

Desnudamiento forzado como vejación injusta*

Héctor Hernández Basualto*

RESUMEN

El artículo versa sobre la posición del desnudamiento forzado de personas en el sistema de los agravios contra particulares cometidos por empleados públicos en el Código penal chileno, sistema compuesto, en orden decreciente de gravedad, por la tortura (art. 150 A), los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 150 D) y la vejación injusta (art. 255). Sobre la base de una interpretación que subsume en el art. 150 D solo los tratos degradantes equivalentes en dolor o sufrimiento a los crueles o inhumanos, de la relativa menor gravedad del desnudamiento forzado en cuanto tal (es decir, sin circunstancias concomitantes que lo agraven sustancialmente) y de la refutación de la supuesta solución contraria en la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos y de Derecho penal internacional, se sostiene que el desnudamiento forzado constituye por regla general un supuesto de vejación injusta y no de apremios ilegítimos.

Desnudamiento forzado; vejación injusta; apremios ilegítimos;
tratos crueles, inhumanos o degradantes

Forced nudity as unjust humiliation

ABSTRACT

The article deals with the position of forced nudity in the system of offenses against private individuals committed by public officers in the Chilean Criminal Code, a system composed, in decreasing order of severity, of torture (Art. 150 A), unlawful coercion or other cruel, inhuman or degrading treatment (Art. 150 D) and unjust humiliation (Art. 255). On the basis of an interpretation that subsumes in Art. 150 D only degrading treatment equivalent in pain or suffering to cruel or inhuman treatment, the relatively lesser gravity of forced nudity as such

* El siguiente trabajo formaba parte de uno más extenso, preparado como contribución al libro en homenaje a Luis Rodríguez Collao, del que debió desprenderse por razones de espacio. El autor espera que el ajuste sirva como renovado homenaje al querido colega porteño. Asimismo, agradece los certeros comentarios que el texto original recibió de Alejandra Castillo, Jaime Couso, Fernando Londoño, Cristián Riego, Angélica Torres y Ana Valverde, en un seminario interno de discusión en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Los defectos subsistentes son de exclusiva responsabilidad del autor.

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Legum Magíster y Doctor en Derecho, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Alemania. Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-9985-7507>. Correo electrónico: hector.hernandez@udp.cl.

Artículo recibido el 24.4.2023 y aceptado para su publicación el 21.8.2023.

(i.e., without concomitant circumstances that substantially aggravate it) and the refutation of the alleged contrary solution in international case law on human rights and international criminal law, it is argued that forced nudity is generally a case of unjust humiliation and not of unlawful coercion.

Forced nudity; unjust humiliation; unlawful coercion;
cruel, inhuman or degrading treatment

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Este trabajo versa acerca del tratamiento jurídico-penal del desnudamiento forzado en el Derecho penal chileno. Por desnudamiento forzado se entenderá aquel impuesto a una persona por parte de un empleado público en el ejercicio de su cargo, sea que lo realice directamente el funcionario, sea que este obligue a la persona a desnudarse, sin tener derecho a imponerlo, en absoluto o, al menos, en el caso y en la forma en que lo hace¹. La tesis que aquí se defenderá es que el desnudamiento forzado así delineado constituye, por regla general, un supuesto del delito de vejación injusta, en los términos del art. 255 del Código penal², y no de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, en los términos del art. 150 D.

Presupuesto de la tesis es una interpretación del delito de vejación injusta conforme a la que el art. 255 recoge, por regla general, lo que en el Derecho internacional de los Derechos Humanos se conoce como *tratos degradantes*, en tanto que el art. 150 D, aunque se refiere expresamente a dichos tratos, los recoge solo en la medida en que la humillación que les es característica sirve de medio o es al menos circunstancia concomitante de la irrogación de un dolor o sufrimiento equivalente a la que es propia de los tratos crueles o inhumanos³. De acuerdo con esta interpretación, los abusos de poder por parte de funcionarios que no implican ejercicio de violencia ni provocación de terror en las

¹ Aunque el asunto no haya sido especialmente discutido en Chile, debiera ser pacífico, como lo es en el Derecho comparado e internacional, que, bajo ciertas circunstancias, básicamente por razones de seguridad, puede ser legítimo el desnudamiento con fines de registro. Los casos problemáticos son aquellos en que la conducta no persigue ningún fin legítimo, reservándose incluso en parte de la literatura la denominación desnudez forzada (*forced nudity*) para estos casos, en oposición a los registros con desnudamiento (*strip-searches*), sin perjuicio de que también estos últimos y, en general, cualquier desnudamiento impuesto con fines legítimos puede ser, no obstante, ilegítimo cuando se verifica sin satisfacer los presupuestos establecidos para ello, cfr. SJÖHOLM, 2018, p. 353.

² En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden a los del Código penal chileno.

³ La interpretación se desarrolla inicialmente en HERNÁNDEZ, 2023. Entre sus fundamentos se cuenta, por una parte, la constatación de que tanto en el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho penal internacional, a los tratos degradantes, no obstante formar junto con los tratos crueles e inhumanos una tríada que opera como alternativa menos grave frente a la tortura, se les reconoce dentro de esa tríada una menor gravedad, así como, por la otra, la necesidad de dotar de un contenido útil al delito de vejación injusta, considerando no solo que no fue suprimido por la Ley N° 20.968, sino también que esta lo reformuló como inequívoco peldaño inferior de un continuo de ilicitud que culmina con la tortura, elevando considerablemente su pena.

personas no satisfacen, por regla general, las exigencias del art. 150 D y son recogidas por el delito de vejación injusta; tal sería, precisamente, el caso en los supuestos de desnudamiento forzado *en cuanto tales*, es decir, por sí solos, en ausencia de otras formas de maltrato o circunstancias adicionales que aumenten su gravedad⁴.

Así formulado, pareciera que lo único decisivo sería la corrección o incorrección de esta interpretación general de la delimitación entre ambos delitos, de la que, de ser correcta, fluiría naturalmente que el desnudamiento forzado es un caso de vejación injusta, de modo que no sería necesario tematizar especialmente la conclusión respecto de este supuesto particular. Pero no es el caso. El desnudamiento forzado ha adquirido en el último tiempo una notoriedad y un peso simbólico en el debate de Derechos Humanos en el plano internacional y nacional que, al conectarse con la aplicación del Derecho penal interno, empujarían a un tratamiento más severo que el que viene sugerido por su gravedad *en cuanto tal* en comparación con otras formas de atropello estatal.

Sin ir más lejos, durante la discusión parlamentaria de lo que llegó a ser la Ley N° 20.968, de 22 de noviembre de 2016, que reformuló los tipos penales de tortura y de vejación injusta, junto con introducir el tipo intermedio de apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁵, el desnudamiento forzado fue presentado por cierto sector como un caso paradigmático no ya de estos otros tratos, sino incluso de *tortura*. En efecto, ya en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados surgieron voces en favor de incluir en la definición de tortura la “desnudez forzada”⁶, lo que provocó posiciones encontradas entre algunos parlamentarios⁷, sin perjuicio de que, desde el bando favorable a dicha inclusión, se dijo que no sería necesaria una mención expresa, pues estaría comprendida en la descripción típica del delito de tortura⁸. Por su parte, el Ministerio de Justicia informó que el Ejecutivo no estaba a favor de incorporar una mención expresa de la desnudez forzada como parte de la definición de la tortura, “puesto que confunde una forma de comisión del delito con un elemento propio del tipo objetivo del [sic] tipo”⁹. En segundo trámite constitucional en el Senado se volvió

⁴ Así, HERNÁNDEZ, 2023.

⁵ Acerca de la Ley N° 20.968, en general, DURÁN, 2019, p. 202 ss.; HERNÁNDEZ, 2021, p. 522 ss.

