

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO

2021

6

La actividad legislativa y
los Derechos Humanos en Chile

PRINCIPALES INFORMES DEL INDH AL PARLAMENTO

2021



Instituto Nacional de Derechos Humanos

Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos

Sergio Micco Aguayo, Director

Jerko Ljubetic Godoy

Cristián Pertuzé Fariña

Salvador Millaleo Hernández

Sebastián Donoso Rodríguez

Carlos Frontaura Rivera

Consuelo Contreras Largo

Eduardo Saffirio Suárez

Margarita Romero Méndez

Debbie Guerra Maldonado

Branislav Marelic Rokov

Equipo de trabajo INDH

Tania Rojas Muñoz, Coordinadora

Rodrigo Bustos Bottai

Natalia Arévalo Arévalo

Nicole Lacrampette Polanco

Natalia Labbe Céspedes

Sebastián del Pino Rubio

Julio Cortés Morales

Leonardo Urrutia Álvarez

Alejandra Llanos Avendaño

Edición de textos

Eliana Largo Vera

Diseño y diagramación

Michèle Leighton Palma

Impresión

Ograma Impresores

ISBN: 978-956-6014-38-6

Registro de Propiedad Intelectual: 2021-A-11350

Primera edición

1.500 ejemplares

Santiago de Chile

Diciembre de 2021

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	6
---------------------	----------

CAPÍTULO I: Sistema penal, orden público y uso de la fuerza	9
--	----------

- Informe sobre el proyecto de ley que “Prohíbe los desnudamientos forzosos, las tocamientos indebidos y otras agresiones sexuales similares en los procesos de detención policial” (Boletín N° 14234-07) 10
- Informe sobre el proyecto de ley que “Prohíbe el uso de armas no letales o menos letales que causen grave daño a la integridad física de las personas en manifestaciones sociales” (Boletín N° 13.833-07) 28
- Informe sobre libertad condicional y efectos de la Ley N° 21.124 (Boletín 10.696-07) 58
- Informe sobre el proyecto de ley que “Modifica el Código Penal y otros cuerpos legales para fortalecer la protección de las Fuerzas de Orden y Seguridad y de Gendarmería de Chile” (Boletín N° 13124-07) 98
- Informe sobre el proyecto de ley que “Establece principios y normas generales, en el marco del pleno respeto a los derechos humanos, a que deben ceñirse los protocolos sobre uso de la fuerza y armas disuasivas por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública” (Boletín 14033-17) 129

CAPÍTULO 2: Medio Ambiente, Biodiversidad y derechos humanos	157
---	------------

- Informe sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas. (Boletín N° 9.404-12) 158
- Informe sobre el proyecto de ley que “Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental, y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (Boletín 12.714-12) 200

CAPÍTULO 3: Reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas mayores	237
--	------------

- Minuta sobre proyecto de ley referente a “promover el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor” (Boletín N° 13.822-07) 238

PRESENTACIÓN

Los derechos humanos son los principios sobre los que se sustentan todas las sociedades en las que gobiernan el estado de derecho y la democracia. La idea de igualdad de la dignidad humana ha sido una de las bases del movimiento internacional de los derechos humanos y ha tenido un papel formativo en múltiples tradiciones legales y constitucionales nacionales.

Tal es el caso del Estado de Chile, que en el año 1990 al ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), pasa a ser parte del sistema de protección interamericano de derechos humanos. Esto significa no solo estar obligado jurídicamente a respetar y garantizar los derechos contenidos en la Convención, sino que se compromete también a adecuar el derecho interno si este no asegura el ejercicio de los derechos, adoptando con arreglo a sus procedimientos constitucionales las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades¹.

Para alcanzar lo anterior, los parlamentos y sus miembros se tornan agentes fundamentales. El ejercicio del poder legislativo en su conjunto abarca el espectro completo de los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, lo que tiene una repercusión inmediata en el disfrute de los derechos humanos por parte de la población.

Como institución del Estado donde reposa la democracia representativa, el Congreso Nacional debe ser consciente en todo momento de que la paz, la armonía social y el desarrollo sostenido del país dependen en gran medida de que los derechos humanos impregnen toda la actividad legislativa.

En este sentido, los Principios de Belgrado ofrecen un marco orientador para lograr vincular las instituciones de derechos humanos y el parlamento. En conformidad con ellos, a estas entidades les corresponde cooperar en la formulación de propuestas legislativas con el objetivo de adecuar las normas internas a las normas y principios del derecho internacional, a fin de construir un marco armónico y único de protección de derechos humanos.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2°.

Por ello es que, desde lo institucional, la misión del Instituto Nacional de Derechos Humanos es precisamente generar esa consonancia al promover que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, de manera que su aplicación sea efectiva².

Para cumplir con este mandato legal, la unidad de Seguimiento Legislativo es la encargada de influir en la labor legislativa del país con su participación permanente en las Comisiones y debates legislativos sobre temáticas que afecten derechos humanos y que sean áreas prioritarias, además de la asesoría a comisiones de Derechos Humanos y a los parlamentarios y parlamentarias involucrados.

Junto con lo anterior, la entrega de informes que aborden aquellas materias, así como minutas de posición del INDH son parte importante de esta área de seguimiento legislativo la que ve concretada su labor mediante la publicación de los principales informes al Parlamento Nacional según las temáticas definidas por el INDH, y que en la presente publicación corresponden al año 2021.

Al igual que en años anteriores, la sexta versión del libro *Actividad Legislativa y Derechos Humanos en Chile. Principales Informes del INDH al Parlamento, 2021*, contiene los principales informes sobre proyectos de ley de especial relevancia para el debate nacional, como es el caso de las minutas relativas al Sistema Penal, orden público y uso de la fuerza, sobre Medio Ambiente, biodiversidad y derechos humanos, y respecto al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas mayores.

El INDH pone a disposición del público general esta recopilación dirigida especialmente a todas aquellas personas que desempeñan alguna responsabilidad en la tarea de asegurar que los derechos humanos sean la base de cualquier sociedad civilizada.

Sergio Micco Aguayo
Director Instituto Nacional de Derechos Humanos

2. Ley N° 20.405, del Instituto Nacional de Derechos Humanos, artículo 3°, número 4°.

1

Sistema penal, orden público y uso de la fuerza

Informe sobre el proyecto de ley que prohíbe desnudamientos forzosos, tocaciones indebidas y otras agresiones sexuales similares en los procesos de detención policial (Boletín N° 14.234-07)

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

I. CONTENIDO DEL PROYECTO

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

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

I.1 Modificación al artículo 89 del Código Procesal Penal

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

1. Moción de las y los Honorables Senadores Loreto Carvajal, Álvaro Elizalde, Juan Ignacio Latorre, Adriana Muñoz y Alejandro Navarro.
2. Artículo 89 CPP: “Examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere. Para practicar el examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia”.

1.2 Modificación al artículo 150 D del Código Penal

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

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

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

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

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

-
3. Artículo 150 D CP: “El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.
- Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.
- No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.
- Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos”.

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

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

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

3.1 Precisión conceptual

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

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

5. 35 víctimas sin información de sexo registral.

6. 7 víctimas sin información de sexo registral.

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

3.1.1 Tratados

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

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

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

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

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

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

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

3.1.2 Declaraciones

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

3.1.3 Observaciones y Recomendaciones Generales

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

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

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

Artículo 7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

13. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil. Sentencia de 5 de febrero de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 171. En el mismo sentido: Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, sentencia de 23 de agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 161; Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia de 8 de marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 152; Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile, sentencia de 29 de mayo de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 388; Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 127; y Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 57, entre otras.
14. Los primeros desarrollos jurisprudenciales en esta materia se encuentran en: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas); Caso J. vs. Perú, sentencia de 27 de noviembre de 2013 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); y Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.
15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 181.
16. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 688.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Corte IDH ha sostenido:

La violencia sexual por un agente del Estado contra una persona privada de libertad bajo custodia estatal es un acto grave y reprobable, tomando en cuenta la vulnerabilidad de la víctima y el abuso de poder que despliega el agente. Dicho acto resulta denigrante y humillante física y emocionalmente, así como puede causar consecuencias psicológicas severas para la víctima²⁰.

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

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

A ello agregó la Corte que,

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

Asimismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha considerado que el desnudamiento de personas privadas de libertad puede constituir violencia sexual en los términos antes

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

21. *Ibid.*, párr. 202.

22. *Ibid.*, párr. 204.

23. *Ibid.*, párr. 209.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

forman parte de la tortura sexual pues incrementan la humillación y sus aspectos degradantes, todo lo cual forma parte del procedimiento²⁸.

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

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

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

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

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

28. Protocolo de Estambul, párr. 215.

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

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

de la tortura implica una inobservancia de las obligaciones contenidas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³¹.

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a un recurso efectivo y sustanciado conforme a las reglas del debido proceso, establecido en los artículos 8 y 25 de la CADH, que en términos amplios resguardan el derecho de acceso a la justicia, comprende el derecho de las víctimas "a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables"³².

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

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

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

De esta manera el Estado tiene el deber de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal de todas las personas, de conformidad con el artículo 5.I en relación con el artículo I.I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Además, el Estado tiene una obligación reforzada de proteger a las mujeres frente a todo tipo de violencia, incluida la violencia sexual, conforme dispone el artículo 7 de la Convención de Belem do

31. *Ibid.*

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

Pará respecto de la obligación estatal de “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación”, así como de actuar con la debida diligencia para investigar y sancionar la violencia contra las mujeres y de establecer procedimientos legales justos y eficaces para las víctimas de violencia, lo que incluye un juicio oportuno.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que:

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

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

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

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

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

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

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

4.1 Modificación al artículo 89 del Código Procesal Penal

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

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

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

4.2 Modificación al artículo 150 D del Código Penal

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, respecto del proyecto de ley analizado en este informe, el INDH valora el objeto de la modificación propuesta, en cuanto tiende a promover la investigación y sanción

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

de conductas de violencia sexual que, como se señala en la moción parlamentaria, han seguido realizándose, y con particular recurrencia en el contexto de la crisis social iniciada en octubre de 2019. Dicho propósito es concordante con las obligaciones internacionales del Estado que se derivan del derecho a la integridad personal y la prohibición absoluta de la tortura. Sin perjuicio de ello, cabe formular las siguientes observaciones:

- a. De acuerdo con la jurisprudencia internacional referida en este informe, la determinación de si un hecho vulneratorio de la integridad personal constituye tortura u otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes debe hacerse caso a caso, atendiendo a las circunstancias concretas de los hechos y las condiciones particulares de la víctima. En este sentido, podría resultar complejo determinar en estos términos en la ley penal que las conductas listadas en la norma constituirán, al menos en principio, el delito de apremios ilegítimos, pues ello podría dificultar la calificación de tales conductas como tortura, en los casos en que la situación concreta lo amerite. Ello, puesto que los apremios ilegítimos se definen en el Código Penal como aquellos apremios u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes “que no alcancen a constituir tortura”.
- b. Los conceptos de “tocaciones indebidas” y “agresiones sexuales análogas” resultan problemáticos en cuanto a su conformidad con el principio de reserva o legalidad, particularmente en el sentido del principio de tipicidad consagrado en el artículo 19 N° 3, inciso final de la Constitución, que establece que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. En este sentido, ambos conceptos no determinan de forma precisa e inequívoca la conducta sancionada.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

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

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

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

Informe sobre el proyecto de ley que prohíbe el uso de armas no letales o menos letales que causen grave daño a la integridad física de las personas en manifestaciones sociales (Boletín N° 13.833-07)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 26 de julio de 2021 - Sesión Ordinaria N° 618.

I. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

La moción parlamentaria¹ presentada en el Senado el 13 de octubre de 2020, que “prohíbe el uso de armas no letales o menos letales que causen grave daño a la integridad física de las personas en manifestaciones sociales”, se encuentra, a la fecha de elaboración de este informe, en su primer trámite constitucional en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía.

El proyecto de ley se compone de un artículo único que incorpora un nuevo artículo 3B en el Decreto N° 400 del Ministerio de Defensa Nacional, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.798, sobre control de armas:

Artículo 3B. – Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y las Fuerzas Armadas, en labores de control del orden público por manifestaciones sociales no podrán hacer uso de armas no letales o menos letales, que puedan dañar o dañen gravemente la integridad física de las personas. Se prohíbe a este efecto, el uso de escopetas, con independencia de las municiones con las que sean cargadas.

