁰ En opinión consultiva 21/14 de 18/08/14 la CIDH desarrolla los conceptos del ejercicio de derechos de los niños de manera progresiva en razón de la protección que deben otorgarles los Estados.

El paradigma de la *protección integral* implica el reconocimiento de los NNA como sujetos plenos de derechos y obligaciones. La diferencia con los adultos radica en el ejercicio de esos derechos y el cumplimiento de los deberes, con progresiva autonomía, de acuerdo con su nivel de madurez y desarrollo. Es por esto que los Estados deben respetar, como piso mínimo, los mismos derechos y cumplir con las mismas obligaciones que para con los adultos, al que se suma la especial protección que deben brindar a personas (sujetos de derecho) en desarrollo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) también considera este criterio como primordial a la hora de conocer y fallar, y alude a las diferentes exigencias de los niños, a partir de la edad o etapa de desarrollo en la que se encuentran. Así lo ha señalado:

“Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.¹¹

Respecto del aplicador del derecho, la Corte ha señalado que “[...] sea en el ámbito administrativo o en el judicial, [el aplicador del derecho] deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”.¹² Por último, en particular en materia de violencia, son relevantes los siguientes criterios derivados de la Convención de los Derechos del Niño:

- La violencia contra los niños jamás es justificable: no hay ningún espacio para la violencia legalizada, autorizada, social o culturalmente tolerada contra los niños; es decir, es una prohibición absoluta.
- Las características propias de los niños (su situación inicial de dependencia y de desarrollo, su extraordinario potencial humano, su vulnerabilidad, y en ciertos casos, características adicionales que la acentúan) exigen una mayor protección, nunca menor, contra la violencia que los adultos.
- Toda violencia contra los niños se puede prevenir. En consecuencia, los Estados deben adoptar todas las medidas (legislativas, administrativas, sociales y educativas) disponibles que sean apropiadas para eliminarla.
- En virtud de la especialidad de la víctima en el caso de que sea un niño/a o adolescente, la Corte IDH ha afirmado que dicha circunstancia “obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal¹³”.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafos 98, 101 y 102.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.

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

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

1.2. Derechos y prohibiciones generales sobre de niños, niñas y adolescentes frente al sistema penal derivados de la Convención de los derechos del niño de 1989

Los Estados, al ser signatarios de los instrumentos señalados, reconocen la existencia de un conjunto de normas fundamentales que se encuentran vinculadas con el fin de garantizar los derechos humanos de NNA. Son relevantes para estos fines:

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

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

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

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

En específico sobre la integridad personal, la Corte IDH, en el Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM de Brasil, ha determinado acerca de menores privados de libertad que: “[...] están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor”¹⁴.

En conexión con la misma Convención, cobran relevancia en la materia las tres reglas o directrices acerca de la justicia de menores de edad, estas son: las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), las Reglas mínimas uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Normas de Beijing), y las Reglas de Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad o Regla de la Habana de 1990. Estas se centran en el tratamiento que debe observar el Estado hacia los menores imputados, las que buscan protegerlo como sujeto

¹⁴ CIDH, Caso Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil. Sentencia de 30 de noviembre de 2005, párrafo 13.

en desarrollo, y deben ser seguidas por los encargados de hacer cumplir la ley, mismos funcionarios públicos que pueden ser sujetos activos de los delitos que refiere este informe. Se consideran a continuación las que más inciden en la delimitación de los delitos que se analizan, esto es, las de Beijing y las de la Habana.

1.2.1. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing, de 1985 y Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, o Reglas de La Habana, de 1990

En el artículo 4 de las Reglas de Beijing los Estados asumen la obligación de reconocer el concepto de mayoría de edad penal. Se sugiere que no sea demasiado temprana “habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual”. Las razones esgrimidas para este concepto son también relevantes para cuando los menores de dieciocho años son víctimas, ya que no cambian las circunstancias emocionales, mentales e intelectuales.

La regla 10 se dedica al primer contacto entre la autoridad policial y el menor, estableciendo obligaciones al respecto, tales como; “cada vez que un menor sea detenido, la detención se notificará inmediatamente a sus padres o su tutor”. Evita así que estén bajo el cuidado o tutela del funcionario estatal sin conocimiento de sus padres, y se alargue su detención. Luego se establece que “el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”; misma razón para evitar que pasen un tiempo prolongado bajo el cuidado o tutela del Estado. Esta regla es muy relevante en cuanto los tipos penales que se tratan aquí, por la cláusula de agravación de penas cuando hay personas bajo cuidado, tutela o custodia del Estado.¹⁵

En las reglas de La Habana, la número 65 establece que “en los centros de detención de menores, está prohibido el porte y uso de armas por el personal”. Es interesante en el caso chileno, por la detención de los menores de edad en el mismo lugar donde los adultos están detenidos, principalmente en recintos policiales, a la espera de ser liberados o pasar a control de detención en el juzgado de garantía. En todos esos sitios los funcionarios portan sus armas de servicio.

En la regla 64 se establece que el uso de la fuerza o coerción es excepcional, esto es “cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control y solo de la forma expresamente autorizada y descrita por una ley o un reglamento”. Termina la regla con una clausura en la que señala que los instrumentos de fuerza o coerción no deberán causar humillación ni degradación a los menores de edad, en cuyo sustrato está la norma internacional que se ha elevado a estatus de *jus cogens* de prohibición absoluta de la tortura. Con base en esta normativa internacional, se indaga en las pautas generales de la legislación chilena, para seguir el examen del tipo de torturas y de apremios ilegítimos ante estas víctimas.

¹⁵ Disponible en: <http://www.cidh.org/ninez/pdf%20files/Reglas%20de%20Beijing.pdf> [visitado el 07/12/2022].

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

2. Tratamiento diferenciado de los NNA en el sistema penal chileno: generalidades de responsabilidad penal adolescente y otros antecedentes del Código Penal

Además del conjunto de principios y acuerdos de la comunidad internacional, el estudio de la psiquis humana y del comportamiento de los menores de edad ante el sistema penal han llevado a muchos países, entre ellos a Chile, a asumir un sistema diferenciado de persecución penal si los infractores son NNA.¹⁶ En este sentido se ha advertido que es relevante adecuar la respuesta penal a la fase evolutiva de los adolescentes o jóvenes. Esta misma fase evolutiva del adolescente, importante para modificar su responsabilidad penal e imponer diversas sanciones, no ha de desatenderse al examinar las conductas que los afectan como víctimas. En el sistema jurídico chileno hay reglas de agravación y calificación de las conductas que afectan gravemente a un menor de dieciocho años, con especial atención si son niños o niñas. Incluso existen condiciones de incriminación que atienden a estas víctimas, delitos que se imputan solo en estos casos, como el favorecimiento de la prostitución o el maltrato relevante.