⁶ Propuesta de la representante de la Corporación Humanas, Camila Maturana, Segundo Informe de la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, de 9 de diciembre de 2015, Historia de la Ley N° 20.968, p. 52, incluyendo los “manoseos sexuales”.

⁷ En contra, el diputado Bellolio y, tendencialmente, el diputado Boric, en cuanto llamaba a analizar el alcance de conceptos como el de desnudez forzada, “para evitar que finalmente el concepto de tortura se amplíe en exceso”; a favor el diputado Ojeda, los tres en el mismo informe, HL N° 20.968, p. 53.

⁸ Opinión del abogado del Ministerio de Justicia, Fernando Mardones, mismo informe, HL N° 20.968, p. 50. Se refería al art. 161 bis propuesto por el proyecto, que establecía el delito de tortura como algo distinto y separado de lo previsto en los arts. 150 A y 150 B originales y definía la tortura en términos prácticamente idénticos a los del actual art. 150 A.

⁹ Por el jefe de la División Jurídica, Ignacio Castillo, mismo informe, HL N° 20.968, p. 55, aunque lo funda en una muy problemática delimitación *subjetiva*: “Una desnudez forzada podría eventualmente constituir tortura cuando, además, se acompaña de los otros elementos subjetivos que requiere el tipo penal respectivo (la intencionalidad para lograr un fin determinado); pero también podría constituir un trato degradante: por ejemplo, si tiene por objeto buscar la humillación o vejación de quien la sufre”. En una línea similar,

a instar por un tratamiento especial de la desnudez forzada, sea haciendo notar simplemente una supuesta omisión del proyecto¹⁰, o bien proponiendo la consideración de toda forma de “violencia sexual” como constitutiva de tortura¹¹, con lo que, en la medida en que la desnudez forzada constituye una forma de esa violencia según pronunciamientos internacionales, indirectamente se la elevaba a la categoría de tortura.

Esa visión, que, como se verá *infra* IV, no cuenta con respaldo de pronunciamientos jurisprudenciales internacionales (como, no obstante, se sugirió reiteradamente en la discusión parlamentaria), no logró imponerse legislativamente, con la consecuencia de que, en general, no se ha entendido que el desnudamiento forzado constituya *en cuanto tal* una forma de tortura en los términos del art. 150 A¹². Pero es indudable que la sola existencia de ese debate puede influir, específicamente en favor de la tesis más severa en disputa, a la hora de abordar la cuestión aún no zanjada sobre si el desnudamiento forzado debe subsumirse en el art. 150 D o en el art. 255¹³.

Contra esa tendencia, en las páginas siguientes se procurará demostrar que tales propuestas, además de poco convincentes a la luz del sistema de la ley, carecen de respaldo tanto en el Derecho internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho penal internacional, así como que dichos ordenamientos sugieren más bien que el desnudamiento forzado constituye por regla general un supuesto de *trato degradante* que, en consecuencia, de acuerdo con la interpretación del Derecho penal interno que aquí se defiende, es subsumible en el tipo de vejación injusta del art. 255.

la representante del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), Patricia Rada, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 56, “indicó que el estándar internacional en la materia contempla que efectivamente en ciertos contextos la desnudez forzada es constitutiva de tortura”, sin indicar, lamentablemente, la fuente de ese supuesto estándar internacional.

¹⁰ De nuevo, por la representante de Corporación Humanas, Camila Maturana, Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, de 30 de agosto de 2016, HL Nº 20.968, p. 121 (en páginas previas se encuentra un extenso y documentado panorama de las fuentes internacionales en materia de violencia sexual). En esta intervención no es claro, sin embargo, que se instara por el tratamiento de la hipótesis como tortura. Destaca también un supuesto vacío provocado por la omisión la representante del INDH, Patricia Rada, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 142.

¹¹ Así, la propuesta del representante del INDH, Rodrigo Bustos, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 133 s.; y se puede entender como coincidente la propuesta del colectivo Mujeres sobrevivientes, siempre resistentes, a través de su representante Beatriz Bataszew, mismo informe, HL Nº 20.968, p. 123 ss.

¹² Hasta la 3ª edición de su manual, MATUS y RAMÍREZ, 2019, p. 135 mantuvieron que constituía un caso de tortura “menos grave” del inciso cuarto del art. 150 A “obligar a las víctimas a desnudarse y exhibirse así frente a otros sin razón alguna”; con buen criterio han abandonado esa equiparación, entendiendo ahora que lo que podría llegar a constituir tortura sería la “exposición de prisioneros desnudos a temperatura o posiciones no naturales extremas”, MATUS y RAMÍREZ, 2021, p. 170.

¹³ Salvo la opinión en favor del art. 255 en HERNÁNDEZ, 2023, al respecto no se conocen tomas de posición explícitas en la literatura. Los pocos pronunciamientos judiciales se analizarán *infra* V.

II. DESPEJANDO MALENTENDIDOS

Cualquier discusión racional sobre el *status* jurídico-penal del desnudamiento forzado supone despejar previamente ciertos malentendidos que, al parecer, están incidiendo en (y distorsionando, en parte) la aproximación al asunto.

En primer lugar, conviene insistir en que lo que aquí está en discusión es el tratamiento que merece el desnudamiento forzado *en cuanto tal*, por su significación intrínseca y sin consideración de posibles circunstancias de maltrato adicionales. Por cierto, el desnudamiento forzado puede (y suele) dar lugar a tratos crueles o inhumanos o incluso a tortura. Más aún, puede decirse que es un estadio previo por excelencia para tratos más graves, como atestigua la abundante documentación de prácticas de tortura y otros tratos, también en Chile, donde, según da cuenta el Informe Valech, el desnudamiento y el vendaje de los ojos solían ser el paso previo común a las diversas formas de tortura y otros tratos practicados durante la dictadura militar¹⁴. Esto explica también, con seguridad, la rotunda afirmación del llamado Protocolo de Estambul en cuanto a que “[l]a tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante en las situaciones de tortura”¹⁵. Del tenor mismo de la afirmación se sigue, sin embargo y como es obvio, que el desnudamiento forzado no constituye *en sí mismo* los maltratos que le suelen seguir, sino solo una circunstancia que puede ser precedente o concomitante, y esto únicamente, como es natural, cuando tales maltratos tienen lugar de modo efectivo. Al igual que la privación de libertad, sin la cual es difícil imaginar un supuesto de maltrato de los que importan en este contexto, pero que sin duda no los constituye por sí sola, el desnudamiento forzado debe valorarse en su propio mérito, atendiendo a su gravedad intrínseca, por la sencilla razón, además, de que, como pasa con aquella, es perfectamente posible y usual que no dé pie a ningún maltrato adicional.

¹⁴ Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura (Informe Valech), Santiago 2005, pp. 221, 226, 230 s., 233 ss., 237. p. 239. Al respecto, es oportuno destacar que el Informe emplea un concepto amplio de tortura, sin perjuicio de ello, tácitamente, hace dentro de él las distinciones que se hacen en la ley penal y en este trabajo. Es lo que explica que le dedique un apartado especial a las “humillaciones y vejámenes” (“no directamente asociados a otros métodos de tortura”), también calificados como tortura, aunque manifiestamente equivalentes a los tratos degradantes, apartado que se encuentra solo después del repaso de las formas universalmente reconocidas de tortura y de tratos crueles o inhumanos. Esto explica también que le dedique un apartado especial al desnudamiento como “un modo de tortura” (p. 241 s.), en el que, sin embargo, los testimonios recogidos refieren invariablemente maltratos adicionales inferidos mientras la persona estaba desnuda, siendo de destacar, por último, que el apartado se ubica después de aquel, ya mencionado, dedicado a las “humillaciones y vejámenes”.

¹⁵ Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Protocolo de Estambul, § 215. Agrega: “La persona nunca es tan vulnerable como cuando se encuentra desnuda y desvalida. La desnudez aumenta el terror psicológico de todos los aspectos de la tortura pues abre siempre la posibilidad de malos tratos, violación o sodomía. Además, las amenazas verbales, los insultos y las burlas sexuales forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento”.