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

Hasta el 29 de junio de 2021, el INDH ha presentado un total de 2.999 querellas por hechos de violencia de agentes del Estado ejercidas en el contexto de la crisis social, y por

1. Moción de los Honorables Senadores y Senadora, señor Alejandro Navarro, señora Yasna Provoste y señores Carlos Bianchi, Francisco Huenchumilla y Jaime Quintana.

hechos acaecidos entre el 17 de octubre de 2019 y el 18 de marzo de 2020, representando en ellas a un total de 3.447 víctimas. De los hechos referidos en las querellas, 1.690 se refieren a disparos de diversos tipos de municiones, siendo el más común los perdigones de escopetas antidisturbios –1.175 ocasiones (69,5% del total)– seguido por el impacto de bombas lacrimógenas –317 oportunidades (18,8%)²–. Cabe destacar que el total de casos es mayor a los casos registrados por el INDH y han motivado la presentación de acciones judiciales de acuerdo al mandato de la Ley N° 20.405³.

En base a esta misma información, solo entre el 18 y el 31 de octubre de 2019 se contabilizaron 835 hechos denunciados vinculados a escopeta antidisturbios. Este tipo de sucesos ha continuado siendo frecuente incluso luego de la crisis social y en el contexto de la pandemia, en que el INDH ha presentado querellas por 15 víctimas que fueron impactadas por escopetas antidisturbios durante el año 2020, y 2 en el año 2021.

Al respecto, el Informe Programa Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público de 2019, del INDH, abordó en particular los riesgos que implica el uso de armas potencialmente letales como método de gestión de manifestaciones, como la escopeta antidisturbios, señalando que, tras una revisión de estándares internacionales en materia de derechos humanos y estudios especializados internacionales y nacionales (incluso de la propia institución de Carabineros), puede determinarse que los proyectiles de energía cinética no son un arma adecuada para la gestión de multitudes, mucho menos con fines de dispersión; la mayoría de estos proyectiles no son efectivos ni seguros al usarse en contextos de manifestaciones sociales.

En el año 2012, el Departamento de Criminalística de Carabineros encomendó un peritaje sobre “disparos con escopeta antidisturbios y sus efectos en el cuerpo humano”, cuyo objetivo fue informar sobre los riesgos que conlleva su uso con cartuchos calibre 12 mm⁴.

2. Le siguen balines (105 casos) y balas (37). Además, hay 51 casos en que el tipo de munición no pudo ser determinada, cuatro casos en que la víctima fue impactada por postones y uno por una canica de vidrio. Considerando la dificultad de identificar proyectiles específicos en situaciones de alta complejidad por una población no experta en armas, los hechos atribuidos a balines (6,21%) y postones (0,24%) podrían referir a impactos de escopeta antidisturbios, cuya munición corresponde a perdigones. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que estos tres tipos de municiones son considerados Proyectiles de Impacto por Energía Cinética (PIEC).
3. Por una parte, la Criminología ha destacado el problema de la “cifra oculta”, que indicaría que siempre hay más criminalidad que la oficialmente registrada, pues las estadísticas oficiales se concentran en los casos que efectivamente son denunciados ante los organismos pertinentes. Además, las cifras de los distintos organismos que integran el sistema penal y judicial registran la propia actividad de cada órgano y siempre es posible que varias interacciones objetivamente delictivas no sean captadas por ellos.
4. Carabineros de Chile, Departamento de Criminalística. (2002). *Disparos con escopetas antidisturbios con empleo de*

Para el estudio se realizaron diferentes pruebas balísticas a 5, 10, 15, 20, 25 y 30 metros de distancia, obteniéndose que a diferentes distancias se verifican distintos daños en diferentes zonas del cuerpo⁵. En su conclusión N° 3, el informe señala que “es posible establecer que entre los 5 y 25 mts. de distancia existe una clara posibilidad de generar en la superficie corporal lesiones graves donde incluso, producto de la dispersión de perdigones, puede verse afectada más de una superficie corporal”. La conclusión N° 4 sostiene: “solo a 30 mts. de distancia se observa que los perdigones no traspasan la superficie de madera (usada en la prueba), por lo que es factible que, a esta distancia o una mayor, solo se generen lesiones leves pese a que de igual forma existe riesgo de generar una lesión ocular, que podría implicar la pérdida del ojo”. En vista de ello, el informe recomendó “el uso de la escopeta siempre hacia el tercio medio inferior del cuerpo, ya que corresponde a zonas menos vulnerables o expuestas, al estar protegidas por la vestimenta y el calzado, con la finalidad de evitar la generación de lesiones graves durante su uso y solo se cumpla la función de dispersar”⁶.

Las Orientaciones sobre el Uso de las Armas Menos Letales, publicada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), al igual que el estudio de Carabineros de 2012, alertan sobre la imprecisión de los proyectiles de impacto cinético: “la munición de perdigones de goma, sobre todo la que dispara múltiples proyectiles al mismo tiempo es altamente imprecisa, dada la alta dispersión del impacto no se puede asegurar que impactará a un individuo sino a 10 cms del diámetro del objetivo”⁷. A distancias largas, se ha señalado que “[l]a mayoría de los proyectiles son relativamente inexactos, y no pueden apuntar a un individuo con precisión, por lo que existe un gran riesgo de golpear áreas vulnerables por encima de la cintura, especialmente la cabeza, el

cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano. Santiago, Chile. Disponible en: https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/INFORME-CARABINEROS_compressed.pdf

5. Por ejemplo, en la cabeza, a 5 m de distancia se establece que “hay fractura de hueso craneal con ingreso de perdigón a cavidad craneana. Contusión Cerebral”; a 10 y 15 m, “heridas y fractura hueso craneal plano, con ingreso de perdigón a cavidad craneana. Contusión Cerebral; a 20 mts., herida contusa en cuero cabelludo. Posible fractura de ambas tablas de hueso plano. Conmoción Cerebral; a 25 mts., herida contusa en cuero cabelludo. Esquimosis y hematoma. Posibilidad de Fractura de la tabla externa del hueso plano Conmoción Cerebral; y a 30 mts., hematoma en cuero cabelludo y eventualmente escoriaciones según ángulo de incidencia del impacto, posibilidad de herida contusa”. En el caso del disparo al rostro, de 10 a 25 m, señala que, “en cuello, posibilidad de herida en tejido blanco y eventual lesión vascular, con posibilidad de muerte”. En el caso de los ojos, de 5 a 30 m, el efecto es el mismo, estallido ocular.
6. Carabineros de Chile, Departamento de Criminalística, *op. cit.*
7. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *Guidance on less-lethal weapons in law enforcement*. Nueva York y Ginebra. Ver: 7.5. Kinetic Impact Projectiles; 7.5.4. Specific Risks, p. 35. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/LLW_Guidance.pdf

cuello, el pecho y la ingle. En particular, al disparar múltiples proyectiles, estos son intrínsecamente indiscriminados y arbitrarios, por lo que deben evitarse”⁸.

Tras su misión a Chile, la ACNUDH indicó que en relación a la cantidad de lesiones oculares y faciales, había razones fundadas para creer que “las armas menos letales han sido usadas de forma inadecuada e indiscriminada”⁹, y que había motivos para creer que “las escopetas y los gases fueron disparados a corta distancia”¹⁰.

Aparte de la distancia en que se use la escopeta antidisturbios, sus efectos dependen del lugar del impacto, la composición de las postas y la velocidad que alcanzan^{11,12}: “algunos de estos proyectiles tienen una velocidad inicial similar a la que presentan las municiones de plomo. Como resultado, el disparo de estos proyectiles a corta distancia puede presentar patrones de lesión similares a los observados con municiones de plomo, ocasionando heridas graves y en ocasiones secuelas permanentes”¹³.

Sobre la composición de las municiones de los perdigones utilizados como munición potencialmente letal, la bibliografía disponible identifica gran cantidad de lesiones graves provocadas por el uso de balas de metal recubiertas de goma, y por las compuestas de metal y plástico, sugiriendo que “la presencia de metal puede resultar más letal que las balas hechas solo de material plástico”¹⁴.

-
8. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *Resource book on the use of force and firearms in law enforcement. Criminal Justice Handbook series*. Nueva York, p. 95. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/17-03483_ebook.pdf
 9. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Informe Sobre la Misión Chile 30 de octubre - 22 de noviembre de 2019, p. 14. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf
 10. *Ibid.*, p. 30.
 11. *Physicians for Human Rights* y Red Internacional de Organizaciones por los Derechos Civiles. (2016). *Letalidad Encubierta. Efectos en la salud del uso de las armas “menos letales” en las protestas*. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/12/Letalidad-encubierta.pdf>
 12. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op cit.*, p. 35.
 13. *Physicians for Human Rights* y Red Internacional de Organizaciones por los Derechos Civiles. *Letalidad Encubierta, op. cit.*, p. 28.
 14. *Ibid.*, p. 38.

También se han identificado que los *super-sock o bean bags* “pueden ocasionar lesiones severas e incluso fatales cuando no se dispersan durante el vuelo o cuando el saco se quiebra en el impacto”¹⁵.

En cuanto a los perdigones usados en Chile en el contexto de la crisis social, el Departamento de Ingeniería Mecánica de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile,¹⁶ usando como muestra balines extraídos de víctimas a fines de 2019 en la Unidad de Trauma Ocular del Hospital Salvador, concluyó que los balines usados estaban compuestos en un 20% de caucho y un 80% por plomo, silicio y sulfato de bario. Por su parte, la Universidad Austral¹⁷ también confirmó la presencia de sulfato de plomo y óxido, sulfato de bario y sílice en tres perdigones usados por Carabineros en manifestaciones desarrolladas en la ciudad de Valdivia durante el 2019.

El 19 de noviembre de 2019 el laboratorio de criminalística de Carabineros (LABOCAR), presentó un informe que, si bien mostraba que los balines no eran 100% de goma, contradecía la información científica de los estudios arriba citados al establecer, tras el análisis de las postas, que el porcentaje promedio de masa no metálica correspondía a un 53,4% y que los niveles de plomo, bario, aluminio, silicio y magnesio no superarían ninguno el 1%. El informe no especificó cuál es la composición del 45,6% restante¹⁸.

En cuanto a la zona impactada, las Orientaciones de Naciones Unidas también advierten de que apuntar a la cara o la cabeza puede resultar en fractura de cráneo y lesión cerebral, daño a los ojos, incluida la ceguera permanente, o incluso la muerte. El disparo de proyectiles de impacto cinético desde el aire o desde una posición elevada puede aumentar el riesgo de golpear a los y las manifestantes en la cabeza. Apuntar al torso puede dañar órganos vitales y puede haber penetración en el cuerpo, especialmente cuando se disparan proyectiles a corta distancia¹⁹. Por lo anterior, las Orientaciones señalan que “los proyectiles de impacto cinético deberían usarse sólo en fuego directo para impactar la parte baja del abdomen

15. Physicians for Human Rights y Red Internacional de Organizaciones por los Derechos Civiles. *Letalidad Encubierta*, op. cit., p. 39.

16. Jorquera, P. y Palma, R. (2019). *Estudio de Perdigón. Informe final*. Santiago, Departamento de Ingeniería Mecánica, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, Universidad de Chile, Disponible en: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/informe-uchile.pdf>

17. Corgne, A. (2019). *Identificación de componentes de perdigones por Microscopía Electrónica de Barrido –EDX*. Universidad Austral de Chile. Instituto de Ciencias de la Tierra. Disponible en: <http://microscopiaelectronica.uach.cl/2019/12/13/informe-de-la-u-austral-confirma-que-perdigones-usados-por-carabineros-contienen-plomo/>

18. Carabineros de Chile, Prefectura Iquique, Sección Criminalística. Resumen Ejecutivo N° 03. Disponible en: <https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-Labocar.pdf>

19. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Guidance*, op. cit., p. 35.

o las piernas de un individuo violento y sólo con el objetivo de enfrentar una amenaza inminente de daño a un agente encargado de hacer cumplir la ley o al público”²⁰.

Adicionalmente, otro estudio realizado en Chile alertó -en base a una detallada revisión de la literatura científica disponible- sobre las consecuencias del plomo en el cuerpo, a propósito de las personas heridas por parte de las fuerzas de seguridad, determinando que los proyectiles alojados en el cuerpo generan efectos adversos tóxicos de carácter permanente e irreversible, producto de exposición crónica al plomo, y que la gravedad de los tóxicos localizados y el desarrollo de una eventual intoxicación severa dependerá especialmente de la ubicación del proyectil y del fragmento retenido²¹.