Si bien puede distinguirse claramente el régimen de responsabilidad penal del sistema de protección de derechos de NNA, la consideración de sus circunstancias particulares no debiera cambiar. Igualmente se reconocen puentes entre ambos sistemas respecto de adolescentes infractores cuando se vulneran sus derechos,¹⁷ es decir, dentro del mismo contexto de imputación de responsabilidad penal. Aquí se advierte otro puente, se trata de mantener la misma lógica de evaluación o tratamiento para estas personas en desarrollo fuera del sistema de responsabilidad penal, en su rol de víctima; y hay evidencia para ello.

Cuando se trata de jóvenes infractores de normas penales se admite un especial contexto de protección, como debe ser el estar bajo la custodia, tutela o cuidado del Estado. Más allá de esta idea tutelar, interesa el régimen especial; los fundamentos de la atenuación general de responsabilidad considerados en Chile para la dictación de la Ley N° 20.084 –vinculados con la culpabilidad–; la sanción e incluso el injusto penal. La situación especial de los menores de dieciocho años es igualmente relevante, sino más, cuando son víctimas de un delito.

La distinta apreciación de su condición como víctima se refleja en otros tipos penales en el CP, según veremos. Su revisión es relevante frente a las torturas y los apremios ilegítimos con víctimas NNA, particularmente por la falta de determinación entre ellos indicada y la centralidad del sufrimiento con atención a aspectos personales. Para comenzar este examen, se atiende ahora al régimen de responsabilidad adolescente, por especificaciones expresas y por la entidad de la diferencia de sanción justamente en razón del sufrimiento que ella implica, valoraciones importantes para delimitar los tipos penales de tortura y los apremios ilegítimos.

Según Uriarte, el principal fundamento del sistema es un principio de especificidad que obliga a establecer las reglas diferenciadas para adolescentes basadas en una “estructura óptica inconfundible: el niño adolescente como ser humano en desarrollo, en proceso de

¹⁶ Respecto de las diferencias del sistema desde sus inicios en el país, AGUIRREZABAL *et al.* (2009), pp. 141 y ss.

¹⁷ COUSO *et al.* (2019), pp. 273 y 274.

conformación de su identidad”.¹⁸ Sobre la base de esta estructura, advertimos dos tópicos particulares que fueron considerados relevantes en Chile al fijar el sistema diferenciado de responsabilidad penal juvenil y que son de interés en caso de víctima de torturas y apremios: la psicología del desarrollo y algunas conclusiones desde la criminología en la materia.

Los estudios de psicología del desarrollo humano afirman que los adolescentes tienen mayor sensibilidad a la privación de libertad (de corto o largo tiempo) y vulnerabilidad ante los efectos perjudiciales del encierro.¹⁹ Los NNA tienen una percepción diferente del tiempo en términos absolutos y esto les hace ser más sensibles a la separación del entorno familiar y social. Esta apreciación es especialmente relevante para torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes y vejaciones injustas por la situación de encierro que suele presentarse

A partir de estas consideraciones, se distinguieron tramos de edad para menores imputados en Chile. El Derecho penal asume la realidad diferenciada, ya sea para declararlos inimputables (a los menores de 14 años) o para establecer el régimen especial de responsabilidad penal entre los 14 y 17 años, con distinción entre 14 y 15 años y 16 y 17 años²⁰. Couso precisa que el mandato de especialidad en el juzgamiento penal de los adolescentes, en materia de derecho penal sustantivo, viene constituido fundamentalmente por los siguientes principios básicos:²¹

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

Como ya hemos visto, la norma penal tiene en cuenta las circunstancias del adolescente, tanto respecto de la norma de conducta, como de la norma de sanción. Dicha consideración diferenciada no ha de cambiar si el adolescente no ocupa la posición de sujeto activo, sino de víctima y, por lo tanto, titular del bien protegido afectado. El menor de edad frente al derecho penal, como víctima, es acreedor del mismo trato diferenciado.

En tal sentido, en el CP encontramos otras manifestaciones de distinción cuando los NNA son víctimas de delitos. Por ejemplo, el artículo 94 bis establece la imprescriptibilidad de la acción penal en algunos delitos sexuales. En ese contexto de los delitos sexuales, se agravan las penas, se configuran agravantes y se establecen acciones penales públicas, previa

¹⁸ URIARTE (2000), p. 96.

¹⁹ Revisar algunos de estos respecto del sistema nacional en COUSO (2012b), p. 274.

²⁰ La Ley N° 20.084 toma tramos de edad para distinguir imputaciones y respuestas para adolescentes infractores; y separa a quienes tienen 14 y 15 años de los que tienen 16 y 17 años, por ejemplo, para ser responsables de una falta penal, para efectos de algunas figuras penales sexuales o para limitar la duración de las sanciones penales (por ejemplo, arts. 1, 4, 18 y 22).

²¹ COUSO (2012a), p. 153.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

instancia particular, para delitos que solo serían perseguibles por acción penal privada en caso de adultos. De forma similar, en los tipos penales de tráfico de migrantes y trata de personas se agravan las penas si son cometidos contra migrantes o víctimas menores de dieciocho años. Como se enunció, en los tipos apremios ilegítimos, tratos crueles, inhumanos o degradantes, y en las vejaciones injustas, también se agrava la pena cuando la conducta se realiza en contra de un NNA. Si bien esta referencia no aparece en el delito de torturas, su atención no deja de ser relevante frente al núcleo de sufrimiento. De hecho, más claro resulta la consideración de estas víctimas menores de edad en la incriminación de conductas de maltratos no castigadas respecto de adultos, salvo que sean adultos mayores o en situación de discapacidad.²² Ahora veremos estos delitos frente a esas víctimas en desarrollo. Primero se advierten los problemas generales de distinción entre los delitos y la cualidad particular del sufrimiento ante la víctima. Esta última relación explica la mayor atención de las consideraciones diferenciadas expuestas.

3. Tortura, apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, y agravios inferidos por funcionarios públicos en contra de NNA

3.1. Torturas

Es interesante observar cómo la extensión de la figura de torturas, que en un comienzo se enfoca en la modalidad de castigo, tormento,²³ requiere mirar la condición de la víctima para su determinación. La amplitud de la clase de sufrimientos graves y la inclusión de alteraciones a la personalidad, voluntad y capacidad de discernimiento o decisión, exigen un examen particular ante la víctima.²⁴

El tipo de torturas se define sobre la base de la provocación de “dolores o sufrimientos graves” por cualquier clase de conducta. El contexto, las finalidades, y los agentes son clave para explicar tal definición. La producción del dolor o sufrimiento grave supone atender al sujeto que lo padece. La víctima es también elemental, aunque no suela destacarse²⁵. El tipo penal descrito en el artículo 150 A señala:

²² La ley aprecia una especial situación de vulnerabilidad de NNA que explica la entidad de ciertas conductas. Así, se registra el consenso parlamentario respecto de la necesidad de proteger de toda forma de maltrato físico o psicológico, específicamente víctimas niñas y niños. Se considera este requerimiento con relación al reforzamiento de otras normas que los protegen (delitos de connotación sexual; maltrato familiar e incluso desde un entorno no familiar, como el educacional), Historia de la Ley N° 21.013, de 2017.