Por cierto, la valoración jurídica del hecho habrá de ser otra, mucho más severa, si al desnudamiento forzado se agrega efectivamente el ejercicio de violencia sobre la persona, tocamientos con significación sexual, provocación de un miedo justificado de ser víctima de delitos más graves, exposición a condiciones de confinamiento inhumanas, etc. Pero si no es ese el caso, no parece sostenible atribuirle una gravedad equivalente a la de esos maltratos adicionales. La distinción no obedece, en absoluto, a una suerte de desdén por la situación de la víctima, sino a elementales consideraciones de proporcionalidad, a partir del hecho incontestable de que las víctimas pueden sufrir maltratos de muy distinta gravedad.

En segundo lugar, y en una línea similar, es indiscutible que el desnudamiento forzado por parte de agentes estatales es tanto una violación de los Derechos Humanos como un agravio típico y punible conforme al Derecho penal vigente. Lo único que está en discusión aquí es en qué nivel ha de ubicarse en un esquema legal que *distingue* inequívocamente entre tres niveles de gravedad a los que asigna distintas penalidades: tortura, apremios ilegítimos u otros tratos (cruels, inhumanos o degradantes, estos últimos entendidos del modo que se defiende en este trabajo, *supra* I) y vejación injusta. El Derecho internacional de los Derechos Humanos no siempre distingue en esta materia, básicamente porque la distinción no es necesaria para afirmar la responsabilidad internacional de un Estado, sino solo para ciertas consecuencias de dicha responsabilidad que, en todo caso, no están sometidas a una regulación rígida. En el plano del Derecho penal, en cambio, particularmente en el del Derecho penal nacional, las distinciones son la respuesta a un imperativo de racionalidad legislativa y de justicia¹⁶. En consecuencia, la sola afirmación enfática de estar frente a una violación de los Derechos Humanos (como si eso estuviera en duda) como argumento a favor de determinada interpretación de un Derecho penal nacional caracterizado por su elevado grado de diferenciación, representa, cuando menos, un grave error metodológico.

En tercer y último lugar, debe advertirse sobre la seria distorsión que puede provocar un traspaso literal del concepto de “violencia sexual” al análisis jurídico-penal. Este aspecto requiere ciertas explicaciones previas. Como se ha dicho (*supra* I), la del desnudamiento forzado ha sido presentada, no solo en Chile, como una cuestión de violencia sexual. Si bien esta calificación es discutible, cuando menos sí se pretende que tenga validez general, porque no parece que una posible connotación sexual sea inherente a la práctica, resulta indiscutible, con todo, que, en algunos o incluso en muchos casos, puede tener esa connotación, particularmente (aunque no solo) en desmedro de mujeres¹⁷. Es esta circunstancia la que conecta el desnudamiento forzado con el concepto de violencia sexual, concepto que ha sido desarrollado sobre todo en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, paradigmáticamente, para nosotros, en la Convención de Belém do

¹⁶ De esto, centrado en la distinción entre tortura y otros tratos, HERNÁNDEZ, 2021, p. 535 ss.

¹⁷ Acerca de la difícil cuestión de si es inherente al desnudamiento forzado una connotación sexual, así como si lo es solo respecto de mujeres o también de hombres, SJÖHOLM, 2018, p. 354 ss.

Pará¹⁸. Adicionalmente, el concepto ha sido recogido por la jurisprudencia internacional tanto en materia de Derechos Humanos como de Derecho penal internacional (sobre esto *infra* IV), siendo especialmente relevante para este trabajo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya afirmado en *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* que, en particular, la desnudez forzada constituye un caso de violencia sexual¹⁹.

Ahora bien, basta con una mirada superficial de las fuentes internacionales para comprobar que tanto el concepto de violencia contra la mujer como, en particular, el de violencia sexual exceden con creces el contenido de cualquier concepto de violencia al uso en Derecho penal. Si bien la Convención de Belém do Pará define la “violencia contra la mujer” como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer” (art. 1), se dice luego que esta incluye, además de la violencia física y psicológica, la violencia sexual, entendiéndose que esta comprende, entre otras conductas, también el *acoso sexual* en el trabajo, en establecimientos educacionales o de salud o en cualquier lugar (art. 2 b), mientras que el derecho a una vida “libre de violencia” incluye, entre otros, el derecho a ser “libre de toda forma de discriminación”, así como “a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (art. 6). Pues bien, ninguno de estos supuestos constituye violencia para el Derecho penal (tampoco un delito sexual no violento), y si bien la gravedad intrínseca de conductas de acoso sexual o de discriminación en razón del sexo es indiscutible, al mismo tiempo es obvio que, en términos relativos, en el Derecho penal nacional distan de estar en el mismo umbral de gravedad que aquel en que se encuentran, por ejemplo, la violación o los abusos sexuales, y están también muy lejos de lo que puede entenderse por tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Consecuentemente, la calificación de una conducta como violencia o violencia sexual desde esta perspectiva particular no puede ser decisiva para los efectos de su calificación jurídico-penal, particularmente para los efectos de la aplicación del Derecho penal nacional. Esto es importante, porque, en el esquema interpretativo que aquí se defiende, la regla general es que el ejercicio de violencia contra una persona por parte de un sujeto calificado debe calificarse cuando menos como “otros tratos” y no como vejación injusta (*supra* I), de modo que una asunción acrítica de la calificación del desnudamiento forzado como violencia sexual llevaría sin más a entender satisfechas las exigencias del art. 150 D, lo que sería un error.

Con estas prevenciones en mente, se puede abordar ahora la comprobación de que el desnudamiento forzado “puro y simple” realiza, de acuerdo con la interpretación que aquí se defiende (*supra* I), el tipo penal de vejación injusta y no el de apremios ilegítimos u “otros tratos”.

¹⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 9 de junio de 1994, ratificada por Chile el 24 de octubre de 1996 y publicada en el Diario Oficial de 11 de noviembre de 1998.

¹⁹ Sentencia de 25 de noviembre de 2006, § 306. El caso se analiza con más detalle *infra* IV.

III. LO QUE SUGIERE EL SISTEMA DE LA LEY

Es indudable que el desnudamiento forzado es un comportamiento altamente reprochable, que humilla a la víctima y la pone en una situación de gran vulnerabilidad, pero es claro también que, en cuanto tal, no constituye, como se ha dicho, un ejercicio de violencia en los términos del Derecho penal, que parece ser lo propio de los apremios ilegítimos u otros tratos, en la medida en que resulta poco plausible, por ejemplo, calificar una paliza solo como una “vejación”. Esta última calificación, en cambio, parece adecuada respecto del solo desnudamiento forzado sin violencia ni provocación de terror. El ejemplo mencionado permite, además, plantear el asunto desde el punto de vista de la proporcionalidad, pues resulta especialmente contraintuitivo aplicar el mismo marco penal al agente estatal que obliga a desnudarse a una persona detenida, que al funcionario que, además, le da una paliza²⁰.

Es llamativo también que, a pesar de la significación sexual que se le atribuye con tanto énfasis en el debate y que, por cierto, parece indudable en algunos casos, el desnudamiento forzado no constituye por sí mismo una interacción sexual jurídico-penalmente relevante en el Derecho penal común, es decir, fuera del ámbito de los abusos calificados por la calidad de funcionario del agente. Esto último merece comentario especial. Al respecto, es significativo recordar que, en el Derecho chileno, la misma conducta realizada por un particular puede calificarse ciertamente como un delito contra la libertad (amenazas condicionales, de los arts. 296 o 297, según si el mal amenazado tiene carácter delictivo o no) y eventualmente como un delito contra el honor (injurias de obra, por autoría mediata, probablemente graves, del art. 417 N° 4), pero no como un delito “sexual”. Y esto con independencia del efecto que en definitiva se le reconozca a la existencia del tipo penal específico del inciso segundo del art. 366 quáter sobre la posibilidad de apreciar la realización de un abuso sexual por autoría mediata mediante la instrumentalización de la propia víctima²¹. Porque incluso si se acepta que determinar

²⁰ Si no se provocan lesiones graves, lo normal será que las lesiones se entiendan absorbidas en un tipo penal que, como el del art. 150 D, presupone ejercicio de violencia como regla general (en cuanto irrogación de dolor o sufrimiento físico, entre otras posibilidades). La posible absorción de otros delitos es más discutible.