Finalmente, en cuanto al uso de escopeta antidisturbios, la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) ha señalado que los proyectiles de impacto cinético lanzados no deben utilizarse para dispersar una reunión pacífica. En el caso de una manifestación que se haya tornado violenta, este tipo de municiones solo deben ser utilizadas por tiradores entrenados capaces de individualizar a las personas que presentan el riesgo, y solo de acuerdo con estrictos requisitos de necesidad y proporcionalidad. Las armas que disparan múltiples proyectiles al mismo tiempo, o que de otra manera no pueden apuntar a un individuo específico, nunca deben usarse debido al riesgo de lesiones a las personas transeúntes²². En casos de enfrentar desórdenes graves, la UNODC indica que:

(1) los proyectiles no deben usarse a corta distancia; (2) No se debe apuntar a las partes sensibles del cuerpo, en particular la cabeza, el cuello, el pecho y la ingle; (3) Estas armas solo deben usarse contra personas específicas. No deben usarse contra multitudes debido a los riesgos de herir a los transeúntes²³.

El mismo organismo señala que todo uso de balas de plástico o goma debe estar sujeto a una supervisión independiente, que pueda evaluar tanto las circunstancias como el uso.

20. *Ibid.*

21. Quirgas, A. (2019). *Perdigones y fragmentos balísticos: una fuente endógena de plomo en el cuerpo humano. Consecuencias de la retención de perdigones y fragmentos balísticos en la salud de las personas víctimas de disparos por parte de las fuerzas de orden y seguridad pública durante las manifestaciones*. Concepción, p. 28. Disponible en: https://interferencia.cl/sites/default/files/perdigones_como_fuente_endogena_de_plomo_aq_2019.pdf

22. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *op cit.*, p. 94.

23. *Ibid.*

Todos los proyectiles y cartuchos deben estar marcados de manera forense para que sea posible identificar quién los disparó²⁴.

En Chile, ante los recurrentes casos de lesiones oculares sufridas por manifestantes debido a la violencia en el actuar policial, y la observación del uso de armas no letales de manera extendida y fuera de los protocolos de actuación, el INDH exigió terminantemente que se pusiera fin al uso indiscriminado de escopetas antidisturbios, así como el respeto irrestricto a los protocolos bajo los principios de legalidad, proporcionalidad y responsabilidad²⁵.

Como se observa, las armas que utilizan el impacto cinético como mecanismo para incapacitar o disuadir a manifestantes son inevitablemente peligrosas y pueden llegar a ser letales. En el caso de Chile, los balines han ocasionado graves violaciones al derecho a la integridad física y el derecho a la vida, y han tenido un fuerte impacto negativo en la opinión pública respecto de la función policial de Carabineros en la mantención del orden público en contexto de manifestaciones. En este sentido, la gestión de manifestaciones y el uso de la escopeta antidisturbios ha mostrado ser una combinación inadecuada tanto para el mantenimiento del orden público como para la protección de las y los manifestantes.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

3.1 Precisión conceptual

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

24. *Ibid.*, p. 96.

25. Director del INDH exige a Carabineros que pongan fin al uso indiscriminado de escopetas antimotines. (10 de noviembre de 2019). *EMOL*. Disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/11/10/966736/INDH-exige-fin-escopetas-antimotines.html>

3.1.1 Tratados internacionales

En Chile, estos instrumentos pasan por un proceso de aprobación interna previo a la ratificación y son vinculantes según dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados²⁶. El hecho de ratificar un tratado sobre derechos humanos genera para el Estado dos obligaciones principales, la de respetarlos y la de garantizarlos. La obligación de respetar consiste en que los poderes del Estado o sus agentes se abstengan de interferir en el ejercicio de los derechos y que, por lo tanto, no los vulneren. En palabras de la Corte Interamericana, esto es reflejo de que,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal²⁷.

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

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos²⁸.

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

27. Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC- 6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21

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

3.1.2 Jurisprudencia internacional

Las decisiones de los tribunales internacionales constituyen una fuente auxiliar del Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que le asigna a la jurisprudencia la función de “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, sin perjuicio del efecto relativo de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales. Asimismo, en el Derecho Internacional, la jurisprudencia sirve de medio de prueba de la costumbre internacional y de los principios generales del Derecho.

3.1.3 Declaraciones

No son instrumentos vinculantes para los Estados, sin perjuicio de lo cual las disposiciones contenidas en declaraciones pueden adquirir el carácter de normas de derecho internacional consuetudinario, cuando son ampliamente aplicadas por los estados y reconocidas como obligatorias.

3.1.4 Observaciones y Recomendaciones Generales

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

[...] abarcan una amplia gama de temas, desde la interpretación general de las disposiciones sustantivas, como el derecho a la vida o el derecho a una alimentación adecuada, hasta una orientación general sobre la información que debería suministrarse en los informes de los Estados en relación con artículos concretos de los tratados. En las observaciones generales se han tratado también cuestiones intersectoriales más amplias, como la función de las instituciones nacionales de derechos humanos, los derechos de las personas con discapacidad, la violencia contra la mujer y los derechos de las minorías²⁹.

De esta forma, las recomendaciones incluidas en este informe están pensadas para complementar el sentido y alcance de los instrumentos internacionales, quedando la interpretación, con alcance general y vinculante, para los estados.

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

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

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

3.2 Obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos

Las obligaciones generales de los estados en materia de derechos humanos, esto es, respetar y garantizar los derechos, se encuentran establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha referido al contenido y alcance de la obligación de garantía en los siguientes términos:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos³⁰.

En consecuencia, los deberes jurídicos de respeto y garantía de los derechos humanos obligan a todos los órganos del Estado y, en general, a todas las instituciones a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público.

3.3 Estándares internacionales referidos al uso de la fuerza pública

El uso de la fuerza por parte del Estado, a través de sus fuerzas de orden y seguridad, ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en razón de la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida de las personas, reconocido en el artículo 4 de la CADH y artículo 6 del PIDCP. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”³¹. En tal sentido, ha expresado:

La Corte ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado

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

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores³².

3.3.1 Principios que deben regir el uso de la fuerza

Respecto de las fuentes del derecho internacional que se refieren al uso de la fuerza por parte de las policías, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, ha manifestado:

A nivel mundial, dos instrumentos principales de “derecho blando” establecen con cierto grado de detalle las condiciones en las que los agentes del orden pueden utilizar la fuerza y los requisitos de rendición de cuentas: el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [...] y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990 [...]. El Código viene acompañado de comentarios en los que se ofrece un análisis pormenorizado de sus artículos.

Estos dos instrumentos se han elaborado mediante un intenso diálogo entre funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y expertos en derechos humanos, y han sido aprobados por un gran número de Estados. Son ampliamente aceptados como expresiones autorizadas del derecho³³.

Sobre la base de los instrumentos internacionales señalados y de los derechos reconocidos por los tratados generales de derechos humanos, el derecho internacional ha establecido una serie de límites al uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado, dentro de los cuales generalmente se destacan la legalidad, necesidad y proporcionalidad. A continuación, se examinan estos tres principios:

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.

33. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Christof Heyns*. 25° periodo de sesiones, 1 de abril de 2014, A/HRC/26/36, párr. 43-44.

3.3.1.1. Legalidad

El uso de la fuerza debe estar regulado por un marco legal adecuado y debe tener un objetivo legítimo³⁴.

Dado que el ejercicio legítimo de la fuerza pública con el objeto de garantizar la seguridad y mantener el orden público implica la afectación de los derechos de las personas sujetas a dicho uso de la fuerza, su regulación legal resulta necesaria para asegurar un ejercicio compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Concretamente, el deber de regular por ley el uso de la fuerza puede derivarse de la obligación de garantía de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP)³⁵, a la integridad personal (artículo 5.1 CADH)³⁶ y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP)³⁷, específicamente, en cuanto dicha obligación comprende el deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP)³⁸. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha fallado que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento

34. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, *op. cit.*, párr. 265.

35. Artículo 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Artículo 6.1 PIDCP: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

36. Artículo 5.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

37. Artículo 5.2 CADH: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Artículo 7 PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

38. Artículo 2 CADH: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Artículo 2.2 PIDCP: "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado³⁹.

Asimismo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

Una de las responsabilidades fundamentales del Estado es la de proteger la vida, y la violación de este derecho por los propios agentes estatales representa un incumplimiento particularmente grave de su deber, que suscita dudas en cuanto a que dichos agentes puedan evitar de manera eficaz que otros cometan violaciones. Por consiguiente, un primer paso para salvaguardar el derecho a la vida consiste en establecer un marco jurídico adecuado para el uso de la fuerza por la policía, en el cual se establezcan las condiciones que justifiquen el uso de la fuerza en nombre del Estado y se prevea un sistema de depuración de responsabilidades para los casos en que se traspasen esos límites⁴⁰.

3.3.1.2. Necesidad

De conformidad con este principio, se hará uso de la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario⁴¹. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁴² en los siguientes términos: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Del mismo modo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley⁴³ establecen:

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 82.

40. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, *op. cit.*, párr. 26.

41. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, *op. cit.*, párr. 265.

42. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

43. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

En consecuencia, el uso de la fuerza debe ser excepcional y utilizarse solo como último recurso. La Corte IDH ha sostenido este criterio, haciendo presente que:

[...] es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso⁴⁴. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de 'absoluta necesidad' para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, 'inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura'⁴⁵.

Asimismo, la Corte se ha referido expresamente al carácter excepcional del uso de la fuerza:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.

En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el "absolutamente necesario" en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria⁴⁶.

44. Principios sobre el empleo de la fuerza, Principio N° 4.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 85.

46. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, *op. cit.*, párr. 67-68.

3.3.1.3. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consagra una regla general para toda acción que pueda resultar en la afectación de un derecho, en cuanto a que debe existir una adecuada relación entre dicha afectación y el objetivo legítimo buscado. Tratándose del uso de la fuerza, el principio de proporcionalidad exige que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido o, en otras palabras, que el empleo de la fuerza no puede producir un daño mayor al que se intentaba prevenir.

Al respecto, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establecen:

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

De conformidad con las reglas y estándares reseñados, el Estado debe prevenir la ocurrencia de excesos en el uso de la fuerza policial y, si estos se producen, investigar y sancionar a los y las culpables cuando corresponda. En este sentido, el INDH ha señalado:

[...] todo acto de violencia o exceso en el uso de la fuerza por parte de Carabineros debe ser investigado en forma seria e imparcial para establecer las correspondientes responsabilidades administrativas y/o penales. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vinculan a la institución uniformada en el respeto y garantía de los derechos de todas las personas [...]⁴⁷.

47. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*. Santiago, Chile, p. 125.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha expresado en relación con Chile:

El Comité observa con preocupación que siguen dándose denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado. En particular, al Comité le preocupa el excesivo uso de la fuerza en el marco de protestas ciudadanas, así como casos de tortura durante el traslado y detención de personas, incluidas denuncias de violencia sexual policial en contra de niñas y mujeres, en el contexto de protestas estudiantiles (art. 7).

El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para prevenir y eliminar la tortura y los malos tratos, entre otras cosas reforzando la formación en derechos humanos de las fuerzas del orden y de seguridad y revisando los protocolos de actuación del personal encargado de hacer cumplir la ley, a la luz de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, el Estado parte debe velar por que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente, que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia y que las víctimas reciban una reparación adecuada que incluya servicios de salud y de rehabilitación⁴⁸.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha formulado las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

El Estado parte debe:

- a) Velar por que se lleven a cabo investigaciones prontas, imparciales y efectivas de todas las denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza por agentes de las fuerzas del orden y seguridad pública, asegurarse de que se enjuicie a los presuntos autores, y que, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se indemnice adecuadamente a las víctimas;
- b) Velar por que un organismo independiente investigue de manera pronta e imparcial todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos policiales, que no haya relación institucional o jerárquica entre los investigadores de ese órgano y los presuntos autores de los hechos;
- c) Redoblar sus esfuerzos por impartir capacitación de forma sistemática a todos los agentes del orden sobre el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones, teniendo

48. Comité de Derechos Humanos. (agosto, 2014). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile. U.N.Doc. CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 19.

debidamente en cuenta los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;

d) Recopilar información detallada sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en los casos de uso excesivo de la fuerza y brutalidad policial⁴⁹.

3.4. El uso de la fuerza pública en relación con el derecho de reunión pacífica

El derecho de reunión pacífica se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado ha ratificado y se encuentran vigentes.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho de reunión se encuentra consagrado, en términos generales, en la CADH y en el PIDCP, en los siguientes términos:

Artículo 15 CADH:

Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 21 PIDCP:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Al respecto, la Corte IDH ha reconocido que existe una relación instrumental entre el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión, en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos convencionalmente:

49. Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 28 de agosto de 2018, CAT/C/CHL/CO/6, párr. 23.