²³ Al comienzo solo se contempló un tipo de tormento y rigor innecesario. Recién en 1998 la Ley N° 19.567 introdujo una figura de apremios ilegítimos (anterior artículo 150 A). El original artículo 150 castigaba con presidio o reclusión menores y suspensión en cualquiera de sus grados, a “1° Los que decretaren o prolongaren indebidamente la incomunicación de un reo, le aplicaren tormentos o usaren con él de un rigor innecesario. Si de la aplicación de los tormentos o el rigor innecesariamente empleado resultaren lesiones o la muerte del paciente, se aplicarán al responsable las penas señaladas a estos delitos en sus grados máximos.

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

²⁴ Algo intuye MEDINA (2003), p. 150, cuando afirma que cree posible que las circunstancias de la víctima sea un elemento para definir la tortura.

²⁵ Al analizar el umbral de sufrimiento de la víctima, subraya NASH (2009), p. 598, la consideración de criterios objetivos y subjetivos; estos últimos remiten a elementos propios de la víctima.

“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 éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.

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

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

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

Desde ya merece comentarios la separación que hace el artículo 150 A sobre la clase de dolores y sufrimientos graves, que pueden ser físicos, psíquicos y además sexuales. Se ha de recordar la discusión sobre la inclusión de perturbaciones o malos tratos sexuales en el contexto de 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.²⁶

La expresa alusión a sufrimientos sexuales en la tortura exige considerar de modo particular a la víctima, por la incidencia de la edad en la voluntad y en la misma determinación del bien afectado (indemnidad o libertad sexual), especialmente si es NNA. La figura también suma como tortura comportamientos —métodos— “tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión”, que revelan un aspecto individual de la víctima fundamental para establecer tales torturas. Esta cuestión

²⁶ La omisión es clara al examinar los artículos 5 y 14 de la Ley N° 20.066. La indicación sustitutiva del Ejecutivo de 2001 se incluía la “integridad sexual”. La Comisión de Familia de la Cámara de Diputados suprimió en 2003 esta referencia, con su exclusión final. Historia de la Ley N° 20.066, 2005, pp. 25, 71, 146 y ss. Se ha de hacer presente que el Proyecto de ley sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, Mensaje N° 307-364 de 2016, propone la inclusión de la libertad e indemnidad sexual.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

es evidente en menores de edad, pues sus facultades y personalidad están en proceso de desarrollo.

En realidad, la conducta de tortura estructurada sobre la base del sufrimiento grave demanda siempre la atención a la víctima para su determinación. Desde ya, sabemos que las torturas no suponen necesariamente lesiones graves ni muerte, principalmente por la regla especial de concursos del artículo 150 B.²⁷ Los efectos son limitados, se restringen a ese dolor que parece cualificar la misma conducta, aunque se diferencian manifestaciones. La distinción de los verbos rectores y la referencia a “actos” que importan tales sufrimientos permiten separar conductas de efectos. Ellos incluso pueden solaparse con alguna figura de lesión no comprendida en la regla concursal.²⁸

Únicamente los dolores físicos se confunden con otros efectos materiales. En cambio, siempre parece estar presente la perturbación psíquica, mientras sea un dolor psíquico extremo.²⁹ Este dolor es la base para establecer una conducta de tortura y la psiquis de un NNA —según los distintos tramos de edad— es distinta a la de un sujeto adulto en general. Su relevancia y precisión tienen sentido ante un objeto de tutela que no se identifica con la salud, vida o incluso libertad e indemnidad sexual de la víctima. Las conductas y efectos que configuran las torturas se explican ante una idea de integridad moral³⁰ o de autodeterminación personal ligada a un determinado aspecto de la dignidad humana, según expondremos luego.

La incidencia de la víctima parece central para delimitar las exigencias de imputación ante semejante perspectiva de injusto, especialmente si está en proceso de desarrollo. Sabemos que las cualidades de los NNA han sido determinantes al analizar el sistema de responsabilidad penal adolescente, es decir, cuando el joven infringe una norma penal. La atención subjetiva no ha de cambiar por el hecho de que aquél pase a ser víctima, sobre todo ante un delito que afecta facultades intelectuales y volitivas, y está ligado a sus emociones.

Ahora no se trata de disponer un reproche reducido, sino de atender a la afectación de esas diferentes facultades y emociones para establecer un injusto penal particular. Se destaca aquí un criterio de “uniformidad en el trato” respecto de las condiciones propias de un sujeto, las que se mantienen con independencia de su rol. El enfoque de víctima recoge normas internacionales, pero es clave desde la figura de tortura, al igual que de la de apremios. La medición del dolor no debiera ser idéntica a la que procede en caso de adultos, cuando la

²⁷ 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.”

²⁸ El problema de la amplitud de las referencias, que lleva a solapamientos con figuras de lesiones, se suele destacar en los países donde se emplean descripciones que siguen las mismas pautas internacionales, aun cuando se elimina la cualificación de graves para los dolores o sufrimientos; así ver SILVA (2014), p. 76.

²⁹ Uno de los supuestos que se cita de este dolor es la violación de algún familiar. En este sentido, BELL (2008), p. 344.

³⁰ En este sentido, DURÁN (2019), pp. 205-213.

misma definición de dolor implica un aspecto individual en su determinación. Existen pautas normativas internas que fundan distinciones en las normas de conducta y de sanción penal.

Una nota importante para tener en cuenta, a diferencia del anterior artículo 150 A (antes de 2016), es que la víctima no requiere estar privada de libertad. Si lo está, se considera una agravante especial (artículo 150 C³¹). La definición de la conducta típica se torna más exigente aún; y podemos separar una conducta base con dos modalidades generales, dentro de un contexto particular que reclama ciertas finalidades. Para revisar las modalidades típicas y definir estas conductas de tortura frente a víctimas NNA, se ha de tener presente las exigencias típicas vigentes. A continuación, se examina la conducta típica con las dos modalidades anunciadas para luego precisar el contexto que termina de definir las torturas. Así, ya adelantamos que ellas se distinguen de los apremios ilegítimos, si bien los sujetos pueden coincidir, también por las finalidades.

3.1.1. Conducta típica y modalidades

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

En ambos supuestos de tortura, las calidades o efectos exigidos se centran en la víctima. Los sufrimientos y las medidas descritas refieren a aspectos individuales y que no requieren producir consecuencias físicas. Si existen, las conductas pueden cumplir otros tipos penales, lesiones, mutilaciones y muertes. La distinción es clara con la citada regla especial de concurso del artículo 150 B, 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 del tipo penal de torturas, se vinculan con la clase de dolores que definen las torturas, los físicos, psíquicos y sexuales. Además, la falta de tales efectos del supuesto simple de torturas revela la importancia de las modalidades de conducta, con las exigencias subjetivas que terminan de definir las torturas. Matus y Ramírez³² 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

³¹ 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”.