²¹ Si bien durante la tramitación de la Ley N° 19.617 de 1999 se entendió que la formulación legal del abuso sexual incluía los casos de autoría mediata por instrumentalización de la propia víctima, haciendo que ella realizara sobre sí misma una acción sexual (Informe de la Comisión Mixta, de 5 de noviembre de 1998, Historia de la Ley N° 19.617, p. 442), lo que conceptualmente merecería aprobación, se puede sostener que el inciso segundo del art. 366 quáter tiene un efecto de “bloqueo” del castigo de las conductas tipificadas cometidas mediante la instrumentalización de la víctima. Si se asume que la ley ha querido prodigarles más y no menos protección a los menores de edad, particularmente a los impúberes, no tiene sentido que haya establecido un tipo penal *privilegiado* de abuso sexual a su respecto, porque la conducta directamente tipificada en el inciso segundo del art. 366 quáter acarrea menos pena (presidio menor en su grado máximo) que los abusos sexuales en su contra (art. 366 bis) en autoría mediata (presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo). Más bien, por coherencia valorativa, habría que asumir que en este contexto la ley descarta una autoría mediata por instrumentalización de la víctima, y si esto es así respecto de impúberes, debiera serlo también respecto de púberes y adultos, sin perjuicio de que respecto de los primeros sea aplicable (ahí sin distorsión de pena) el tipo específico del inciso tercero del art. 366 quáter.

coactivamente a una persona “a realizar acciones de significación sexual delante suyo o de otro” es punible bajo el tipo de abusos sexuales por autoría mediata, parece existir consenso en la literatura en cuanto a que el solo desnudamiento, sin conductas o circunstancias adicionales, no constituye una “acción de significación sexual” en los términos del inciso segundo del art. 366 quáter²², de modo que tampoco debiera constituir una “acción sexual” en los términos del art. 366 ter, para los efectos de los art. 366 y 366 bis.

Así pues, lo normal será que el desnudamiento forzado puro y simple solo constituya amenazas condicionales e injurias de obra, configurándose, en consecuencia, un hecho en el que sobresalen el *sometimiento* y la *humillación* de la víctima por sobre la irrogación de dolor o sufrimiento, precisamente los factores característicos de la vejación injusta (o tratos degradantes genéricos, en los términos que se han defendido aquí, *supra* I), no de los apremios ilegítimos u otros tratos.

IV. ¿QUÉ SE PUEDE EXTRAER REALMENTE DE LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL?

Como se ha dicho, la invocación de “estándares internacionales” ha sido constante entre los partidarios del tratamiento más severo posible del desnudamiento forzado. En ausencia de normas internacionales referidas específicamente a la materia, ha de entenderse que tales estándares se expresan en la jurisprudencia internacional, tanto de Derechos Humanos como en sede penal. Pues bien, una revisión de dicha jurisprudencia muestra que la tesis que aquí se defiende no solo no se ve contradicha por ella, sino que más bien parece recibir su respaldo.

Para evitar posibles malentendidos, debe aclararse que aquí no se entiende que dicha jurisprudencia, que, desde luego es solo puntualmente vinculante y versa en parte solo respecto de la responsabilidad internacional del Estado, determine de algún modo lo que debe ser la interpretación del Derecho penal chileno, sino simplemente que ofrece un panorama conceptual relativamente concordante con la interpretación esbozada en las páginas precedentes. Con ello, en todo caso, pierde sustento su invocación por parte de la tesis contraria.

²² Así, RODRÍGUEZ, 2022, p. 278 descarta tajantemente que el desnudamiento sea en sí mismo un acto de significación sexual y exige que vaya acompañado de alguna conducta que sí sea susceptible de tal calificación. Parece coincidir GARRIDO, 2010, p. 336, cuando ejemplifica con lo que parece ser una conducta compleja de “obligar a alguien a desvestirse frente a terceros y realizar movimientos lascivos”. Similar resulta el planteamiento de COX, 2003, p. 192, quien, si bien se refiere sin más al hecho de obligar a la víctima a desvestirse, parece vincularlo a conductas adicionales, como “obligarla a realizar cierto tipo de bailes o movimientos de connotación sexual”. Más claros MATUS y RAMÍREZ, 2021, p. 218, quienes, al referirse a esta figura, mencionan la realización de actos impúdicos por parte del menor y, a propósito del exhibicionismo del inciso primero, recalcan que la sola exhibición del cuerpo desnudo no es una acción de significación sexual (que es lo que también exige el inciso segundo cuando es el menor el que es determinado a exhibirse desnudo). Esto sin contar con la exigencia adicional del art. 366 quáter en cuanto a que el agente obre con el fin de “procurar su excitación sexual o la excitación sexual de otro”.

Lo primero por destacar es que, hasta donde se alcanza a ver, *nunca* se ha calificado en alguna jurisdicción internacional el solo desnudamiento forzado como *tortura*. Más aún, puede apreciarse una clara tendencia a considerarlo, al menos en principio, como un trato *degradante*, más que como uno cruel o inhumano.

Así, por ejemplo, los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, cuando afirman una violación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes, aunque no tienen necesidad de distinguir, afirman invariablemente la presencia de un trato degradante. Entre muchos, se puede citar el caso *El Shennawy v. Francia*²³, en el que el tribunal determinó que constituía un trato degradante el régimen de registros corporales completos a que era sometido un preso peligroso, que incluían la observación de su ano (para lo que debía agacharse y toser), practicado por guardias encapuchados, varias veces al día (entre cuatro y ocho veces) y objeto de filmación. El tribunal reprochó básicamente la falta de justificación en términos de frecuencia, de uso de capuchas (que paradigmáticamente sirven para que no se pueda identificar al funcionario en caso de maltratos) y de filmación, pues son esas circunstancias excesivas e injustificadas las que tornan ilegítimo un procedimiento que, al menos *prima facie*, puede ser compatible con el art. 3 del Convenio, a pesar de ser intrínsecamente humillante (§§ 38, 42 a 46)²⁴.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el marco de la Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en el caso *Abramova v. Bielorrusia*²⁵, si bien afirma que el trato dado a la víctima constituyó “trato *inhumano* y degradante” y, lo relevante para la competencia del Comité, “discriminación sobre la base de su sexo”, lo hace considerando que fue sometida a la sanción de arresto administrativo por 5 días en condiciones miserables, antihigiénicas y degradantes, en un recinto donde todos los guardias eran hombres, y donde fue sometida a un “trato humillante” (§ 7.2), que a la vez califica como “acoso sexual” (§ 7.7). Este trato humillante (como algo distinto de las condiciones de encierro) consistió en que fue tocada indebidamente, amenazada con ser desnudada, posiblemente observada mientras usaba el baño que se ubicaba en la misma celda (pues no había obstáculo visual suficiente) y llamada despectivamente

²³ Sentencia de 20 de enero de 2011 (solicitud Nº 51246/08).