De forma similar, el artículo 15 de la Convención Americana “reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”. Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente⁵⁰.

Por otra parte, el derecho internacional reconoce que el derecho de reunión no es absoluto y puede ser objeto de restricciones legítimas. De conformidad con los artículos 15 CADH y 21 PIDCP, los requisitos específicos para establecer restricciones al derecho de reunión son el establecimiento por ley, la necesidad de la medida en una sociedad democrática y necesaria en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de los demás.

En relación con los deberes y facultades de las policías en el contexto del ejercicio del derecho de reunión pacífica y, en particular, respecto del uso de armas en este contexto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado:

Los agentes del orden deberían tratar de reducir la tensión de las situaciones que podrían dar lugar a violencia. Tienen la obligación de agotar los medios no violentos y advertir previamente si es absolutamente necesario utilizar la fuerza, a menos que ello sea manifiestamente ineficaz. [...]

Solo se puede utilizar la fuerza mínima necesaria cuando sea imprescindible para un fin legítimo de aplicación de la ley durante una reunión. Una vez que haya pasado la necesidad de usar la fuerza, por ejemplo, cuando se detiene a una persona violenta sin peligro, no se puede seguir recurriendo a la fuerza. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden usar más fuerza de la proporcional al objetivo legítimo de dispersar una reunión, prevenir un delito o practicar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o ayudar a practicarla. La legislación nacional no debe conceder a los funcionarios poderes en gran medida ilimitados, por ejemplo, para utilizar la “fuerza” o “toda la fuerza necesaria” a fin de dispersar las reuniones o

50. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 167.

simplemente “disparar a las piernas”. En particular, el derecho interno no debe permitir el uso de la fuerza contra los participantes en una reunión de forma gratuita, excesiva o discriminatoria.

[...]

Las armas menos letales con efectos de gran alcance, como los gases lacrimógenos y los cañones de agua, tienden a tener efectos indiscriminados. Cuando se utilicen esas armas, se deberían hacer todos los esfuerzos razonables para limitar riesgos tales como causar una estampida o herir a los transeúntes. Esas armas solo se deberían utilizar como último recurso, tras una advertencia verbal y dando a los participantes en la reunión la oportunidad de dispersarse. Los gases lacrimógenos no se deberían utilizar en espacios cerrados.

Las armas de fuego no son un instrumento adecuado para vigilar las reuniones. Nunca se deben utilizar simplemente para dispersar una reunión. A fin de cumplir con el derecho internacional, todo uso de armas de fuego por parte de los agentes del orden en el contexto de las reuniones se debe limitar a personas concretas en circunstancias en las que sea estrictamente necesario hacer frente a una amenaza inminente de muerte o lesiones graves. Habida cuenta de la amenaza que esas armas representan para la vida, este umbral mínimo se debería aplicar también a las balas de metal recubiertas de caucho. Cuando los agentes del orden estén preparados para el uso de la fuerza o se considere probable que haya violencia, las autoridades también deben asegurarse de que se disponga de servicios médicos adecuados. Nunca es legal disparar indiscriminadamente o usar armas de fuego en modo totalmente automático cuando se vigile una reunión.

Por último, los Relatores Especiales sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en su informe conjunto acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones indicaron que:

Los Estados deben adquirir armas no letales para utilizarlas en las situaciones apropiadas a fin de restringir cada vez más la aplicación de medios susceptibles de causar la muerte o lesiones. Las armas no letales deben someterse a ensayos científicos y aprobación por entidades independientes y ser utilizadas de forma responsable por agentes del orden bien entrenados, dado que pueden tener efectos letales o dañinos si no se

emplean correctamente o con arreglo a lo dispuesto en el derecho y las normas de derechos humanos. Los Estados deben elaborar y aplicar protocolos internacionales para la capacitación y el empleo de armas no letales⁵¹.

3.5. El uso de armas en relación con el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes

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

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

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

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

Artículo 7

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

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “[l]a finalidad de las disposiciones del artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es proteger la dignidad y la integridad física y mental de la persona”⁵².

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.1 CADH y 2.1 PIDCP, el Estado tiene el deber jurídico de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, lo cual comprende tanto el deber de todos

51. Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones*. 4 de febrero de 2016, A/HRC/31/66, párr. 55.

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

los órganos del Estado y sus funcionarios y funcionarias de abstenerse de menoscabar el derecho en el ejercicio de la función pública, como el deber del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el libre y pleno ejercicio del mismo.

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

[...] la violación del derecho a la integridad física y psíquica de las personas tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según factores endógenos y exógenos de la persona (duración de los tratos, edad, sexo, salud, contexto, vulnerabilidad, entre otros) que deberán ser analizados en cada situación concreta. Es decir, las características personales de una supuesta víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos⁵³.

En relación con la adecuación del uso de armas en el ejercicio de la fuerza pública a las obligaciones estatales de respetar y garantizar el derecho a la integridad personal y la prohibición de la tortura, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en su informe sobre el uso de la fuerza al margen de la detención y la prohibición de la tortura, ha hecho presente que “[l]as armas que no son intrínsecamente crueles, inhumanas o degradantes podrían de todas formas conllevar un riesgo importante de ser utilizadas de manera contraria a la prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁵⁴. Entre las armas que

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

54. Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*. 20 de julio de 2017, A/72/178, párr. 52.

implican un alto riesgo de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Relator considera que se encuentran incluidas “una variedad de armas ‘menos letales’, como ciertos tipos de proyectiles de impacto cinético, armas de descarga eléctrica, irritantes químicos, cañones de agua y dispositivos de desorientación”⁵⁵,

Respecto de estas armas menos letales, el Relator ha señalado:

En principio, la tendencia actual hacia la sustitución de armas de fuego por armas incapacitantes “menos letales” es positiva, ya que promueve un uso diferenciado de la fuerza y procura minimizar el daño. Al mismo tiempo, la disponibilidad generalizada de armas incapacitantes también tiende a reducir el umbral para el uso de la fuerza y conlleva un riesgo significativo de “uso excesivo” en situaciones en que el propósito deseado podría haberse conseguido razonablemente mediante medios menos coercitivos, peligrosos y dañinos. Además, aunque las armas “menos letales” están diseñadas para neutralizar al tiempo que se evitan resultados letales, también están diseñadas específicamente para infligir dolor o sufrimiento a fin de repeler o de otra forma coaccionar a las personas que son objeto de su uso. Por ejemplo, varios órganos y organizaciones especializadas han destacado concretamente el riesgo de sufrir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes relacionados con el uso al margen de la detención de armas de descarga eléctrica que administran descargas mediante proyectiles (por ejemplo, las pistolas paralizantes) o contacto físico directo (por ejemplo, porras, escudos o cascos).

Otra cuestión planteada en relación con ciertas armas “menos letales” radica en sus efectos indiscriminados, que hacen difícil limitar el uso de la fuerza y el consiguiente daño en función de los principios de necesidad y proporcionalidad, en particular en presencia de testigos inocentes (por ejemplo, en el control de masas o toma de rehenes). Si bien la naturaleza indiscriminada de un arma por sí sola no la hace necesariamente cruel, inhumana o degradante, puede hacerlo en conjunción con la gravedad de sus efectos (por ejemplo, algunos proyectiles de impacto cinético) o con las circunstancias en que se utiliza (por ejemplo, gases lacrimógenos en espacios cerrados)⁵⁶.

55. Asamblea General de Naciones Unidas. *Informe del Relator Especial sobre la tortura*, párr. 53

56. *Ibid.*, párr. 54 y 55.

Por otra parte, en cuanto a las obligaciones estatales en esta materia, el Relator ha referido que, dado que los estados tienen el deber de impedir que las armas lícitas sean usadas en forma contraria a la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de ello se deriva una segunda obligación, “de regular y examinar la fabricación, la adquisición, el comercio y el uso de armas. En particular, esto incluye la obligación de determinar si el empleo de un arma, en algunas o en todas las circunstancias, violaría la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”⁵⁷.

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

La Constitución Política en su artículo 101 señala que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública constituyen la fuerza pública y su finalidad es dar eficacia al derecho y garantizar el orden y la seguridad pública. En este sentido se denomina “fuerza” al poder coactivo que el Estado ejerce a través de las policías por mandato de la Constitución y las leyes, y exclusivamente para los fines que ellas prescriben.

El derecho internacional regula el uso de la fuerza pública en base a ciertos principios (legalidad, necesidad y proporcionalidad) y directrices, a través de los cuales se busca garantizar que esta fuerza sea legítima.

El uso de armas por la fuerza pública está regulado en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Estas normas se refieren principalmente a las armas de fuego, pero incluyen también la necesidad de adoptar “una serie de métodos lo más amplia posible” y de dotar a los funcionarios y funcionarias correspondientes, de “distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego”⁵⁸.

57. *Ibid.*, párr. 59.

58. Numeral 2 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley: “Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán una serie de métodos lo más amplia posible y dotarán a los funcionarios correspondientes de distintos tipos de armas y municiones de modo que puedan hacer un uso diferenciado de la fuerza y de las armas de fuego. Entre estas armas deberían figurar armas incapacitantes no letales para emplearlas cuando fuera apropiado, con miras a restringir cada vez más el empleo de medios que puedan ocasionar lesiones o muertes”.

Este señalamiento es importante, pues la necesidad de garantizar un empleo diferenciado de la fuerza para minimizar los daños a las personas obliga a estudiar cuidadosamente las restricciones o prohibiciones al uso de determinadas armas o métodos, para así evitar el posible efecto negativo de una reducción de alternativas intermedias que podría estimular el uso de las armas de fuego, aumentando en la práctica la letalidad de los medios que emplea la fuerza pública.

En base a esta distinción se puede hablar de “armas de fuego” siempre letales o potencialmente letales, y de “armas menos letales”, denominación que sería más precisa que la de “no letales”, pues técnicamente el uso de cualquier tipo de arma puede acarrear lesiones e incluso la muerte. Respecto de ambos tipos de armas, por efecto de la prohibición absoluta de la tortura resultan ilícitas para el Derecho Internacional aquellas que sean intrínsecamente crueles, inhumanas o degradantes, y además es necesario poner atención para evitar el uso de armas que puedan generar un alto riesgo de causar tortura u otros malos tratos.

En relación con “armas menos letales”, las nuevas Orientaciones proveen criterios y estándares en base a los cuales su uso puede ser lícito o ilícito, teniendo en cuenta los diversos tipos y niveles de riesgo asociados a cada tipo de arma. En el caso de “escopetas antidisturbios” -que en rigor son escopetas normales usadas con munición “antidisturbios”- los niveles de riesgo son muy elevados, pudiendo causar graves lesiones o ser directamente letales si se disparan a una multitud o a la altura de la cabeza, incluso a distancias considerables⁵⁹.

Este riesgo se incrementa hasta un nivel que no resulta aceptable por el Derecho -por vulnerar los principios de necesidad y proporcionalidad-, cuando se trata de munición múltiple, y sobre todo si se trata de balines o perdigones cuya composición corresponde a metal recubierto por goma⁶⁰.

59. Según el Informe de 2012 elaborado por Carabineros sobre “Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano”, el riesgo de causar lesiones graves como estallido ocular existe incluso disparando a 30 metros de distancia.

60. Ese sería el caso de la munición mayormente usada durante la crisis de octubre de 2019: cada cartucho marca TEC contenía 12 perdigones etiquetados como de goma, que al ser analizados químicamente revelaron tener aproximadamente 20% de caucho y 80% de metales como plomo y otros. Existe diversa literatura que identifica gran cantidad de lesiones graves provocadas por el uso de balas de metal recubiertas de goma y por las compuestas de metal y plástico, sugiriendo que la presencia de metal puede resultar más letal que las balas hechas solo de material plástico. Ver: *Physicians for Humans Rights* y Red Internacional de Organizaciones por los Derechos Civiles. Letalidad Encubierta, op. cit., p. 38.

Como fue señalado, esta arma es imprecisa en razón de la dispersión de perdigones que se produce, resultando prácticamente imposible asegurar un empleo seguro pues siempre hay una probabilidad de que impacte en zonas vitales. Además, se presenta el problema o paradoja de que, por efecto de esta dispersión, a mayor distancia hay menor probabilidad de causar lesiones penetrantes, pero es más alta la posibilidad de impactar a cualquier persona, incluso a terceros. Por el contrario, la posibilidad de dirigir el disparo es mayor si se hace a corta distancia, pero así aumenta considerablemente la posibilidad de causar lesiones graves.