³² MATUS Y RAMÍREZ (2014), p. 274.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

ilegalmente.³³ Allí aparece una importante consideración ante los ataques que las torturas suponen.

Pueden igualmente distinguirse consecuencias de las conductas, con la separación de los verbos rectores y la misma exigencia de actos que provocan esos dolores graves o afectaciones a la personalidad, a la voluntad o a la capacidad de decisión o discernimiento. Tales efectos han de definirse con atención al objeto tutelado por la norma que sanciona estas conductas y que muestra la relevancia de la víctima. Antes de entrar al particular análisis respecto de víctimas NNA, procede detenerse en las dos modalidades de torturas contempladas en el artículo 150 A. Las conductas se completan luego con el examen breve del contexto, que remite a las finalidades y a los agentes.

a) Actos que supongan dolores o sufrimientos graves

Los verbos rectores —aplicar, ordenar o consentir en que se aplique, e incluso no impedir o no hacer cesar— se refieren a las torturas. Ya hay una primera distinción entre verbos y tortura. Luego el legislador define torturas como actos que tienen la especial cualidad de suponer o, mejor, infligir³⁴ dolores o sufrimientos graves. Si bien el dolor grave parece referirse a una cualidad de la conducta, se advierte un efecto en esa misma definición con la alusión a actos. Ellos evidencian una fuente o causa de “cierto resultado” 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.

El dolor o sufrimiento grave es la determinación objetiva clave, una repercusión central que se aprecia particularmente en tesis que definen el núcleo del injusto de la tortura sobre la base de la perturbación de una “integridad moral”³⁵. También esta idea explica la otra alternativa de tortura referida a la personalidad, voluntad o facultad para discernir o decidir. Igualmente, la salud psíquica puede reflejar la esencialidad del sufrimiento, como ataque que de todas formas alcanza la psiquis; aunque la integridad moral parece cubrir mejor ambas formas de tortura (incisos 3° y 4° del artículo 150 A). Falta todavía definir qué se entiende por dolor o sufrimiento grave.

Más interesante aún es la advertencia que hace Silva³⁶ sobre 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 un aspecto

³³ Por eso Matus y Ramírez entendían que el objeto protegido afectado era la seguridad individual como presupuesto de la libertad, aún vigente la anterior norma que requería que la víctima estuviera privada de libertad. Ahora que se eliminó tal exigencia, parece más sencillo señalar otros bienes jurídicos, como la integridad moral. En este sentido, DURÁN (2019), pp. 205-213. Cabe destacar la referencia que Durán hace de Bustos respecto de la centralidad de la víctima para determinar el concepto de trato degradante en cada caso concreto, que destaca su relevancia al determinar ya la conducta típica (DURÁN (2019), p. 209).

³⁴ La palabra infligir remite a castigo, que lleva a la hipótesis de tormento; aunque las torturas ahora no se restringen a esa hipótesis.

³⁵ En este sentido, engarzan muy bien definiciones de integridad moral en términos de doblegar la voluntad de la víctima o incluso de afectar su autoestima. MATTHEI *et al.* (2019), p. 8, hablan de integridad moral “ligada a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad independiente que la persona”, aunque también señalan como bienes la integridad física, psíquica y la vida, y aluden igualmente a la integridad personal.

³⁶ SILVA (2014), pp. 81-83.

de 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 ni como “objeto” directo de tutela.

Silva recuerda a Kant, quien observa en la dignidad humana el respeto por la autonomía y la capacidad para razonar. Desde estas ideas, precisa que hay un ámbito de la dignidad humana que está específicamente protegido por la prohibición de la tortura, que es la “identidad individual, la autoestima o el respeto ajeno”³⁷. Dichas consideraciones son esencialmente distintas en sujetos con una identidad y autoestima en desarrollo. Se trata de un aspecto individual de los sujetos. Antes de detenernos en los sufrimientos de NNA, conviene seguir la delimitación de las torturas y su relación con las víctimas.

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 1°, con sus verbos rectores. Por lo demás, la referencia a “todo” acto abre la consideración de supuestos. La no estrictión en términos de acción es compatible con los 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”³⁸.

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

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

³⁷ SILVA (2014), p. 84.

³⁸ Se trata de un poder más bien fáctico y no de una posición de garante, pues es una omisión propia.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

y a los apremios ilegítimos, según se desprende también 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.

Además, la reciente figura de maltrato relevante (artículo 403 bis³⁹) contra NNA podría generar confusión desde el alcance del sufrimiento. Sin embargo, el contexto en estos delitos es diferente; no requiere elementos que dificultan su delimitación de las torturas, como la clase de agentes y el dolo, además de las especiales finalidades propias de las torturas. La distinción del maltrato podría ser más compleja respecto de los apremios ilegítimos, aunque los apremios tienen características que los acercan a la tortura, como la calidad del autor. Por lo demás, el delito de maltrato contempla una regla de penalidad, que da preferencia a los delitos de mayor gravedad.

El énfasis en la gravedad del maltrato es igualmente importante, solo que no lo es tanto como para la separación entre torturas y apremios ilegítimos. Para la definición de dolor o sufrimiento son relevantes estudios en el campo médico, que trabaja sobre la base del dolor y específicamente del dolor grave. Allí, se ha comprendido como “una experiencia personal, multidimensional, subjetiva, compleja y única” que depende de cada paciente y su condición⁴⁰. Una vez más, el vínculo con el sujeto que padece es esencial a la hora de establecer el dolor.

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

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

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

³⁹ Art. 403 bis. “El que, de manera relevante, maltratare corporalmente a un niño, niña o adolescente menor de dieciocho años, a una persona adulta mayor o a una persona en situación de discapacidad en los términos de la Ley N° 20.422 será sancionado con prisión en cualquiera de sus grados o multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.

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

⁴⁰ Así, CORDERO (2006), *passim*.

3.1.2. Contexto: sujeto activo y finalidades

a) *Sujeto activo*

El agente ha de ser un empleado público. Se trata de un delito especial, que amplía las condiciones del sujeto activo en cuanto se vincule con una función pública. De hecho, no hay mayores dificultades respecto de la calidad especial del agente empleado público, en cuanto se determina por la realización de funciones públicas según el artículo 260 del CP.⁴¹ Se requiere, en todo caso, que realice la conducta con abuso de su oficio o funciones.

La extensión del sujeto activo alcanza a los particulares siempre y cuando realicen funciones públicas, lo que va en sintonía con la calidad material de quien actúa por el contenido público de sus tareas. También incluye al particular que no ejerce funciones públicas pero que actúa por instigación de un empleado público, o con su consentimiento o aquiescencia. La instigación refiere a la conducta de un empleado público que hace nacer en un particular la voluntad de realizar conducta que revisten las condiciones de tortura. No se trata de un supuesto de autoría mediata por aprovechamiento del ejecutor,⁴² sino de una participación del empleado público especialmente odiosa al provocar esas conductas.