²⁴ Entre muchos otros fallos del TEDH en la misma línea se pueden citar: *Frérot v. Francia*, de 12 de junio de 2007 (solicitud Nº 70204/01), §§ 35 ss., 48 (termina afirmando trato degradante, no inhumano, luego de una larga ponderación); *Valašinas v. Lituania*, de 24 de julio de 2001 (solicitud Nº 44558/98), § 117 (constituye tratamiento degradante obligar al preso a desnudarse para registro frente a una mujer y que, luego de revisársele los testículos sin guantes, se registraran sin previo lavado de manos los alimentos que había recibido de sus visitas); *Iwańczuk v. Polonia*, de 15 de noviembre de 2001 (solicitud Nº 25196/94), § 59 (un preso que para ejercer su derecho a voto fue obligado a desnudarse para ser sometido a un registro, sin ninguna justificación, con el único propósito de humillarlo); *Van der Ven v. Países Bajos*, de 4 de febrero de 2003 (solicitud Nº 50901/99), § 61 s. (desnudamientos sistemáticos sin justificación desde una perspectiva de seguridad); *Yankov v. Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003 (solicitud Nº 39084/97), § 110 (desnudamientos semanales sin una clara justificación); *Wieser v. Austria*, de 22 de febrero de 2007 (solicitud Nº 2293/03), §§ 39 a 41 (desnudamiento innecesario desde un punto de vista de seguridad).

²⁵ Decisión de 25 de julio de 2001, Comunicación Nº 23/2009 (CEDAW/C/49/D/23/2009).

por el número de su celda (§ 7.7). Es posible sostener, en consecuencia, que el Comité reserva la calificación de trato inhumano para las miserables condiciones de encierro (frío intenso, insuficiente iluminación, suciedad, escasa ventilación, etc.), lo único que la propia víctima calificó como tortura (§§ 2.4, 3.1), y la de trato degradante para los aspectos recién mencionados.

En nuestro medio, la Corte Interamericana, en su sentencia recaída en el ya citado caso *Castro Castro*, si bien, como se dijo, le asigna al desnudamiento forzado de prisioneras la calidad de “violencia sexual”, a los efectos de aplicar las normas específicas de agravios contra las personas (art. 5.2 de la Convención Americana), lo califica como “tratos crueles” (§ 308), reservando la calificación como tortura para el caso documentado de “inspección” vaginal dactilar (calificada a su vez como violación), realizada simultáneamente por varias personas encapuchadas y con suma brusquedad (§§ 197.50, 309 a 312). Y, lo que es especialmente decidor, respecto de prisioneros varones, el desnudamiento en cuanto tal solo se califica como “trato violatorio de su dignidad personal” (§ 305).

Si se considera ahora la jurisprudencia penal internacional, la resolución más importante es la sentencia de juicio del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Akayesu*²⁶, donde el hecho del desnudamiento forzado no se calificó como tortura (aunque sí, también, como “violencia sexual”), sino como “otros actos inhumanos” del Art. 3(i), “ultrajes a la dignidad personal” del Art. 4(e) o “daño corporal o mental serio” del Art. 2(2)(b) del Estatuto del Tribunal (§ 688). Por su parte, en el fallo del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia recaído sobre el caso *Kunarac et al.*²⁷, se declaró la responsabilidad penal por “ultrajes a la dignidad personal” de uno de los imputados en un caso de desnudez forzada (§§ 766 ss., 782), en tanto que el mismo tribunal, en el fallo recaído en el caso *Brđanin*²⁸, acogió los cargos por “tortura, violencia física, violación, agresión sexual [*assault*], humillación y degradación constante de bosnios musulmanes y croatas”, contando como agresión sexual (no como tortura), entre otras conductas, un caso de desnudamiento forzado (§ 1013).

Dicho esto, se podría colegir que la demostración de la tesis de que el desnudamiento forzado en cuanto tal no constituye *tortura* para las jurisdicciones internacionales mencionadas, prueba al mismo tiempo que, contra lo que se sostiene aquí, puede, sin embargo, constituir *tratos crueles o inhumanos* y no solo tratos degradantes, precisamente porque también se traen a colación casos en que así lo afirmaron los tribunales de dichas jurisdicciones.

Pero, si bien se mira, esto solo se afirma en casos calificados, en los que, en rigor, se puede negar que se trate de un caso de desnudamiento forzado “puro y simple”. La cuestión es en qué consiste la diferencia que media entre, por ejemplo, el caso *El Shennawy* (trato degradante) y otros como *Castro Castro*, *Kunarac* o *Brđanin* (tratos crueles

²⁶ *Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu* (caso N° ICTR-96-4-T), sentencia de 2 de diciembre de 1998, Sala I.

²⁷ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (casos N° IT-96-23-T y N° IT-96-23/1-T), sentencia de juicio, de 22 de febrero de 2001, Sala II.

²⁸ *Prosecutor v. Radoslav Brđanin* (caso IT-99-36), sentencia de juicio, de 1 de septiembre de 2004, Sala II.

o inhumanos), y la respuesta es relativamente clara si se consultan los hechos concretos en los que recayeron: son decisivos el *contexto y las circunstancias concomitantes*.

Piénsese en *Castro Castro*. El caso concierne principalmente a la masacre que tuvo lugar entre el 6 y el 9 de mayo de 1992 en el centro penitenciario ubicado al este de Lima y que le da su nombre, en el contexto de la llamada Operación Mudanza 1, en el que fuerzas policiales y militares atacaron ferozmente con armamento pesado dos módulos reservados para presos que habrían estado vinculados al grupo terrorista Sendero Luminoso, uno de ellos para mujeres²⁹. La operación, que se habría llevado a cabo con claro propósito de exterminio, pues no se condice con el nivel de resistencia por parte de los presos, dejó un saldo de 41 presos muertos y al menos otros 175 heridos (habría muerto un policía y resultado heridos 9 funcionarios), además de la destrucción de los módulos en cuestión. Con posterioridad a la operación, se registraron distintos vejámenes contra sobrevivientes, como obligarlos a yacer boca abajo a la intemperie y sobre la tierra por varios días, sin abrigo y apenas alimentación, recibiendo constantes golpes y agresiones, u obligarlos a pasar desnudos por un “callejón oscuro”, recibiendo golpes con objetos contundentes en distintas partes del cuerpo, traslados en condiciones inhumanas, falta de atención médica adecuada, entre muchos otros agravios. Para los efectos de este trabajo, el párrafo decisivo del capítulo de “hechos probados” es el siguiente:

“Algunas internas e internos [sic] heridas fueron trasladadas al Hospital de la Sanidad de la Policía. Allí fueron desnudados y obligados a permanecer sin ropa durante casi todo el tiempo que estuvieron en el hospital, que en algunos casos se prolongó durante varios días y en otros durante semanas. En algunos casos les dieron una bata luego de quince días, al momento de trasladarlas a los penales donde fueron reubicadas. En el Hospital se encontraban rodeados de individuos armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. A las internas no se les permitió asearse, estaban cubiertas con tan solo una sábana, y en algunos casos para utilizar los servicios sanitarios debían hacerlo acompañadas de un guardia armado, quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas” (§ 197.49).

La Corte declaró que todas las personas mantenidas desnudas fueron “víctimas de un trato violatorio de su dignidad personal” (§ 305), pero, tratándose de mujeres, agregó que ese tratamiento las hacía, además,

“víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres” (§ 306).

²⁹ La descripción de los hechos puede verse en los §§ 197.18 ss. de la sentencia.

Y agrega, para justificar su decisión, precisamente el contexto excepcional:

“La Corte hace notar el contexto en el que fueron realizados dichos actos, ya que las mujeres que los sufrieron se hallaban sujetas al completo control del poder de agentes del Estado, absolutamente indefensas, y habían sido heridas precisamente por agentes estatales de seguridad” (§ 307).

“El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres” (§ 308).