De ahí que se comparte la idea central del proyecto de ley en cuanto pretende plasmar en la legislación nacional la prohibición de determinados tipos de armas menos letales, teniendo en cuenta los efectos del uso extensivo de la “escopeta antidisturbios” a partir de octubre de 2019 y la gran cantidad de lesiones causadas, incluyendo casos de mutilación ocular.

A continuación, observaciones referidas a la forma concreta en que la propuesta legislativa aborda la materia:

En un plano más bien formal, pero con innegables efectos prácticos, el proyecto habla de “armas no letales o menos letales”. El INDH, siguiendo las Orientaciones, estima que es más preciso hablar únicamente de “armas menos letales”, pues la “no-letalidad” de las consecuencias de su utilización dependerá del uso correcto de cada equipo y de una serie de factores adicionales a considerar (posibles desviaciones del curso causal, predisposición de ciertas personas por condición de salud a sufrir mayores daños, etc.). La posibilidad de un efecto mortal nunca debería descartarse, y en ese sentido resulta riesgoso darles el nombre de “armas no letales”, pues da un mensaje erróneo tanto hacia funcionarios y funcionarias que las utilizan, como al público en general, minimizando el riesgo de causar la muerte o graves lesiones corporales que su uso acarrea inevitablemente.

Por otra parte, la primera parte de la norma propuesta, que establece que funcionarios y funcionarias “no podrán hacer uso de armas no letales o menos letales, que puedan dañar o dañen gravemente la integridad física de las personas”, entrega un concepto general del tipo de armas que resultarían prohibidas, con lo cual podría abarcar otro tipo de armas menos letales “que puedan dañar o dañen gravemente la integridad física de las personas”, desde carros lanza-aguas (caso de Rodrigo Avilés⁶¹) hasta contenedores de gas lacrimógeno,

61. Estudiante gravemente lesionado por el impacto de un chorro de carro lanza-aguas el 21 de mayo de 2015 en Valparaíso. Por el caso fue condenado el pitonero del carro como autor de violencia innecesaria con resultado de lesiones graves (TOP de Valparaíso, RIT 13-2019).

e incluso los bastones y el gas pimienta. No resulta claro que la intención del proyecto sea incluir toda la gama de armamento menos letal en la prohibición, pues finalmente lo que se menciona específicamente es la escopeta antidisturbios. Por lo demás, como se indicó, la normativa internacional recomienda dotar a las policías de distintas formas de armamento menos letal como alternativa previa al posible uso de armas de fuego.

En este sentido, es razonable acotar el tipo de armas a que se refiere este proyecto, a los proyectiles de impacto cinético.

Las Orientaciones de Naciones Unidas señalan que los proyectiles de impacto cinético deberían usarse solo en fuego directo para impactar la parte baja del abdomen o las piernas de un individuo violento y solo con el objetivo de enfrentar una amenaza inminente de daño a un agente encargado de hacer cumplir la ley o al público⁶². En cambio, en el Anexo N° I de la Orden General 2635 de Carabineros, que contiene los Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público, se indica que la escopeta antidisturbios podrá ser utilizada también para “control de muchedumbres”, lo cual contraviene los criterios señalados por la normativa internacional y en la práctica se ha revelado como una importante fuente de vulneraciones de derechos, tal como consta en los datos reseñados en la primera parte de esta minuta. Si bien el Protocolo 2.8 que refiere a la escopeta antidisturbios fue modificado en julio de 2020, la alusión a su uso para “control de muchedumbres” subsistió sin modificación alguna en el Anexo de los Protocolos.

Esta forma de uso resulta absolutamente desaconsejable por los riesgos que acarrea, y en ese sentido sería positiva la propuesta de prohibir su uso para el “control de muchedumbres”. Con todo, no es tan clara la redacción propuesta que señala que no se podrán usar “en labores de control del orden público por manifestaciones sociales”, lo que parece difícil de implementar puesto que en contextos de manifestaciones pueden producirse hechos violentos que en principio autoricen el uso de armas menos letales, de acuerdo a los criterios y requisitos que señala la normativa internacional, y que de no ser abordadas con medios “menos letales” podrían presionar en el sentido del uso de armas de fuego.

Considerando estos problemas parece más pertinente prohibir el uso de ciertos tipos de munición, de acuerdo a los criterios ya referidos, además de prohibir el uso de este tipo de armas para “control de muchedumbres”.

62. Punto 7.5.2.

Además, se debe revisar integralmente la normativa interna de las policías y especialmente la Circular sobre Uso de la Fuerza y los Protocolos de Carabineros para el mantenimiento del orden público.

De este modo se podría concretar la recomendación internacional relativa a probar y autorizar previamente el tipo de armas menos letales que se van a utilizar, garantizando su conformidad a esta normativa.

Por último, de conformidad con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos referidas en la parte 3, el Estado debe regular por ley el uso de la fuerza, de forma integral, y en tal sentido, mientras se mantenga la ausencia de dicha legislación, es previsible que persistirán los problemas como el identificado en esta iniciativa legislativa. Por eso resulta necesario vincular iniciativas legales puntuales como la que se comenta, con el cumplimiento de esta obligación, tal como ha sugerido reiteradamente el INDH.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El INDH valora positivamente la intención de legislar en el sentido de prohibir o limitar el uso de determinados tipos de armas menos letales que se utilizan para el control del orden público, ajustando la regulación interna a los estándares internacionales y a los principios relativos al uso de la fuerza en general y especialmente de armas.

Sin perjuicio de lo anterior, el INDH reitera sus recomendaciones previas⁶³ respecto de la necesidad de una regulación legal integral del uso de la fuerza, en cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, dentro de la cual debiese regularse específicamente el uso de armas en el ejercicio de la función policial. En cuanto a su regulación, como señaló este Instituto, “el uso de la fuerza policial no solo debe ser legal o encomendado por autoridad competente, sino que también debe ser conducente para alcanzar un fin legítimo, estrictamente necesario y la alternativa menos lesiva para los derechos humanos”⁶⁴.

En esta materia, el INDH ha recomendado al Estado, en particular:

63. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, Chile, p. 86.

64. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Estudio exploratorio*, op. cit., p. 126.

[...] adecuar su legislación nacional a fin de regular el uso de la fuerza, asegurando que los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego y el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se incorporen en la legislación. Es necesario que Chile, al igual que otros países como Argentina, México o Perú, regule por ley el uso de la fuerza y empleo armas de fuego por parte de organismos de seguridad del Estado⁶⁵.

En el mismo sentido, y en el contexto del rol que cumplen las policías de cautelar la seguridad democrática, el INDH ha recomendado también:

[...] al Poder Ejecutivo, al Congreso y a las Fuerzas de Orden y Seguridad adoptar y promover una concepción de seguridad democrática con énfasis en la protección de las personas. Tanto la normativa como las políticas que se adopten no deben restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos fundamentales⁶⁶.

Por último, a la luz de lo expuesto en este informe, el INDH considera pertinente formular las siguientes recomendaciones:

1. Dejar de usar el concepto de “armas no letales”, reemplazándolo por el de “armas menos letales”, como una forma de visibilizar el riesgo de letalidad y lesiones graves que estas armas acarrearán.

2. Considerar como una medida posible la prohibición del uso de escopetas antidisturbios con el tipo de munición que se ha utilizado en Chile durante la crisis social de 2019 -munición múltiple e imprecisa y compuesta por una mezcla de metal y goma-, en razón de sus efectos y de la gran dificultad que existe para que este tipo de munición se ajuste efectivamente al principio de proporcionalidad.

3. Considerar la prohibición del uso de estas escopetas y otros proyectiles de impacto cinético como una forma de “control de muchedumbres”, acotando su uso a los supuestos que autoriza la normativa internacional: individuos violentos que representen una amenaza inminente de daño a agentes policiales o a otras personas.

65. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, Chile, p. 265.

66. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe Anual 2012, Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 334.

4. Abordar la necesidad de legislar para dar cumplimiento a la obligación del Estado de regular por ley el uso de la fuerza por parte de las policías y las Fuerzas Armadas, compatibilizando el uso legítimo de la fuerza con la protección de los derechos a la vida y la integridad.

5. Con ocasión de estas modificaciones legales puntuales, analizar también la posibilidad de modificar las regulaciones internas de las policías y las Fuerzas Armadas en estas materias, ajustándolas a los estándares pertinentes.

Informe sobre libertad condicional y efectos de la Ley N° 21.124

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 26 de julio de 2021 - Sesión Ordinaria N° 618.

I. PRESENTACIÓN

En enero de 2019 se publicó la Ley N° 21.124, que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 321 sobre Libertad Condicional, algunas de las cuales han generado diversas críticas, acciones judiciales y movilizaciones por parte de la población penitenciaria.

Este Decreto Ley que data de 1925, había sido modificado poco antes mediante la Ley N° 20.587 de junio de 2012¹. Mientras la modificación de 2012 -originada en el Mensaje 622-358 del Presidente Piñera- tenía en cuenta la baja cantidad de libertades condicionales que se estaban aplicando y pretendía revertir esa tendencia impulsando el uso de este beneficio penitenciario, la Ley N° 21.124 -originada en el Boletín N° 10.696-07 de 2016, moción de los Honorables Senadores Pedro Araya, Alberto Espina, Felipe Harboe y Hernán Larraín-, reacciona a su vez en contra de la tendencia al aumento en la concesión de libertades condicionales que se había producido a partir de la reforma anterior, buscando el efecto contrario.

Los aspectos de la modificación implementada por la Ley N° 21.124 que han generado más críticas en la población penitenciaria son, por un lado, la definición de libertad condicional como “beneficio” y no como “derecho”, señalado en el DL original, y por otro, el problema de la aplicación retroactiva de los nuevos requisitos que se contemplan, que según el nuevo artículo 9, “son aquellos que se exigen al momento de la postulación”.

El año 2016 el Consejo del INDH aprobó una minuta legislativa sobre el proyecto de ley contenido en el Boletín 10.696-07². Este nuevo informe tiene por objetivo actualizar dicho

1. Además de una reforma puntual en el año 2014, mediante la Ley N° 20.770, conocida como “Ley Emilia”, que modifica la Ley del Tránsito (18.290).
2. Informe sobre el proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las y los penados. Boletín N° 10.696-07. Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2016 – Sesión N° 320.

análisis cinco años después, a la luz de la ley finalmente aprobada (N° 21.124) y de sus principales efectos desde el punto de vista de las garantías penales y estándares aplicables en materia de derechos humanos.

2. LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO INSTITUCIÓN Y SU REGULACIÓN EN CHILE

La institución conocida como “libertad condicional” surge como resultado de los movimientos de reforma penitenciaria de los siglos XVIII y XIX, en aplicación del llamado “sistema progresivo”, que propiciaba el paso gradual desde el encierro total a una libertad anticipada en los casos en que reclusos y reclusas mostraran buena conducta, evolucionando así el sistema de penas desde una concepción meramente retributiva a nuevas consideraciones basadas en una finalidad de prevención.

La institución de la libertad condicional fue implementada por Alexander Maconochie en Australia a partir de 1840, y luego adoptada en Gran Bretaña y Estados Unidos³.

En Chile fue introducida por el Decreto-Lei N° 321, de 10 de marzo de 1925, dictado por la Junta de Gobierno presidida por Emilio Bello e integrada por el general Pedro Dartnell y el Almirante Carlos Ward⁴. Tres años después, durante el gobierno *de facto* de Ibañez, se dicta el Reglamento Carcelario (Decreto N° 805 del Ministerio de Justicia, publicado el 14 de mayo de 1928)⁵.

El reglamento carcelario de 1928 fue finalmente reemplazado más de medio siglo después por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP), contenido en el Decreto N° 1771 del año 1992 y luego derogado por el Decreto N° 518 del año 1998, que es el que contempla la versión actualmente vigente del REP. En los considerandos del Decreto

3. Morales, A. M. (2013). *Redescubriendo la libertad condicional*. Santiago, Chile: Fundación Paz Ciudadana.

4. Conocida como la “Junta de enero”, que terminaría trayendo de regreso a la presidencia de la República a Arturo Alessandri el 20 de marzo de 1925.

5. En sus considerandos señalaba “Que hasta hoy se han dictado disposiciones tendientes a mejorar sólo determinados aspectos del problema carcelario, tales como la organización del Cuerpo de Gendarmería de Prisiones, el establecimiento de la libertad condicional para los penados, la creación de los patronatos de reos y otras de menor importancia; pero todas ellas adolecen del defecto de no obrar dentro de un conjunto armónico que permita obtener de los fines que se persiguen el máximo de beneficios”, y también “Que conviene relacionar íntimamente las disposiciones importantes en vigencia y las que la ciencia penal moderna aconseje dictar dentro de su amplio criterio reformista, a fin de producir la unidad de acción necesaria y obtener la finalidad que se persigue de regenerar al delincuente”.