La especial entidad de esta participación como instigador explica la consideración que hace el legislador chileno de su sanción a modo de autor, conforme al artículo 15 n° 2. No se ha de olvidar así que los particulares ejecutores tienen responsabilidad, al igual que el empleado público. La instigación puede corresponderse con el caso de órdenes impartidas por un empleado público,⁴³ las que están fuera de supuestos de obediencia debida cuando se trata de particulares ejecutores. El artículo 150 A suma otra modalidad de actuación del particular, la ejecución de actos con consentimiento o aquiescencia del empleado público. Esta alternativa es la contrapartida de una de las hipótesis que contempla el inciso 1° del artículo 150 A, respecto del empleado público que consiente en que otro realice actos de tortura.

b) *Finalidades*

En principio, puede apreciarse dos menciones subjetivas en el artículo 150 A, cuando define torturas. La primera se refiere a la intención en las modalidades de torturas, ya sea por infligir

⁴¹ Art. 260. “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

⁴² MATUS y RAMÍREZ (2014), pp. 277 y 278, señalan que la anterior redacción del artículo 150 A buscaba resolver el problema de la autoría mediata y de la autoría funcional. La mención es válida por la conservación de los mismos términos para este respecto. Según lo expuesto en el texto principal, ni la instigación ni el consentimiento son modalidades de autoría mediata, pero sí puede considerarse una autoría funcional, que destaca la relevancia del ejercicio de la función pública para originar, permitir o facilitar que un particular realice tales conductas.

⁴³ Tendría que ser una orden que opere como motivo, sin mantener presencia o cierto control. Si se conserva una relación con el empleado público, el supuesto calza mejor con una forma de coautoría que en este caso se podría considerar más como consentimiento.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

“intencionalmente”⁴⁴ dolor o sufrimiento grave a una persona o por la aplicación “intencional” de los métodos que 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 a la búsqueda de sus particulares efectos. Semejante descripción refiere solo a conductas dolosas. Específicamente, es compatible con el dolo directo.⁴⁵ 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 aluden a ciertos aspectos objetivos que se conectan con las conductas y que tienen que ver con doblegar la voluntad de la víctima —para obtener de ella o de un tercero información, declaración o confesión—, sancionarla ilegítimamente —que pague por un acto que cometió o se le imputa— o con sumar una manifestación de reprobación u odio frente a alguna cualidad de la persona, motivos de discriminación, como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Los últimos motivos de discriminación, que aparecen también en instrumentos internacionales, se redactan en los mismos términos de la agravante del artículo 12 n° 21 del CP⁴⁶. Estas condiciones se vinculan con los llamados “delitos de odio”, que no solo suponen una motivación de odio⁴⁷. 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

⁴⁴ Sabemos que la descripción legal sigue parámetros internacionales. La Convención de Naciones Unidas, en su artículo 1°, habla de infligir “intencionadamente” sufrimientos graves.

⁴⁵ DURÁN (2019), p. 231, considera posible el dolo eventual, y esgrime como fundamento subjetivo el abuso del oficio. Sin embargo, las restricciones subjetivas van más allá de eso; se vinculan con la producción intencional de los sufrimientos y alteraciones a la personalidad, voluntad o capacidad de discernimiento o decisión, con independencia de las finalidades que interesan también para establecer la calidad de los sufrimientos frente a la esfera de la dignidad 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.

⁴⁶ Artículo 12. N° 21. “Son circunstancias agravantes:

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

⁴⁷ SALINERO (2013), pp. 286, 290-292.

desprecio por la víctima, cualquiera sea la característica que mueve al agente a cometer el delito.

En el caso de la tortura, se aprecia allí 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;⁴⁸ 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 para NNA. No hay razones para olvidarse del proceso de desarrollo en el que están cuando ellos son víctimas de semejante delito.

El aspecto individual que caracteriza a la tortura reclama un examen diferenciado de los NNA, 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 proceso de desarrollo y la importancia de la propia valía de los NNA son relevantes 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 se subraya ante la confusión que existe en ocasiones⁴⁹. Destaca la separación de cuestiones diversas y la inclusión de todas, cuando se trata de motivaciones cerradas.

Estos fines y sus expresiones en las conductas se explican 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. Así, tiene importancia la precisión de Fornasari y Guzmán respecto del sentido genuino de discriminar, con su “carga excluyente y tendencia vejatoria”⁵⁰. Semejantes motivos son especialmente relevantes a la hora de establecer el sufrimiento sexual, por su vínculo con víctimas mujeres y la consideración también de

⁴⁸ Desde ya puede advertirse una diferencia con apremios ilegítimos de calidad y de cantidad.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ FORNASARI y GUZMÁN (2015), p. 204.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

factores relativos a la orientación sexual y a la identidad de género. Estas consideraciones son básicas para delimitar luego este delito de los apremios ilegítimos.

3.2. Apremios ilegítimos

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

3.2.1. Conducta típica y modalidades

Al igual que en las torturas, se advierten 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 con base en la idea de sufrimiento, cualquiera sea su finalidad.⁵¹

En este ilícito no se menciona tampoco algún sufrimiento sexual. Si bien la sola diferencia de entidad podría cubrir dolores sexuales, la expresa expresión en las torturas, en conjunto con los fines de discriminación sexual, revelan una mayor incidencia del sufrimiento grave sexual, que solo sería torturas; si se dan todas sus exigencias. Por otro lado, los apremios ilegítimos o tratos crueles, inhumanos o degradantes consideran especialmente a la víctima menor de edad como agravante, en conjunto con la persona vulnerable, por discapacidad, enfermedad o vejez, o si está bajo cuidado o dependencia de un empleado público. Así, también muestra una diferencia ante conductas dirigidas a NNA, que es una condición de mayor magnitud, no contemplada en la figura básica de apremios ilegítimos o de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁵²

La tortura no hace esta distinción, por lo que las víctimas menores de edad están contempladas en las torturas, lo que revela una situación de indefensión particular para configurar las torturas. De hecho, la dificultad será establecer cuándo se da la agravación de esta figura de apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes y cuándo existe tortura respecto de un menor de edad. Si bien pudo ser un olvido del legislador el no contemplar a los menores de edad como agravante especial en la tortura, el que no estén en el artículo 150 C enseña que se contemplan en la figura simple de torturas, precisamente por la gravedad de la condición de una víctima NNA. El menor desarrollo de la víctima incide en las condiciones de incriminación necesarias para establecer el sufrimiento grave o las alteraciones a la

⁵¹ Destaca esta gradualidad sobre la base del sufrimiento, una escala de padecimientos, DURÁN (2019), pp. 213 y 214.