No viene al caso discutir aquí la pertinencia y fuerza persuasiva del recurso de la Corte al concepto de violencia sexual en este caso particular (considerando, sobre todo, la existencia de casos posteriores mucho más nítidos)³⁰, sino simplemente destacar que las circunstancias del caso, al margen de permitir incluso disputar que se tratara de un desnudamiento forzado puro y simple, en todo caso le confieren al desnudamiento a que son sometidas personas sobrevivientes de una masacre, heridas, sometidas a un actuar policial y militar ostensiblemente descontrolado o incluso instruido para cualquier desmán, una gravedad que supera con largueza su sentido de simple humillación. Como afirma la Corte en el último apartado recién citado, las circunstancias descritas, comprensiblemente, tuvieron a las víctimas en un temor constante de agresiones más violentas, agregando al sufrimiento físico por las heridas, un grave sufrimiento psicológico.

³⁰ Considérese, por ejemplo, entre otras, la sentencia en *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, de 28 de noviembre de 2018, §§ 177 ss. Es oportuno mencionar que en este caso el desnudamiento forzado, calificado como violencia sexual bajo invocación a *Castro Castro* (§ 188 con nota al pie 285), fue una constante, pero nunca un hecho aislado, sino que circunstancia concomitante a casos de violación, manoseos y agresiones de diverso tipo (cfr. § 187), que es lo que explica que se haya afirmado la existencia de tortura (§§ 191 ss., 198). También se podría mencionar *López Soto y otros vs. Venezuela*, de 26 de septiembre de 2018, caso en el que la víctima, privada de libertad por casi 4 años, “fue sometida de manera continua a diversos actos de violencia física, verbal, psicológica y sexual, incluyendo ingesta forzada de alcohol, drogas y medicamentos, golpes que le provocaron traumatismos contusos y hematomas en el rostro, los pabellones auriculares, el tórax y el abdomen, fractura de la nariz y la mandíbula, mordeduras en los labios, mamas y pezones, quemaduras con cigarrillos en la cara y el cuerpo, desnudez forzada, violaciones reiteradas vaginales, anales y con objetos, amenazas y humillaciones, privación de alimentos, entre otras”. Luego de rescatada tuvo que pasar casi un año hospitalizada y someterse a 15 cirugías, incluidas la reconstrucción de los labios, de la nariz, del pabellón auricular izquierdo y de la vagina (§ 114). Como es obvio, la desnudez forzada no es más que una circunstancia concomitante del caso, calificado como tortura (§ 258).

O en *Akayesu*³¹, se consideró que el hecho de que el acusado ordenara a miembros de la milicia paramilitar *Interahamwe*, responsable de las más atroces tropelías imaginables en la época de los hechos, “desvestir a una estudiante y forzarla a hacer gimnasia desnuda en el patio público de la oficina municipal frente a una multitud” constituía violencia sexual, lo que, como se dijo, sería subsumible en los “otros actos inhumanos” del Art. 3(i), en los “ultrajes a la dignidad personal” del Art. 4(e) y en el “daño corporal o mental serio” del Art. 2(2)(b) del Estatuto del Tribunal (§ 688). También aquí, es manifiesta la importancia que el tribunal le asigna al contexto:

“circunstancias coercitivas no necesitan evidenciarse mostrando fuerza física. Amenazas, intimidación, extorsión y otras formas de coacción que hagan presa de miedo o desesperación pueden constituir coerción, y *coerción puede ser inherente en ciertas circunstancias, tales como conflicto armado o la presencia militar de Interahamwe entre mujeres Tutsi refugiadas en la oficina comunal*” (§ 688, énfasis agregado).

En *Kunarac*, el tribunal declaró la responsabilidad penal de uno de los imputados (*Kovač*) por haber obligado a desvestirse y a bailar para él arriba de una mesa, mientras las apuntaba con un arma de fuego, a tres muchachas (una de ellas de 12 años) que mantenía esclavizadas en su departamento (§§ 766 ss.), siendo de destacar que las muchachas fueron violadas reiteradamente (§§ 747 ss.) y que dos de ellas fueron luego vendidas por el imputado a dos soldados montenegrinos no identificados (§§ 775 ss.). Como se ve, difícilmente se puede hablar de un desnudamiento forzado puro y simple; aun así, se condenó por este cargo a título de “ultrajes a la dignidad personal”.

El mismo tribunal, en *Brđanin*, acogió los cargos por “tortura, violencia física, violación, agresión sexual [*assault*], humillación y degradación constante de bosnios musulmanes y croatas”, contando como agresión sexual (esto es, como algo distinto de las violaciones y asesinatos, que eran pan de cada día en aquel tiempo y lugar), entre otras conductas (como pasar un cuchillo por los pechos de una mujer bosnia musulmana o exigirles a detenidos que realizaran acciones sexuales entre ellos), el caso de “una mujer bosnia croata que fue forzada a desvestirse frente a enfervorizados policías y soldados bosnios serbios” (§ 1013).

La importancia crucial del contexto se ve confirmada, por último, en la decisión de la Corte Penal Internacional relativa a la orden de arresto contra el imputado Jean-Pierre Bemba Gombo³², a quien se le atribuían crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra perpetrados en la República Centroafricana. La Sala que conoció de este asunto preliminar tuvo por razonablemente fundados varios de los cargos contra el imputado (violaciones, etc.), pero no compartió el criterio del fiscal en cuanto a que el hecho de

³¹ De donde proviene una muy citada definición de “violencia sexual”, como “cualquier acto de naturaleza sexual que es cometido sobre una persona bajo circunstancias que sean coercitivas”, que “no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no envuelvan penetración o incluso contacto físico” (§ 688).

³² *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Caso ICC-01/05-01/08), decisión de 10 de junio de 2008, Sala III.

que “miembros del MLC ordenaron a personas desvestirse en público para humillarlas” constituía otra forma de violencia sexual contra civiles, punible conforme al Art. 7(1)(g) del Estatuto de Roma. La Sala afirmó rotundamente que las conductas presentadas por el fiscal “no constituyen formas de violencia sexual *de gravedad comparable* a la de otros crímenes descritos en el artículo 7(1)(g) del Estatuto”, que es lo que exige el precepto (§§ 39 y 40, énfasis agregado)³³.

La revisión precedente parece confirmar que la valoración del desnudamiento forzado depende de las circunstancias concretas. Por regla general, constituye un *trato degradante* (o su equivalente conceptual), pero cuando se da en contextos o bajo circunstancias excepcionales puede exhibir una gravedad mucho mayor que conduce a una calificación diferente (como trato cruel o inhumano). Lo que podría leerse entre líneas es que lo decisivo sería un contexto y circunstancias que, en conexión con el desnudamiento, provoquen un temor justificado y concreto (es decir, no meramente teórico, sino fundado en circunstancias particulares del caso concreto) de ser víctima de una agresión física, eventualmente sexual, con independencia del comportamiento que se adopte³⁴.

Llevado esto al esquema de interpretación del Derecho penal vigente en Chile que se ha defendido (*supra* I), el desnudamiento forzado, en cuanto constituye por regla general un trato degradante, realiza, también por regla general, el tipo de vejación injusta del art. 255. Pero si el caso concreto exhibe circunstancias extraordinarias que aumentan su gravedad, tales como agresiones concomitantes o un contexto que provoque el aludido temor justificado de ser víctima de tales agresiones, esto es, cuando, más allá de su natural efecto de humillación, conlleve un sufrimiento o dolor equiparable al de los tratos crueles o inhumanos, puede considerarse uno de ellos y, en consecuencia, realizar el tipo penal del art. 150 D.

V. EL ASUNTO EN LAS ESCASAS SENTENCIAS CHILENAS

Son muy escasas las sentencias que tratan del desnudamiento forzado en cuanto tal en nuestro medio. Sin embargo, se aprecia en los hechos sobre las que recaen tipologías de gravedad diversa que permitirían calificaciones igualmente diversas, tal como hacen las jurisdicciones internacionales (*supra* IV) y tal como se ha propuesto hacer aquí. A continuación, se ofrece un breve análisis crítico de este puñado de sentencias³⁵.