N° 1771 se destacaba que “durante más de medio siglo, se han dictado numerosas disposiciones dispersas tendientes a mejorar parcialmente el sistema penitenciario”, que “dichas normas no han sido refundidas y que el sistema total adolece del defecto de no conformar un conjunto claro y armónico, de fácil entendimiento y manejo”, lo cual iba en contra de la política gubernamental del primer gobierno posdictatorial que buscaba “lograr eficientemente la reinserción del condenado haciendo honor a sus derechos fundamentales, como un medio de prevenir la reincidencia delictual” (considerandos 2, 3 y 4).

El DL N° 321 ha subsistido desde 1925 pese a diversas modificaciones, evidenciando lo anacrónico de una regulación interna que data de un gobierno de facto de hace un siglo y el persistente incumplimiento de la obligación estatal de regular de manera general y mediante normativa de rango legal la restricción de un derecho fundamental como es la libertad personal mediante la ejecución de penas privativas de libertad.

El INDH ha llamado la atención sobre este punto en varias ocasiones, destacando lo señalado en el informe publicado en 2013 sobre la situación carcelaria en Chile, en cuanto a que,

[...] resulta necesario una vez más llamar la atención sobre la necesidad de contar con una ley de ejecución penal que regule los derechos y deberes de los/as penados/as y en los cuales se establezcan claramente los casos y límites asociados al uso de la fuerza por parte de los/as funcionarios/as.

Además, “resulta fundamental, en consonancia con recomendaciones efectuadas por otras instancias nacionales, que se establezca la figura del control judicial efectivo con el objeto de contar con una supervisión externa de los actos de la Administración”⁶.

El artículo I del DL N° 321 original establecía la libertad condicional como “un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”, agregando que “no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este Decreto-Ley y en el Reglamento respectivo”. El Reglamento que complementa la escueta

6. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2013). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2011-2012. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos*, Santiago, Chile, p. 191.

regulación en 9 artículos que contenía el DL N° 321 se dictó en 1926 (Decreto N° 2.442). En el artículo 2 del DL se reconocía la naturaleza jurídica de “derecho” que tiene la libertad condicional, señalando que “todo individuo condenado a una pena privativa de libertad, de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional”, siempre que cumpla con los requisitos que hasta antes de la Ley N° 21.124 eran los siguientes:

1. Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva;
2. Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;
3. Haber aprendido bien un oficio, si hay talleres donde cumple su condena; y
4. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir.

Según Morales, al considerar a la libertad condicional como un “medio de prueba”, el DL N° 321 “muestra la adopción de ciertos fines asociados al control, destinados a determinar si efectivamente el sujeto logra conducir su vida conforme a derecho, en libertad”⁷. Aunque las alusiones a estar “corregido” o “rehabilitado” serían propias de las concepciones criminológicas dominantes a inicios del siglo XX, apuntarían a consideraciones de prevención especial positiva, es decir, orientar la pena a producir transformaciones positivas en la persona privada de libertad, que la preparen para ir retornando gradualmente a la vida fuera del recinto penitenciario.

3. MODIFICACIONES LEGALES RECIENTES AL DL N° 321

Como se señaló al inicio, durante el 2011 el Ejecutivo de la época presentó un proyecto de modificación al DL N° 321 que finalmente se plasmó en la Ley N° 20.587 publicada en junio de 2012.

7. Morales, A.M., *op. cit.*, p. 9.

Hasta ese momento la decisión sobre otorgamiento de la Libertad Condicional la tomaba cada Secretario o Secretaria Regional Ministerial de Justicia, a propuesta de la Comisión de Libertad Condicional, conformada por jueces y juezas.

Según se explicaba en el Mensaje presidencial N° 622-358 de 10 de marzo de 2011:

Esta intervención unilateral y decisoria de los Secretarios Ministeriales de Justicia en la concreción de este derecho, se ha traducido con el tiempo en una reducción considerable del número de condenados que finalmente acceden a este tratamiento penal especial; y viene arrojando desde hace largo tiempo dudas acerca de la objetividad que guía un proceso que resulta clave para propiciar un buen comportamiento intrapenitenciario y fomentar la rehabilitación y reinserción de los condenados⁸.

Así, en la nueva regulación impulsada por el proyecto esa decisión “queda radicada en las Comisiones de Libertad Condicional, dada su composición y criterios que las rigen, prescindiéndose de la intervención ulterior discrecional de los Secretarios Ministeriales de Justicia”⁹.

Cuatro años de aplicación de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.587 bastaron para que ante el efectivo aumento que se verificó en la concesión de libertades condicionales¹⁰, que era el objetivo explícito de dicha reforma, se impulsara por moción legislativa de un grupo de senadores una nueva modificación, que fue la que finalmente se concretó en enero de 2019 con la Ley N° 21.124.

La fundamentación que de esta nueva modificación legal dan sus promotores apunta a que el DL N° 321 “mantiene en lo medular, la concepción de la pena y del condenado propia del año de su dictación, sin contener un enfoque de reinserción social como el que

8. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (junio, 2012). Historia de la Ley N° 20.587, p. 6. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442>

9. Biblioteca del Congreso. Nacional de Chile. (enero, 2019). Historia de la Ley N° 21.124. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7616>

10. El primer semestre de 2012 se otorgaron 777 libertades condicionales, que aumentaron a 1449 en el segundo semestre, para mantenerse entre 1600 y 1800 al semestre hasta el 2014, sufrir una cierta disminución en el 2015 (1245 el primer semestre y 1189 el segundo), aumentar considerablemente a alrededor de 3000 por semestre hasta el año 2018. A partir del 2019, por efecto de la Ley N° 21.124, se otorgaron 1469 libertades condicionales el primer semestre, que posteriormente aumentaron a 1883 en el segundo semestre, y 2050 en el primer semestre del 2020. Fuente: Departamento de Estadística y Estudios Penitenciarios de Gendarmería de Chile, información actualizada a julio de 2020. Ver Tabla más adelante.

actualmente predomina en nuestro sistema”, agregando que “de hecho, basta con analizar el lenguaje utilizado para dar cuenta de lo anacrónico de esta legislación”. De ahí que los senadores autores de la moción planteen “la necesidad de actualizar el D.L. 321 de 1925, a fin de recoger los avances que ha tenido la criminología a lo largo del siglo XX y el XXI, armonizando así de mejor manera el sistema jurídico penal en su integridad”¹¹.

Dentro de las diferencias históricas que señalan, enfatizan que:

[...] si bien en un comienzo, se puede considerar que la libertad condicional era concebida ‘como complemento del régimen penitenciario de ejecución progresiva de las penas, dividido en períodos que iban desde el aislamiento extremo hasta el tratamiento en libertad, conocido también como sistema irlandés e instaurado en Chile por el ya derogado Reglamento Carcelario de 1928 (DS Justicia N° 805)’¹², hoy se concibe en términos completamente distintos.

Según los autores de la moción, la concepción actual que se plasmaría en el Reglamento sobre Establecimientos Penitenciarios de 1998 “considera a la libertad condicional simplemente como la última etapa de las ‘actividades y acciones para la reinserción social’ que debe desarrollar la Administración Penitenciaria”¹³.

En relación al concepto de libertad condicional y su relación con los fines de la pena reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que serían precisamente aquellos ligados a la prevención especial positiva (“reforma y readaptación social” de las personas penadas o condenadas según el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), hay que señalar que la Ley N° 21.124 modifica el artículo I del DL N° 321 en el siguiente sentido: en vez de aludir a que la persona a quien se le concede esté corregida o rehabilitada, ahora se define la libertad condicional como un medio de prueba de que la persona “demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social”.

Esta modificación puntual se ajusta a la evolución actual del derecho penal y la criminología, que conciben a la reinserción social no como un resultado estático, sino que como un

11. Biblioteca del Congreso. Nacional de Chile. *Historia de la Ley N° 21.124*, op. cit.

12. POLITOFF LIFSCHITZ Sergio MATUS ACUÑA Jean Pierre Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General México. D.F. Editorial Jurídica de las Américas 2009, p. 561. Citados en *Historia de la Ley N° 21.124*.

13. *Ibid.*

proceso dinámico y complejo. Mientras la redacción original, de raíz criminológica positivista, refería un resultado ya alcanzado en materia de corrección/rehabilitación, la nueva redacción reemplaza dichos conceptos por el de “reinserción social”, a la que concibe expresamente como un “proceso”.

Objeto de mayor discusión ha sido lo que ocurre con el encabezado del artículo 2, donde el texto original de 1925 reconocía la libertad condicional como un derecho del condenado o condenada que cumpliera con los requisitos ahí señalados. Los autores de la moción parlamentaria, en cambio, señalaron que a su juicio “la libertad condicional no constituye un derecho, sino un beneficio que entrega el legislador como forma de alcanzar la reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad”¹⁴. Esa posición es la que se plasmó en definitiva en el nuevo texto legal, que ahora refiere que “[t]oda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración podrá postular al beneficio de libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos [...]”. Adicionalmente, los requisitos para la concesión del beneficio también fueron modificados, resultando en los tres siguientes numerales:

1) Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, o los tiempos establecidos en los artículos 3°, 3° bis y 3° ter. Si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la condena impuesta para estos efectos. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva.

2) Haber observado conducta intachable durante el cumplimiento de la condena. Será calificado con esta conducta la persona condenada que tenga nota “muy buena”, de conformidad al reglamento de este decreto ley, en los cuatro bimestres anteriores a su postulación. En caso que la condena impuesta no excediere de quinientos cuarenta y un días, se considerará como conducta intachable haber obtenido nota “muy buena” durante los tres bimestres anteriores a su postulación.

3) Contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre

14. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley N° 21.124, op. cit.*

los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos.

En términos generales, se puede sostener que estos nuevos requisitos se ajustan más a la realidad social y a concepciones doctrinarias actuales, sobre todo al derogarse los antiguos numerales 3 y 4, que exigían el aprendizaje de oficios y asistencia a la escuela, algo que en las condiciones reales de los establecimientos penitenciarios en Chile no es posible garantizar y que tampoco forman en rigor parte integrante de la pena aplicada. Ambos requisitos fueron reemplazados por el que refiere la existencia de un Informe Psicosocial elaborado por profesionales de Gendarmería, el que sin embargo no resultaría obligatorio en cuanto a sus sugerencias y recomendaciones para efectos de la decisión que adopte la respectiva Comisión de Libertad Condicional.

En esto la Ley N° 21.124 difiere de lo que pretendía la moción de los senadores Larraín, Harboe, Espina y Araya, que contemplaba en el nuevo numeral 3 el requisito de “haber sido beneficiado y estar haciendo uso de alguno de los permisos de salida ordinarios establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, y en el numeral 4 agregaba el de “contar con un informe favorable de reinserción social”.

Cabe señalar que antes del año 2015 se había ido consolidando la práctica de que las Comisiones de Libertad Condicional solo la concedían cuando se contaba con un informe favorable de Gendarmería, lo cual dejaba entregada la decisión al mismo órgano encargado de ejecutar la pena privativa de libertad. A partir de ese año, la jurisprudencia de la Corte Suprema acogió la posición de que la libertad condicional es un derecho y por lo mismo, solo puede ser rechazado por “razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones”¹⁵. Como comenta la Defensoría Penal Pública (DPP), “si bien, la Comisión de Libertad Condicional es el órgano encargado de otorgar el beneficio y puede

15. CS Rol 1274-2015, considerando 4°. Como explica la DPP, se trataba de un voto de minoría de los ministros Milton Juica y Lamberto Cisternas, que luego se transformó en mayoría: Roles 8052-2015; 8116-2015; 9219-2015 entre otros. Ver: Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. (febrero, 2019). *La libertad condicional bajo las nuevas normas del Decreto Ley 321 (modificado por la Ley N° 21.124)*. Santiago, Chile, p. 4.

perfectamente rechazarlo, debe fundar su decisión en la ausencia o insuficiencia de alguno de los requisitos legales. Lo contrario implica que la Comisión se ha excedido de sus atribuciones”¹⁶.