⁵² Esta exclusión también se contempla en la vejación injusta del artículo 255, que se explica por su menor injusto.

personalidad, o a la voluntad o la capacidad de discernir o decidir, según veremos al revisar las conductas de tortura respecto de NNA.

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 se trata de víctimas niños, niñas y adolescentes, al permitir agravar el delito de apremio ilegítimo o trato cruel, inhumano o degradante. ¿Cuándo es agravante de los apremios y cuándo es tortura? Los apremios no mencionan que han de ser sufrimientos o dolores graves. A pesar de ser conductas que se entienden de menor intensidad en cuanto no alcanzan a ser torturas,⁵³ 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 ha de buscar tales apremios o tratos, aunque la omisión de las finalidades que contempla la tortura hace una diferencia, que no parece solo de cantidad. La referencia expresa que hace la tortura al sufrimiento sexual y la falta de consideración adicional del NAA evidencian una cualidad especial de la conducta de tortura descrita que supone un ataque mayor a aquella faceta de la dignidad humana, que se expresa en términos de integridad corporal. El infligir sufrimientos sexuales o el infligir dolor a víctimas menores lleva a mirar en primer término a las torturas; aunque con exigencias particulares con atención a la víctima.

El supuesto complejo se presenta con la víctima menor como agravante de los apremios ilegítimos y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si bien la conducta dirigida a un NNA no aparece como agravante en la tortura y su consideración interesa para la configuración misma de torturas —para establecer exigencias de imputación (menores)—, es relevante la inclusión de una situación de cuidado como agravante de la tortura en el artículo 150 C,⁵⁴ aunque no contemple NNA.

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

⁵³ 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.

⁵⁴ Artículo 150 C. “En los casos previstos en los artículos 150 A y 150 B se excluirá el *mínimum* o el grado *mínimum* 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.”

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

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 de los NNA.

Igualmente, la disposición del artículo 150 C da pautas para la tortura respecto de sujetos bajo su custodia o cuidado, más allá de la privación de libertad. La dependencia de la víctima es clave cuando se trata de un infante. En esos casos concurre una dependencia o cuidado mayor, lo que limita la aplicación de la pena (impide el *mínimum* o el grado mínimo). De hecho, la vejación injusta del artículo 255⁵⁵ 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 nuestra legislación penal, como al sancionar el 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.

Por otro lado, la exclusión de los NNA en la agravante referida a las torturas supone su inclusión en ese delito, solo que difícilmente con igual sentido que el adulto independiente. Antes de seguir con la consideración del sufrimiento grave para las víctimas que analizamos, procede detenernos en las conductas de apremio ilegítimo y su distinción ante las torturas ante el problema de límite de la agravante con víctimas menores.

a) Aplicar apremios ilegítimos

Sabemos que los verbos rectores son los mismos que los contemplados para las torturas, es decir, no son solo aplicar. Ahora, veremos qué se entiende por apremio ilegítimo, para luego revisar los tratos incluidos. El apremio ilegítimo aparece muy vinculado con las torturas, por su referencia primera a tormentos o apremios. Apremiar lleva a la idea de compeler u oprimir, como también a la de 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 a las torturas. No se advierte demasiado que el cambio del aspecto subjetivo que veremos (intencionalidad y finalidades) repercute en la clase de perturbación, y no solo en su entidad.

b) Aplicar tratos crueles, inhumanos o degradantes

Similar situación ocurre al examinar estos tratos, cuyos calificativos —cruels, inhumanos o degradantes— importan también un dolor o sufrimiento grave.⁵⁶ 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

⁵⁵ Artículo 255, inciso 2°. “Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.”

⁵⁶ Antes de la modificación de 2016, incluso se consideran como formas genéricas, frente a una específica que corresponde a la tortura, por ejemplo, NASH (2009), p. 587.

configuran las torturas, según se verá al examinar las consideraciones subjetivas y la determinación del sufrimiento grave, con atención a la víctima.

c) 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 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 integraba además 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 un límite 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 información, declaración o una confesión, de la víctima o de un tercero de castigar a la víctima 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 de sus facultades de razonar y decidir. Se aprecia una unidad especial entre las finalidades y esa fuerte emoción, el dolor grave. 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: la omisión de la exigencia de gravedad del sufrimiento y la falta de las finalidades señaladas.

La idea de apremio y los calificativos de los tratos (cruels, inhumanos o degradantes) exigen también un dolor importante, aunque falte la referencia a la gravedad. Por lo que es fundamental la inexistencia de las finalidades de la tortura. Ellas terminan de definir un particular dolor, vinculado con una perturbación directa a esa faceta de la dignidad humana que aparece en nociones del bien jurídico como integridad moral o personal. De suerte que la distinción no es 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.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

Antes de seguir, conviene tener presente las vejaciones injustas del artículo 255, que cierra este sistema de delitos dentro del CP, aunque esté en otro título⁵⁷. Las vejaciones se distinguen como conducta residual frente a sus dos predecesoras, en primer lugar, porque no exige abuso del cargo, sino que el empleado público esté desarrollando un acto de servicio. Segundo, a diferencia de la tortura, no hay definición sobre qué es una vejación injusta.

Las vejaciones se conciben como maltratos, humillaciones o molestias de carácter psicológico. De la propia descripción típica no se logra una comprensión cabal de la acción sancionada. Especialmente dudoso es establecer cuál vejación es injusta, si proviene de un empleado público en actos de servicio, cuando no requiere abuso. La exclusión de las sanciones legales según la cláusula de cierre del tipo —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. 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.

4. Análisis diferenciado a partir del sufrimiento de víctimas son niños, niñas o adolescentes

La atención se centrará en la manifestación más usual de torturas, el dolor o el sufrimiento grave cuando se trata de NNA, aunque es evidente el examen particular para la modalidad que atiende a las medidas para anular su personalidad, disminuir su voluntad o capacidad de discernimiento o decisión. El aspecto individual es claro.

4.1. El grave sufrimiento

El dolor o sufrimiento grave puede separarse de la conducta que lo provoca, pero contribuye a definir el núcleo de las torturas, en íntima relación con la víctima. La necesaria consideración de la víctima para establecer los dolores se explica además con una noción de integridad moral o, mejor, de integridad personal⁵⁸, 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. Las capacidades y la personalidad de los NNA han de considerarse al igual que se hace para su imputación penal, ya no como víctimas sino como posibles

⁵⁷ Todos los delitos pueden ser solo cometidos por funcionarios públicos, o por quien ejerza funciones de tal. Todos incorporan una cláusula de cierre según la que se cometen si se trata de sanciones ilegítimas o ilegales. Los tres implican la agravación de la pena cuando la víctima es menor de edad. En los artículos 150 D y 255 se expresa literalmente, y en los artículos 150 A y 150 B se contemplan en las exigencias de imputación y con el límite que se desprende del 150 C.