³³ La resolución confirma que, como se desprende de la sola lectura de las normas, el desnudamiento forzado en cuanto tal no está tipificado como crimen en el Estatuto de Roma; así, no obstante, SJÖHOLM, 2018, p. 345 con nota 3.

³⁴ Es explícito, como se vio, en *Castro Castro*, implícito al menos en *Akayesu*, *Kunarac* y *Brđanin*

³⁵ Con posterioridad al cierre de este trabajo se tomó conocimiento, sin poder incluir su análisis en él, de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Viña del Mar, de 8 de mayo de 2023 (RIT N° 634-2022; RUC N° 2000023720-6), que condena por el delito del art. 150 D en un caso de simple desnudamiento, sin mayor debate de los alcances de ese tipo penal ni su delimitación con el del art. 255.

Antes de la Ley N° 20.968 se conoce un caso ocurrido a comienzos de 2006 en un recinto penitenciario, en que, en el contexto de un allanamiento, una veintena de internas fue obligada, con fines de registro, a “subirse la parte superior de sus vestimentas y bajarse la parte inferior, mostrando sus pechos y genitales”, debiendo luego “agacharse y girar en cuclillas con el fin de verificar si les caía algo desde sus vaginas”, todo esto con la intervención de tres gendarmes varones que pudieron presenciar el registro, uno de estos hizo una filmación que luego fue exhibida a otros gendarmes en la sala de abogados del recinto, provocando risas y burlas de su parte³⁶. Es de destacar que, en rigor, no se vio delito en el desnudamiento mismo, sino que en la observación del procedimiento por parte de funcionarios varones y, sobre todo, en su filmación y posterior exhibición. Los hechos fueron calificados como vejación injusta del art. 255 y no como aplicación de tormentos o apremios ilegítimos del art. 150 A original³⁷, lo que, al margen de parecer correcto, atendida la exigencia legal de distinguir ya entonces entre niveles de gravedad y la menor significación relativa del hecho, coincide con la tendencia internacional (*supra* IV) de ver en estos casos de *strip-searchs* abusivos una conducta menos grave en comparación con la tortura y los tratos crueles o inhumanos.

Luego del cambio legal destaca una sentencia de juicio oral de Angol³⁸, recaída en el caso de dos menores de 14 años que fueron “retenidos” sin motivo justificado por funcionarios policiales, llevados a un sitio eriazo, donde se registraron sus vestimentas y sus mochilas, arrojándose el contenido de estas al suelo, y se les ordenó bajarse los pantalones bajo amenaza de muerte en caso de negarse, orden que uno de ellos cumplió, a pesar de temer que lo iban a violar (algo similar ocurrió con un tercer menor, de 12 años y con una discapacidad intelectual moderada, que llegó al sitio eriazo y al que, luego del registro de su mochila, se le obligó a bajarse los pantalones, también bajo amenaza de muerte), constatándose las consecuencias psicológicas del pánico experimentado (cons. 17°).

El tribunal califica los desnudamientos bajo amenaza de muerte como apremios ilegítimos en los términos del art. 150 D, calificación que merece aprobación. Si bien el fallo incurre innecesariamente en varias imprecisiones que, como se ha dicho *supra* I y II, son, por desgracia, habituales en el debate respecto de la materia en nuestro medio (como afirmar que, a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos, los desnudamientos forzados constituyen sin más un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso, sobre la base del ya citado pasaje del Protocolo de Estambul, un caso de tortura; o invocar como prueba de esto algunos pronunciamientos generales de la Corte Interamericana y del Relator especial sobre la tortura en materia de violencia sexual,

³⁶ Sentencia del 12° Juzgado de Garantía de Santiago, de 31 de diciembre de 2007 (RIT N° 926-2006; RUC N° 0610003870-4), se puede consultar en MORALES (2008), p. 103 ss. Los hechos, ocurridos la noche del 2 de febrero de 2006 en una sección para reclusas definidas como de baja peligrosidad del CDP Femenino de Santiago, se detallan en el considerando 7°; la calificación jurídica se desarrolla en el considerando 8°.

³⁷ De la situación legal al tiempo de los hechos, BASCUÑÁN, 1998, p. 55 ss.; HERNÁNDEZ, 2021, p. 519 ss.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol, de 24 de enero de 2022 (RIT N° 31-2021; RUC N° 1810027046-K).

pero no referidos específicamente al desnudamiento forzado en cuanto tal³⁹), lo cierto es que no se trata de un caso puro y simple de desnudamiento forzado, sino de uno donde, como el propio tribunal destaca una y otra vez, el desnudamiento se verifica bajo una amenaza verosímil de muerte, dirigida contra personas especialmente vulnerables. Si a eso se agrega que las víctimas deliberadamente no fueron conducidas a una dependencia oficial, sino que a un lugar apartado que aumentaba su vulnerabilidad, y que el desnudamiento no obedecía a ningún propósito “funcionario” aparente (los menores ya habían sido registrados), lo que hacía plausible que fuera la antesala de una agresión sexual o de otro tipo, el resultado concuerda plenamente con la interpretación que aquí se ha sustentado: el contexto y las circunstancias adicionales le confieren al desnudamiento forzado una gravedad excepcional que justifica su consideración bajo el art. 150 D.

Distinto es el caso, por último, de una sentencia de juicio oral de Arica⁴⁰. El caso versa de la situación de dos mujeres detenidas por una falta en la vía pública que, una vez en la comisaría, por separado y consecutivamente, fueron llevadas por una funcionaria a un baño adyacente a los calabozos para someterlas a registro, instruyéndoles, primero, que se desprendieran de la parte superior de su ropa y, después, que se bajaran el pantalón y la ropa interior, luego de ello debieron agacharse o hincarse, quedando su zona genital y anal desnuda y a vista de la funcionaria (cons. 13º). Como se ve, se trata de un caso de *strip-search* ejecutado asépticamente, sin factores humillantes adicionales tales como su práctica por funcionario de otro sexo, ante varias personas, con filmación, con burlas, etc., al punto que lo indebido en él radica en la prohibición absoluta de desnudamiento de detenidos prevista en la normativa pertinente⁴¹, dando lugar a un caso leve de lo que en jurisdicciones internacionales se califica como trato degradante (*supra* IV). No obstante, la mayoría del tribunal calificó los hechos como apremios ilegítimos en los términos del art. 150 D, calificación que aquí se considera errónea.

A diferencia de lo ocurrido en Angol, en ausencia de elementos adicionales, el voto de mayoría solo puede apoyarse en la consideración del desnudamiento forzado como una forma de “violencia sexual”, de donde, al parecer, se seguiría sin más que siempre y en

³⁹ Se citan las sentencias en los casos *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, de 16 de febrero de 2017, y en el ya citado *Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco*, referidos, como se sabe, a múltiples agresiones sexuales contra mujeres, en los que el desnudamiento era solo una circunstancia concomitante, así como en *Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, de 14 de noviembre de 2014, donde se da cuenta, entre múltiples otros hechos, de la aplicación de choques eléctricos en los genitales de un varón. Por su parte, el apartado que se cita del Adendum del Informe del Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, de 5 de febrero de 2010 (A/HRC/13/39/Add.5), se refiere a la violencia sexual como tortura, aludiendo en particular a la violación y otros abusos sexuales (§ 53), no al desnudamiento forzado, que solo se menciona tangencialmente, a propósito de torturas que, por cierto, no consisten en tal desnudamiento (§§ 51, 69 y 223).

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, de 22 de septiembre de 2022 (RIT N° 176-2022; RUC N° 1901155205-9).