En relación al numeral 1, hay que destacar que por efecto de diversas modificaciones legales previas a la Ley N° 21.124, se podría decir que la regla general en materia de tiempo mínimo de cumplimiento ya no es la mitad de la condena, sino los dos tercios. En efecto, la Ley N° 21.124 agrega al catálogo de figuras delictivas que requiere el cumplimiento de dos tercios de la pena, el femicidio, la violación (antes solo estaba referida la violación de menor de 14 años) y, además del homicidio de miembros de las policías y de Gendarmería de Chile en ejercicio de sus funciones, integrantes del Cuerpo de Bomberos. Leyes previas como la N° 20.230 de 2007, la N° 20.507 de 2011, la N° 20.685 de 2013, la N° 20.770 de 2014 y la N° 20.931 de 2016, habían ido incrementando el catálogo hasta llegar a su forma actual.

Respecto al numeral 2, un problema que se presenta es que al concretar la definición de “conducta intachable” señalando que consistiría en obtener calificación “Muy Buena” (MB) durante los cuatro bimestres anteriores, se retrocedió en relación a la interpretación jurisprudencial de que la conducta “sin tacha” se expresa también al obtener calificación de “Buena” (B)¹⁷.

Así lo entendía la Corte de Apelaciones de Santiago al sentenciar que,

[...] en tanto la conducta del amparado en los últimos tres bimestres haya sido calificada por el Tribunal de Conducta de Gendarmería de Chile como ‘muy buena’ o ‘buena’, tiene aquél derecho a ser postulado al beneficio de la libertad condicional para el semestre de que se trate. En efecto, como se expuso más arriba, lo que el legislador exige es que el postulante haya observado una ‘conducta intachable’ y lo cierto es que no solo la conducta muy buena puede ser estimada tal, sino también sin duda la simplemente buena, pues intachable es aquello que no admite o merece tacha y lo que es calificado como bueno es aquello que evidentemente cumple esta condición¹⁸.

16. *Ibid.*

17. El artículo 21 del Reglamento del DL 321 (Decreto 2442 de 1926) señalaba que “las notas para clasificar la conducta, aplicación y aprovechamiento de los reos serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno”, y que “en cada bimestre, el Tribunal sólo podrá aumentar en un grado la nota de conducta que haya obtenido un reo en el bimestre anterior”.

18. Sentencia de 14 de enero de 2019, considerando octavo, citada por la DPP. Departamento de Estudios, en, *op. cit.*, pp. 8-9.

Otra modificación crucial que la Ley N° 21.124 incorporó al DL N° 321 fue la relativa a los requisitos especiales para la concesión del beneficio en casos de condenas por crímenes de lesa humanidad.

El artículo 3 bis señala que las personas condenadas,

[...] por delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita, que la sentencia, en conformidad al derecho internacional, hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena.

O por delitos de la Ley N° 20.357¹⁹:

[...] podrán postular a este beneficio cuando, además de los requisitos del artículo 2°, hubieren cumplido dos tercios de la pena o, en caso de presidio perpetuo, los años de privación de libertad efectiva establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 3°, según corresponda.

Respecto a condenas por estos delitos se establece además que “el condenado deberá acreditar la circunstancia de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza”, y se señalan factores especiales para valorar a efectos de decidir sobre la concesión del beneficio²⁰.

El tema de los requisitos diferenciados para personas condenadas por delitos o crímenes de lesa humanidad fue debatido ampliamente, llegando incluso al Tribunal Constitucional. Dos requerimientos presentados por 56 diputados y diputadas y 15 senadores

19. Promulgada el 26 de junio de 2009, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra.

20. De acuerdo al inciso final del nuevo art. 3 bis se valorará:

- “a) Si el otorgamiento de la libertad condicional no afectare la seguridad pública por el riesgo de comisión de nuevos delitos de igual naturaleza;
- b) Si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las resoluciones durante la etapa de investigación y enjuiciamiento, en particular colaborando en la localización de los bienes sobre los que recaigan multas, comisos o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas, y
- c) Si con el otorgamiento de la libertad condicional pudiese presumirse que el condenado no proferirá expresiones o realizará acciones que afecten a las víctimas o a sus familiares”.

y senadoras respectivamente (Roles N° 5677-18 y N° 5678-18), cuestionaron la constitucionalidad del artículo 3 bis y el artículo 12 (que dispone: “Este decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial”). Los requerimientos se acogieron por unanimidad “sólo en cuanto se declara inconstitucional el artículo 3 bis, inciso segundo, letra b), del proyecto de ley que ‘Sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados’. En consecuencia, debe eliminarse del texto del proyecto la parte en que dispone “y, b) Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares”.

Curiosamente, tal como destaca la sentencia en su parte 3 (“La inconstitucionalidad del artículo primero doce) del proyecto de ley es irrelevante”), los requirentes impugnaron el artículo 12 pero no el 9, que es el que regula la temporalidad de la aplicación de los nuevos requisitos.

Como se señaló al inicio, un tema central en las críticas y movilizaciones que se han dado contra la reforma al DL N° 321 es el de la retroactividad/irretroactividad de su aplicación. El nuevo artículo 9 incorporado por la Ley N° 21.124 indica: “Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación”.

Antes de analizar en detalle el tema de los efectos temporales de esta reforma legal, es necesario referirse a la evolución histórica de la condición jurídica de las personas privadas de libertad, a su regulación en Chile y a la discusión sobre la naturaleza jurídica y jerarquía de las normas penitenciarias.

4. ¿DERECHOS O BENEFICIOS?

Una cuestión medular que repercute sobre la condición jurídica de las personas privadas de libertad en general y particularmente en lo relativo a los efectos de la modificación al DL N° 321, es la de si beneficios penitenciarios como la libertad condicional tienen la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos de las personas internas que cumplen con los requisitos pertinentes, o si solamente se trata de una concesión, premio o gracia que se otorga en ciertos casos por parte de la autoridad.

En el informe sobre este proyecto de ley el INDH señaló, en base al marco normativo nacional e internacional, que:

[...] la pena orientada a la reinserción social abre un escenario en que en la fase de ejecución cobran vital importancia los derechos de las personas condenadas, entre ellos, el derecho a solicitar la libertad condicional por parte de quienes cumplen con los requisitos señalados en la norma²¹.

Esto difiere radicalmente del contexto de ejecución de las penas cuando a ellas se les atribuye, en cambio, una finalidad meramente retributiva.

Por tanto, la modificación propuesta y finalmente aprobada, al sustituir la referencia al derecho por el concepto de beneficio “va más allá de una cuestión meramente formal o de modernización del lenguaje, y evidencia una comprensión del tema que se aparta de los estándares de derechos humanos ya mencionados, al punto de constituir un evidente retroceso”. Este retroceso se configuraría porque:

[...] no existirían formas de que el postulante pruebe que efectivamente está en condición de ejercer sus derechos, y perdería sentido la finalidad asignada a las penas si es que, en definitiva, las posibilidades de reinserción efectiva dependen de una decisión administrativa, que en base a la información proporcionada por la autoridad penitenciaria decida conceder o no la libertad condicional como mera concesión, gracia o premio. Además, este retroceso jurídico se configura porque la consideración de la persona privada de libertad como carente de este derecho básico en su posición, vulnera incluso lo que señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que en su artículo 2 dice que “fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”²².

21. Informe sobre el proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las y los penados. Boletín N° 10.696-07, 2016, p. 4.

22.. *Ibid.*, p. 7.

La jurisprudencia antes de la Ley N° 21.124 había llegado a entender la libertad condicional como un derecho, de modo que “concurriendo los requisitos legales, la Comisión de Libertad Condicional no podía rechazar su otorgamiento”. Es decir, no existiría “margen de discrecionalidad, y todo rechazo debía fundarse en la falta de alguno de estos requisitos”²³.

A pesar de la declaración que hace la Ley N° 21.124 sobre la libertad condicional como un beneficio, se le sigue regulando en base a requisitos legales precisos y objetivos, por lo cual no se aprecian en principio razones para modificar el criterio jurisprudencial²⁴.

Además, resultaría difícil desconocer el carácter de derecho de la libertad condicional si tenemos en cuenta que este ya era reconocido por un decreto ley que data de 1925, es decir, varias décadas antes de los desarrollos del Derecho Internacional que se refieren específicamente a la situación de las personas privadas de libertad desde el punto de vista de los derechos humanos²⁵, como un grupo particularmente vulnerable. En este sentido, considerando que estamos en el ámbito de los derechos civiles y políticos, desconocer ahora el carácter de derecho a la libertad condicional implicaría un retroceso o medida regresiva, en el sentido de “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”²⁶.

23. Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios, *op. cit.*, p. 4.

24. Es lo que señala la DPP: “más allá de la declaración legal que se haga acerca del beneficio, la ley actual mantiene la exigencia de requisitos objetivos para la concesión de la libertad condicional. Incluso al agregar como requisitos, la concurrencia de un informe psicosocial que se refiere a los factores de riesgo de reincidencia y las características de personalidad del postulante, debido a que la ley actual sólo exige que se cuente con un informe, sin que este deba ser necesariamente favorable”. A ello agregan que, “actualmente el desarrollo del derecho administrativo exige, en general, que cualquier pronunciamiento de la autoridad, especialmente aquellos que se pronuncien negativamente sobre la solicitud de un administrado, deben fundarse legalmente” (p. 3).

25. Entre cuyos principales instrumentos se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas Mínimas para las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio); las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

26. Art. 11 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador. Si bien la prohibición de regresividad o retroceso ha sido ampliamente desarrollada en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal cual dice Christian Courtis, “su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo”. Ver “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (comp.). (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto/CELS/CEDAL. De hecho, en el sistema interamericano es posible entender que la prohibición de regresividad que se extrae del artículo 26 de la CADH constituye una obligación general de la misma, aplicable a todos los derechos en ella establecidos, como efecto general de dos disposiciones centrales: el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación).

Como se señala en un estudio comparado, la idea de que lo que se concede es una “gracia” por parte de la administración hacia las personas internas guarda profunda relación con los sistemas retributivos, “donde la Administración penitenciaria los concedía discrecionalmente, dado que el tratamiento penitenciario revestía un exclusivo carácter disciplinario, siendo su principal pretensión la expiación y el castigo del interno”, pero “resulta frontalmente incompatible con los actuales sistemas penitenciarios de carácter resocializador y, sobretodo, sometidos al control de legalidad”²⁷. Por ello esas concepciones, antaño legítimas, “resultan actualmente contrarias a los Pactos Internacionales protectores de los derechos de los detenidos y a las principales Declaraciones de Derechos Humanos”²⁸. Estas nuevas concepciones, así como el enfoque de derechos, han ido avanzando con gran dificultad en un medio en que han predominado casi sin contrapeso teorías como la de “relación de sujeción especial” que existiría entre la autoridad y la persona a quien se aplica la pena privativa de libertad, y la tendencia a “administrativizar” la fase de ejecución de las penas por considerar que no se trata de un tema propio del derecho penal propiamente tal.

Como ha señalado Horvitz, la teoría de las relaciones de sujeción (poder) especial es elaborada “a partir de una concepción administrativista monárquica de las relaciones entre Estado y súbdito, que permitió excluir de su ámbito las garantías de reserva legal y de jurisdiccionalidad”²⁹. Por ello es que dicha teoría “tuvo, y tiene aún en nuestro país, un papel relevante en la legislación penal decimonónica, que apenas contenía disposiciones legales referidas a la ejecución de la pena, limitándose a efectuar remisiones a la potestad reglamentaria”, constituyendo así uno de los “diversos soportes ideológicos de origen autoritario que permean la doctrina y la jurisprudencia, y que permiten al legislador omitir la regulación de todo lo que concierne a la ejecución de las penas privativas de libertad”³⁰. La situación de las personas privadas de libertad como un área especial de preocupación desde el punto de vista de los derechos humanos es bastante reciente si consideramos la antigüedad de la privación de libertad como sanción. Tal como se señala en el primer Informe del INDH sobre condiciones carcelarias en Chile,

[...] en el ámbito internacional la preocupación por la situación de las personas que se encuentran sujetas al régimen penitenciario se inició recién en la segunda mitad del siglo

27. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O. (2014). Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. *Documento de Trabajo N° 17*. Serie Guías y Manuales. Área Justicia. Madrid: Eurosocial, p. 283.

28. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

29. Horvitz, M. I. (diciembre, 2018). “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en *Política Criminal* Vol. 13, N° 26, p. 910.

30. *Ibid.*

XX. Durante los siglos anteriores las prisiones fueron concebidas como instrumentos para esclavizar y maltratar a grupos de personas consideradas inferiores o enemigas de la sociedad³¹.