⁵⁸ Así, NASH (2009), pp. 586, 587, 589-591, 596 y 599.

agentes responsables. Como se sabe, los menores de catorce 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. La distinción no es extraña al atender a las víctimas en otros delitos. En varias ocasiones se rebajan las exigencias de incriminación o se aumentan las penas cuando se trata de víctimas menores de catorce años. Basta con mencionar algunos delitos sexuales, como la llamada violación “impropia” (artículo 362⁵⁹), que reconoce la falta de voluntad de la víctima menor de catorce años sin las circunstancias de la violación; o el abuso sexual impropio (artículo 366 bis⁶⁰), sin las exigencias del abuso sexual. Hay delitos que solo se construyen con víctimas menores de catorce 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 catorce años y menores de dieciocho años para incriminar conductas de modo más gravoso que en el caso de víctimas adultos, como el estupro (artículo 363) o el castigo reciente de malos tratos corporales relevantes (artículo 403 bis), que no configuran lesiones, de adolescentes y a los niños y niñas, no sancionado cuando se trata de víctimas adultas, a menos que sean adultos mayores o personas en situación de discapacidad según la Ley N° 20.422. Aparecen condiciones de incriminación más reducidas que relevan la mayor exigencia para las conductas dirigidas a esas víctimas.

En el caso del dolor o sufrimiento grave, destaca un elemento individual en la misma noción de dolor, como experiencia que padece la víctima. Asimismo, la vinculación con los fines exigida remite 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”⁶¹, 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 dieciocho años.

En este sentido, es relevante el Caso Bulacio vs. Argentina,⁶² que no solo atiende a la integridad personal, vinculada con la dignidad humana, sino que considera la especial vulnerabilidad de la víctima adolescente, de 17 años, su desconocimiento y debilidad. En

⁵⁹ Artículo 362. “El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de catorce años, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior”.

⁶⁰ Artículo 366 bis. “El que realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona menor de catorce años, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.”

⁶¹ MOLINA (2011), p. 5.

⁶² CIDH. Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

síntesis, es fundamental considerar el menor desarrollo de una víctima NNA al establecer el dolor que determina la tortura, tanto por la cualidad individual del dolor, como por los fines que conlleva y el objeto de tutela. También es importante reconocer distintos tramos de edad según el grado de desarrollo de la víctima, más allá de la separación entre NNA. De hecho, los tramos de edad se toman para establecer la clase de sanción penal de los adolescentes infractores precisamente por el sufrimiento que implica la pena, de modo que su severidad atiende a la “diversa sensibilidad” del menor que la sufre.⁶³ La lógica que mira al sufrimiento de la pena explica su atención respecto del sufrimiento que padece el NNA como víctima y que configura los delitos que se analizan.

4.2. Algunos criterios de límite

Si bien no hay reglas expresas de distinción para las torturas, como sí las hay en la justicia juvenil, la figura admite su inclusión a partir del sufrimiento que exige y es posible hallar pautas que sirven de guía. Son relevantes 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.⁶⁴ 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 advertir un límite máximo y otro 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. Si se producen se contempla una regla de agravación, que hace excepción a las reglas generales de concursos y puede explicarse por la relación de los sufrimientos de 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

⁶³ En la distinción de estándares internacionales para Iberoamérica, se advierte la diversa intensidad de las sanciones penales para adolescentes, la que mayor que para los adultos y relativa con atención a los tramos de edad de quien la sufre. Destaca particularmente la “diversa sensibilidad a la pena” de las personas menores de edad. Ver COUSO *et al.* (2019), pp. 277, 288-290.

⁶⁴ Se ha de recordar que la determinación de los rangos obedece a una interpretación coherente de las consideraciones del legislador nacional y de pautas internacionales. Así, los tramos respecto de los infantes se toman particularmente de la protección que hace el Código Penal en el delito de abandono; la distinción general de los adolescentes proviene tanto de la legislación que establece su responsabilidad penal especial, como de la tutela que se les brinda específicamente en los delitos.

exclusión de sufrimientos legítimos, que en general se descarta como mal relevante.⁶⁵ 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 legítimo para realizar torturas, cuando 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,⁶⁶ 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 inicial diferencia con la figura del artículo 150 D. El primer escalón puede tener múltiples manifestaciones que provoquen dolores físicos, psíquicos o sexuales con atención a la víctima. Respecto de los NNA, puede servir de guía para definir los dolores graves los tramos destacados por el propio legislador nacional, que atienden también a disposiciones internacionales vigentes.

Las exigencias para establecer los sufrimientos, con las finalidades contempladas en el artículo 150 A, decrecen según el menor desarrollo de la víctima y con atención a sus características particulares. Las conductas que producen esos dolores físicos, psíquicos o sexuales no requieren configurar otros delitos. Está la consideración de la agravante especial por algunos delitos, los mencionados en el artículo 150 B, que 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

⁶⁵ Es interesante separación material y subjetiva que hace DURÁN (2019) p. 220, entre los sufrimientos de la tortura y otros efectos negativos. Claro respecto de esta exclusión para que proceda el estado de necesidad es el requisito 4° del artículo 10 N° 11. También hay consenso de que excluye el estado de necesidad del artículo 10 N° 7, aunque no se señale expresamente.

⁶⁶ Artículo 2. Convención. “En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.”

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

(reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medio si fuera crimen, o reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de 11 a 20 UTM si fuera simple delito), como la figura penal de menor intensidad para la agravante del artículo 150 C.

En este último caso, la afectación de otros bienes jurídicos por la realización de un delito imprudente del artículo 490 ya demanda aumentar en un grado la pena de las torturas, a presidio mayor en grado mínimo. Éste sería el límite máximo referido a delitos contra las personas cometidos con imprudencia temeraria. Otras figuras dolosas que afectan bienes distintos a los delitos de homicidio, violación, violación impropia, abuso sexual calificado, castración y lesiones graves gravísimas, parecen quedar abarcadas dentro de las torturas, como las amenazas.