⁴¹ Circular (Interior) N° 1832, de 4 de 2019, sobre uso de la fuerza por parte de Carabineros, Protocolo 4.5 (Registro de personas privadas de libertad), Obligación General N° 4: “Se prohíbe estrictamente desnudar a las personas sometidas al registro”. Sin perjuicio de esto, con seguridad también debía entenderse indebido en cuanto desproporcionado, atendida la escasa entidad del hecho imputado.

todo caso se realiza el tipo de apremios ilegítimos (cons. 15°). Como se explicó *supra* II, atendida la manifiesta divergencia entre el concepto de “violencia” empleado en parte por el Derecho internacional de los Derechos Humanos y el propio del Derecho penal, esta conclusión no puede ser de recibo, al menos no en términos generales. Es de destacar, además, que la jurisprudencia citada de la Corte Interamericana, la misma que cita el tribunal de Angol, no es pertinente, en la medida en que, como ya se dijo, no versa sobre el desnudamiento en cuanto tal⁴², mientras que la invocación de *Akayesu*, que sí es pertinente, no se hace cargo, sin embargo, de la descomunal diferencia de contexto que media entre los hechos de uno y otro caso (sobre esto, *supra* IV).

Por su parte, concordando con la calificación jurídica del Ministerio Público, el voto de minoría solo aprecia una vejación injusta en los términos del art. 255 (reconocido como el peldaño más bajo de una escala de gravedad creciente que culmina en la tortura), considerando que las circunstancias algo anodinas del desnudamiento en el caso concreto y los efectos poco significativos que habría tenido en las víctimas (luego del registro, la primera le habría dicho a la segunda que no se preocupara, que no era “para tanto”; después se habrían quedado conversando unos 15 minutos en el lugar; su único reclamo inicial se habría dirigido al parecer contra la detención misma y solo con el propósito de no ser multadas) no justificaban un reproche mayor. Conforme con lo expuesto aquí, la jueza disidente tenía razón.

VI. CONCLUSIONES

Como se ve, la discusión pertinente a la calificación jurídica del desnudamiento forzado está en pleno desarrollo. Las páginas precedentes han querido contribuir al debate, fundando la tesis de que, por regla general, el desnudamiento forzado debe calificarse como vejación injusta en los términos del art. 255, sin perjuicio de que, excepcionalmente, cuando se den circunstancias que lo hagan equiparable al dolor o sufrimiento propio de los tratos crueles o inhumanos del art. 150 D, se pueda aplicar este último artículo. Esta interpretación se aviene mejor con las diferencias valorativas que impone la ley, en particular con la necesidad de asegurarle un espacio de aplicación relevante al delito que ocupa el peldaño más bajo en el sistema escalonado de agravios cometidos por agentes del Estado contra particulares y al reconocimiento de la relativa menor entidad del supuesto en comparación con atropellos mucho más graves, a la vez que coincide con la distinción observable en el Derecho internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho penal internacional entre tratos crueles o inhumanos, por una parte, y tratos degradantes, por la otra.

⁴² Llama la atención que no se cite *Castro Castro*, que, como se ha dicho *supra* II y IV, sí califica específicamente el desnudamiento forzado como violencia sexual y como tratos crueles o inhumanos, aunque sobre la base de un contexto y circunstancias muy particulares, que en este caso no se daban ni remotamente.

BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN, Antonio, 1998: *Agravios inferidos por funcionarios públicos a las libertades garantizadas por la Constitución* [Materiales de estudio], Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- COX, Juan Pablo, 2003: *Los abusos sexuales. Aproximación dogmática*, Santiago, LexisNexis.
- DURÁN, Mario, 2019: “Propuestas para la estructuración típica e interpretación sistemática del nuevo delito de tortura y su bien jurídico protegido”, *Política Criminal*, Vol. 14, N° 27, pp. 202-241.
- GARRIDO, Mario, 2010: *Derecho penal. T. III* (4° edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2023: “El delito de vejación injusta como límite inferior de los agravios contra las personas infligidos por empleados públicos”, en Laura Mayer, Guillermo Oliver y Jaime Vera (editores), *Un Derecho penal centrado en la persona. Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Collao*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, en prensa.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2021: “La tortura en el Derecho penal chileno y el riesgo de su banalización”, en Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *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.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2021: *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (4° edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2019: *Manual de Derecho penal chileno. Parte especial* (3° edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORALES, Roberto, 2008: “Comentario a sentencia de vejación injusta”, *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 34, pp. 101-125.
- RODRÍGUEZ, Luis, 2022: *Delitos sexuales* (3° edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SJÖHOLM, Maria, 2018: *Gender-Sensitive Norm Interpretation by Regional Human Rights Law Systems*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff.

Normativa citada

- CÓDIGO penal de Chile.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), de 22 de noviembre de 1969
- CONVENCIÓN Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), de 9 de junio de 1994
- CONVENIO Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950
- ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998
- ESTATUTO del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Resolución 955 del Consejo de Seguridad de la ONU), de 8 de noviembre de 1994.
- CIRCULAR N° 1832 del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, Subsecretaría de Interior, Sección Carabineros, de 1 de marzo de 2019 (publicada en 4 de marzo de 2019), sobre uso de la fuerza por parte de Carabineros

Jurisprudencia citada

Tribunales chilenos

- 12° JUZGADO de Garantía de Santiago, sentencia de 31 de diciembre de 2007 (RIT Nº 926-2006; RUC Nº 0610003870-4).
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Angol, sentencia de 24 de enero de 2022 (RIT Nº 31-2021; RUC Nº 1810027046-K).
- TRIBUNAL de Juicio Oral en lo Penal de Arica, sentencia de 22 de septiembre de 2022 (RIT Nº 176-2022; RUC Nº 1901155205-9).
- TRIBUNAL Oral en lo Penal de Viña del Mar, sentencia de 8 de mayo de 2023 (RIT Nº 634-2022; RUC Nº 2000023720-6).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- PENAL Miguel Castro Castro vs. Perú*, sentencia de 25 de noviembre de 2006.
- RODRIGUEZ Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia*, sentencia de 14 de noviembre de 2014.
- FAVELA Nova Brasilia vs. Brasil*, sentencia de 16 de febrero de 2017.
- LÓPEZ Soto y otros vs. Venezuela*, sentencia de 26 de septiembre de 2018.
- MUJERES víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, sentencia de 28 de noviembre de 2018.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- VALAŠINAS v. Lituania*, sentencia de 24 de julio de 2001 (solicitud Nº 44558/98).
- IWAŃCZUK v. Polonia*, sentencia de 15 de noviembre de 2001 (solicitud Nº 25196/94).
- VAN der Ven v. Países Bajos*, sentencia de 4 de febrero de 2003 (solicitud Nº 50901/99).
- YANKOV v. Bulgaria*, sentencia de 11 de diciembre de 2003 (solicitud Nº 39084/97).
- WIESER v. Austria*, de 22 de febrero de 2007 (solicitud Nº 2293/03).
- FRÉROT v. Francia*, sentencia de 12 de junio de 2007 (solicitud Nº 70204/01).
- EL Shennawy v. Francia*, sentencia de 20 de enero de 2011 (solicitud Nº 51246/08).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

- ABRAMOVA v. Bielorrusia*, decisión de 25 de julio de 2001, comunicación Nº 23/2009 (CEDAW/C/49/D/23/2009).

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

- PROSECUTOR vs. Jean-Paul Akayesu* (caso Nº ICTR-96-4-T), sentencia de 2 de diciembre de 1998, Sala I.

Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia

- PROSECUTOR v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač and Zoran Vuković* (casos Nº IT-96-23-T y Nº IT-96-23/1-T), sentencia de juicio, de 22 de febrero de 2001, Sala II.
- PROSECUTOR v. Radoslav Brđanin* (caso IT-99-36), sentencia de juicio, de 1 de septiembre de 2004, Sala II.

Corte Penal Internacional

- PROSECUTOR v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (Caso ICC-01/05-01/08), decisión de 10 de junio de 2008, Sala III.