Conclusión

Del examen objetivo–normativo y de la atención subjetiva vinculada con el núcleo de injusto en las figuras analizadas, se extraen las siguientes pautas como criterios de distinción:

- Pueden extraerse dos pautas generales del artículo 150 A y de las normas internacionales: el propósito del agente y la especial situación de la víctima, su indefensión.
- El dolor o sufrimiento grave central en las torturas es un efecto individual, que exige determinarse con atención al especial estado o condición de la víctima.
- Si bien el dolor aparece también en los tratos crueles, inhumanos o degradantes y en los apremios ilegítimos, existen dos elementos que configuran las torturas, más allá de la calidad o exigencias del agente: la finalidad, que dobliga la voluntad de la víctima o manifiesta su reprobación y termina de configurar lo injusto, y el sufrimiento sexual, con la especial debilidad de la víctima, humillación, unida a la motivación de discriminación respectiva (sexo, orientación sexual o identidad de género).
- El plus de injusto en la tortura no está dado solo por la intervención de un funcionario público, que abusa de su cargo, de sus deberes funcionarios, sino por la cualidad y entidad del ataque a la víctima, la instrumentalización de una faceta particular de la dignidad humana, que conlleva una perturbación integral, llámese integridad moral o integridad personal.
- En Chile existe un sistema penal diferenciado para menores de edad no solo en los casos en que los sancionados. El sistema diferenciado existente en el sistema penal chileno se basa en principios y consensos internacionales.
- Este sistema diferenciado opera también cuando se trata de víctimas, así hay diversos ejemplos en delitos en particular, como las nuevas figuras que introdujo la Ley 21.0123, algunos delitos sexuales, entre otros.
- En este sistema de delitos, la distinción de gradualidad se puede graficar en la escala integrada por las torturas (escalón más alto), los apremios ilegítimos (segundo escalón) y las vejaciones injustas (escalón más bajo).
- La omisión en las torturas de los NNA como una agravante especial, a diferencia de los apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes y en las vejaciones injustas, supone que están incluidos en las torturas. Esta inclusión puede explicarse por la mayor gravedad de las torturas y la consideración de estas víctimas ha de incidir en la determinación de tales conductas, en las exigencias de imputación individuales con atención al desarrollo de 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.
- Los tramos de edad brindan pautas para determinar las modalidades de tortura, que pueden también apoyarse en los límites que se desprenden de los artículos 150 C, con relación a los artículos 150 D y 255. Si bien la primera norma no alude a los menores de edad, sí contempla a las víctimas que están bajo el cuidado, custodia o control de quien tortura. Esta dependencia existe al menos en caso de los niños o niñas menores de 10 años, conforme con la protección que se les brinda especialmente en el delito de abandono. Asimismo, los artículos 150 D y 255 contempla como agravantes a los menores de edad en conjunto con quienes están bajo cuidado, custodia o control del agente, que apoya la atención diferenciada propuesta.

VARGAS, Tatiana; Gajardo, Tania: “Torturas y apremios ilegítimos en contra de niños, niñas y adolescentes. Una propuesta desde un sistema diferenciado de protección penal”.

Bibliografía citada

- AGUIRREZABAL, Maite; LAGOS, Gladys; VARGAS, Tatiana (2009): “Responsabilidad penal juvenil: Hacia una “justicia individualizada”, en Revista de Derecho (Vol. XII, N° 2), pp. 137-159.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL PUBLICACIONES (2000): “Un escándalo oculto, una vergüenza secreta”, Editorial Amnistía Internacional (Valderribas, Madrid).
- BELL, Jeannine (2008): ““Behind This Moral Bone’: The (In)Effectiveness of Torture”, en: Indiana Law Journal (vol. 83, n.º 1).
- CORDERO, Idoris (2006): “Enfoque ético del dolor”, en: Revista Cubana de Salud Pública (vol. 32, n.º 4).
- COUSO, Jaime (2012): “La especialidad del Derecho penal de adolescentes: Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, en: Revista de derecho Valparaíso, (N°38) pp. 267-322. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100007> [visitado el 07/12/2022].
- COUSO, Jaime (2012a): “Los adolescentes ante el Derecho penal en Chile: Estándares de juzgamiento diferenciado en materia penal sustantiva”, en: Revista de derecho Valdivia (N° 25 -1), pp. 149-173. Disponible en: <https://tinyurl.com/2oa8k44w> [Visitado el 07/12/2022].
- COUSO, Jaime (2012b): “La especialidad del Derecho penal de adolescentes. Fundamentos empíricos y normativos, y consecuencias para una aplicación diferenciada del Derecho penal sustantivo”, en: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (XXXVIII, 1er Semestre), pp. 267-322.
- COUSO, Jaime; CILLERO, Miguel; CABRERA, Myriam (2019): Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica (Cideni, Thomson Reuters, Santiago).
- COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, NACIONES UNIDAS (2011): Observación General N° 13. Disponible en: <https://tinyurl.com/2krl7ca5> [visitado el 07/12/2022].
- DUCE, Mauricio; COUSO, Jaime (2012): “El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes infractores en el derecho comparado”, en: Política Criminal (Vol. 7, N° 13) pp. 1 - 73. Disponible en: <https://tinyurl.com/2lhrum4d> [visitado el 07/12/2022].
- DURÁN, Mario (2019): “Propuestas para la delimitación típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, en: Política Criminal (Vol. 14, n° 27) pp. 202-241. Disponible en: <https://tinyurl.com/2gphowxk> [visitado el 07/12/2022].
- FORNASARI, Gabriele; GUZMÁN, José Luis (2015): “La agravante de delinquir por discriminación. Un estudio comparativo del efecto penal de la intolerancia en Chile e Italia”, en: Revista de Derecho Penal y Criminología (3.ª Época, n.º 13) pp. 195-250.
- HERNÁNDEZ, Héctor (2021): “La tortura en el derecho penal chileno y el riesgo de su banalización”, en: COUSO; Jaime HERNÁNDEZ, Héctor; LONDOÑO, Fernando (editores), en: Justicia criminal y dogmática penal en la era de los Derechos Humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa, (Santiago: Thomson Reuters), pp. 511-564.

- MEDINA, Cecilia (2003): *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial* (Centro de Derechos Humanos, 2003).
- MATTHEI, Elisabeth; ZÚÑIGA, Marcela; CASAS, Lidia (2019): “Informe Sobre Estándares Internacionales Sobre Apremios Ilegítimos, Violencia Sexual y Tortura” (Centro de Derechos Humanos UDP, Santiago).
- MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2014): *Lecciones de Derecho penal chileno Parte especial*, 3ª ed. (Thomson Reuters, La Ley, 2014), t. I.
- MOLINA, Javier (2011): “El sufrimiento humano como experiencia personal y profesional”, en: *Bioética* (Mayo-Agosto 2011), pp. 1-6.
- NASH, Claudio (2009): “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (Número XV), pp. 585-601.
- NOGUEIRA, Humberto (2017): “La protección convencional de los Derechos de los Niños y los estándares de la Corte IDH sobre medidas especiales de protección por parte de los Estados Parte respecto de los niños, como fundamento para asegurar constitucionalmente los Derechos de los Niños y Adolescentes”, en: *Ius et Praxis*, (23 2), pp. 415-462. Disponible en: <https://tinyurl.com/2gnv8hy6> [visitado el 07/12/2022].
- SALINERO, Sebastián (2013): “La nueva agravante penal de discriminación. Los ‘delitos de odio’”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XLI) pp. 263-308.
- SILVA, Rodrigo (2014): “Los ‘sufrimientos’ del delito de torturas”, en: *Revista Nuevo Foro Penal* (vol. 10, n°. 83) pp. 71-93.
- URIARTE, Carlos (2000) “Delincuencia Juvenil y Derechos Humanos”, en: UNICEF, *Justicia y Derechos del Niño* (N°2).