En el contexto comparado, hasta fines de la década de 1960 en Estados Unidos se seguía considerando que las personas privadas de libertad eran “muertos civiles”³², tal como se había establecido por una Corte en Virginia en 1871 (*Ruffin vs. Commonwealth*)³³, por lo que no tenían derecho a presentar acciones judiciales. La situación empezó a cambiar a fines de dicha década cuando, tal como sintetiza Stippel:

[...] las Cortes comenzaron a aceptar casos promovidos por personas privadas de libertad. En el caso *Cooper vs. Pate* (1967) una corte federal permitió a los presos el cuestionamiento legal de sus condiciones de encierro, incluso del supuesto maltrato y de la intolerancia racial sufridos. La disposición que sirvió de base en este caso, como la que permite promover los juicios civiles de los presos en la mayoría de los casos, es la sección 1983 del título 42 del Código de los Estados Unidos (p. 6).

Así se dio inicio a una amplia jurisprudencia sobre derechos de las personas privadas de libertad, incluyendo una sentencia de 1974 (*Wolff vs. McDonnell*), en que la Corte Suprema declaró que “no existe una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de los EE.UU.”³⁴.

En el panorama europeo también se produjeron desde esos tiempos avances en cuanto a la condición jurídica de las personas privadas de libertad. En Inglaterra, después de décadas de predominio del criterio judicial que señalaba que “un control extenso sobre las acciones del personal penitenciario y sobre la administración de las cárceles, podría desembocar en la imposibilidad de administrar las mismas”, en 1988 el *House of Lords* decidió que,

31. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2011-2012*, op. cit., p. 9.

32. Así lo explica el experto alemán Jörg Stippel en: “Acceso a la justicia en materia penitenciaria: una deuda pendiente y un desafío para el futuro”, Presentación ante la Segunda reunión de autoridades responsables de las políticas penitenciarias y carcelarias de los Estados Miembros de la OEA, 27 de agosto de 2008, OEA/Ser.K/XXXIV.

33. En la sentencia se dice que ‘el prisionero’, “como consecuencia de su crimen, no solo ha perdido su libertad, sino que también todos sus derechos individuales, excepto los que la ley en su humanidad le conceda. Durante este tiempo será un esclavo del Estado”. Disponible en <https://www.encyclopedia.com/reference/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/prisoners-rights-under-law>.

34. Stippel refiere que ante el sostenido aumento de acciones judiciales presentadas por personas privadas de libertad se dicta la ley de reforma de la litigación de presos (*Prison Litigation Reform Act-PLRA*) de 1995, que establece una serie de limitaciones y a partir de la cual hay un notorio y serio retroceso para el acceso a la justicia desde el interior de las prisiones.

[...] las decisiones del ámbito disciplinario tomadas por los alcaides, también serían sujetas al control judicial (caso *Leech v. Debuty Governor Parkhurst Prison* AC 533). Cuatro años después, el House of Lords decidió que las decisiones tomadas en el marco del ejercicio de la discrecionalidad al interior de las cárceles, como las relativas a la segregación, clasificación y traslados, también podrían ser cuestionadas ante los órganos jurisdiccionales (*Caso Hague v. Deputy Governor Purkhurst Prison*, 1992, 1 AC 58)³⁵.

Este cambio de criterio generó “una revisión de todo el sistema disciplinario, del tema de los traslados por razones de orden y disciplina, y de las comunicaciones con el abogado, entre otros”, demostrando “cómo pueden ayudar los instrumentos internacionales a mejorar el acceso a la justicia de personas privadas de libertad”, ya que “mucho del desarrollo de la jurisprudencia inglesa se debe al impacto de la Convención Europea de Derechos Humanos”³⁶.

En Alemania resultó clave una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que en 1972 declaró la inconstitucionalidad de un precepto reglamentario que autorizaba a las personas encargadas de los establecimientos penitenciarios a controlar e incautar la correspondencia de las personas internas en determinados supuestos³⁷. En ella se señala que “[t]ambién los derechos fundamentales de los reclusos solo pueden ser afectados a través de una ley o con ocasión de ella”. Se explica que,

[...] la Ley Fundamental, en sus artículos 104 párrafos 1 y 2 y 2 párrafo 2 incisos 2 y 3, establece la posibilidad de una privación de libertad, limitada o no temporalmente, en virtud de una sentencia penal judicial en aplicación de una ley penal y atendiendo las correspondientes disposiciones procesales [...] por el contrario, no contiene (...) ninguna declaración fundamental sobre la forma y modo en que debe ejecutarse la pena privativa de libertad³⁸.

Esto resulta crucial pues el TC alemán señaló que,

[...] en tanto se trate de la restricción de derechos fundamentales son decisivas las

35. Stippel, J., *op. cit.*, p. 11.s

36. *Ibid.*

37. *Beschluss des Zweiten Senats vom 14.03.1972*, 2 BvR 41/71, sentencia citada en Horvitz, M. I., p. 916.

38. Citas y traducción tomadas de Horvitz, M. I., *op. cit.*, p. 916.

normas constitucionales afectadas, pues esto solo es permitido a través de una ley o con ocasión de ella (...). La conclusión obvia de que el legislador está obligado, en razón de estos fundamentos, a dictar la correspondiente ley en el ámbito de la ejecución penal —el que hasta ahora está regulado predominantemente por disposiciones administrativas— no fue planteada por la doctrina ni por la jurisprudencia después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental³⁹.

En vez de eso, prosigue la sentencia, "se recurrió a la figura jurídica de las 'relaciones de sujeción especial', entendiéndola como una restricción independiente e implícita de los derechos fundamentales de los reclusos; una ley de ejecución penal no se consideró constitucionalmente requerida", lo que "permitió relativizar los derechos fundamentales de los reclusos con insoportable incertidumbre"⁴⁰.

Como explica Horvitz,

[...] el origen de esta construcción teórica se vincula al estudio y definición de la relación entre los funcionarios públicos y el Estado, caracterizada como una de dependencia, obediencia y subordinación, similar a la que antiguamente existía entre señor y vasallo o entre monarca y súbdito⁴¹.

Por ello, "el funcionario no es visto como sujeto titular de derechos sino tan solo como un 'miembro' de la Administración", y no tiene cabida en ella el principio de legalidad de la Administración.

Dado que la sentencia del TC alemán estableció que la persona privada de libertad también era sujeto de derechos y que por ello se justificaba una restricción de sus derechos exclusivamente "por ley o sobre la base de una ley", se le señaló un plazo de un año al ente legislador para que dicte una ley de ejecución penitenciaria, la que finalmente se dictó en 1975/6, creando los tribunales de ejecución penitenciaria. Según algunos estudios, el efecto a largo plazo de estas reformas fue que "las cárceles alemanas ya no constituyen instituciones sin ley", llevando a concluir que "el simple hecho de que los presos tengan la

39. *Ibid.*

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

posibilidad de acudir a los tribunales, implicaría un cierto efecto 'civilizador' en las cárceles y sus funcionarios'⁴².

En España la reforma penitenciaria se produjo en el contexto del retorno a la democracia y la aprobación de la Constitución de 1978. La ley penitenciaria de septiembre de 1979 fue la primera ley orgánica sancionada bajo la vigencia de la nueva Constitución, y creó por primera vez la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un órgano jurisdiccional al cual compete "salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueda producir" (art. 76). Para entender el contexto de estas transformaciones en España, cabe destacar lo que señala un integrante del equipo multidisciplinario que trabajó en el anteproyecto:

[...] no puede olvidarse que, en aquel momento histórico de transición política, existía una grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, motivado fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, así como por la discriminación que para aquellos suponía el otorgamiento de una amnistía a los condenados por delitos políticos⁴³.

Con todo, tal como dice Horvitz, la ley penitenciaria española "no impidió que se siguiera utilizando la doctrina de las relaciones especiales de sujeción de forma 'inusitada', debido a que el Tribunal Constitucional admitió, en diversas sentencias, su pervivencia en una 'zona' de la ejecución penitenciaria"⁴⁴.

En síntesis, como indicó el INDH en 2013, si "hasta hace pocos años la pena de privación de libertad justificaba por sí misma la restricción consecuencial de un sinnúmero de derechos", luego de la introducción de los derechos humanos al mundo penitenciario se incorporó otra mirada: "la privación de libertad solo afecta legítimamente el derecho a la libertad ambulatoria. El impacto en el ejercicio de los demás derechos está sujeto a ciertas reglas"⁴⁵. Los efectos de este cambio de mirada se expresan todavía en una serie de conflictos normativos y debates jurídicos en relación a la naturaleza de las normas penitenciarias.

42. Feest, Lesting y Selling ("Totale Institution und Rechtsschutz- Eine Untersuchung zum Rechtsschutz im Strafvollzug", Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997), y Feest ("Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria y su Impacto en el Sistema Penitenciario Alemán", *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Santiago, Chile, octubre 2005). Referidos por Stippel, J., *op. cit.*, p. 16.

43. García Valdés, C., citado en Rivera, I. (2006). *La cuestión carcelaria, Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

44. Horvitz, M.I. *op. cit.*, p. 920.

45. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las condiciones carcelarias 2011-2012*, *op. cit.*, p. 11.

5. REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL EN CHILE

A diferencia de otros países que hemos señalado, en Chile la situación de la ejecución de las penas no ha sido abordada por el ente legislador; y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estiman que se trata de un ámbito propio del derecho administrativo.

Salvo por escasas disposiciones del Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 (sobre penas sustitutivas, actualizada el año 2012 por la Ley N° 20.603), la condición jurídica de las personas privadas de libertad depende del ya referido Decreto N° 518 de 1998 (que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), y de diversas normas administrativas dictadas por Gendarmería de Chile, y en materia de Libertad Condicional está regulada por el Decreto Ley N° 321 de 1925.

La situación no ha cambiado en lo esencial desde los primeros informes del INDH sobre condiciones carcelarias en Chile, pues sigue siendo cierto que

[...] actualmente no existe una legislación que regule de manera orgánica y comprensible la situación de las personas privadas de libertad en los recintos penitenciarios, fundándose el sistema penitenciario en una normativa de rango infra-legal como es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y sus decretos accesorios⁴⁶.

La ausencia de una base legal para la ejecución de las penas privativas de libertad ha sido señalada como una violación del principio *nulla poena sine lege*, pues el principio de legalidad implica que es mediante una ley que se debe establecer la naturaleza, monto y forma de ejecución de una pena. Esta ausencia "contribuye a la falta de protección efectiva del derecho a la integridad personal de quienes se encuentran reclusos/as en los establecimientos penitenciarios"⁴⁷.

Por eso desde su instalación el INDH ha venido señalando al Estado de Chile la necesidad de dictar una Ley de Ejecución Penal, de conformidad con los estándares de derechos humanos, con el objeto de hacer exigibles los derechos y establecer los deberes de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios, garantizando un mecanismo de

46. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2016). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*. Santiago, Chile, p. 137.

47. *Ibid.*

acceso a la justicia y la supervigilancia jurisdiccional de las acciones de Gendarmería de Chile. Además, ha recomendado al Poder Ejecutivo “sustituir el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios a la luz de la Constitución y de los estándares internacionales en derechos humanos con el objeto de modificar toda regulación que sea contraria a estas”⁴⁸.

Como la gran mayoría de las materias que integran el sistema de ejecución de penas privativas de libertad están reguladas en un Reglamento dictado por el Poder Ejecutivo, se hace necesario contar con una ley que regule estas materias. Según consigna un informe encargado por el INDH sobre medidas disciplinarias:

[esta] es una exigencia que emana del principio republicano de separación de poderes. De acuerdo con éste, el Poder Ejecutivo no debiese regular las condiciones que le permiten restringir los derechos de las personas, sino que esto debe estar reservado al Poder Legislativo⁴⁹.

La ausencia de regulación legal de la ejecución de las penas, incluyendo la aplicación de medidas disciplinarias, tiene un equivalente en otro problema que presenta el ordenamiento jurídico nacional, cual es la ausencia de regulación legal del uso de la fuerza sobre las personas por parte de las policías, la que se hace mediante decretos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y órdenes generales e incluso Manuales Operativos internos de Carabineros. En este plano el INDH también ha hecho ver “la importancia de que la legislación nacional regule la facultad de las fuerzas de orden para el uso de la fuerza, así como respecto de la utilización de métodos (procedimientos) y medios (disuasivos o defensivos)”, señalando que “la ausencia de una ley que contenga disposiciones concretas sobre la utilización de métodos y medios por parte de las fuerzas del orden y seguridad no se ajusta a las normas y reglas internacionales de los derechos humanos”⁵⁰.

48. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 270.

49. Las razones de esto serían “que una norma de rango legal debe pasar por el filtro de dos poderes, evitando así que los escenarios que posibilitan la afectación de derechos queden entregados al autocontrol de la administración. Y, en segundo lugar, porque una norma de rango legal presenta mayor grado de legitimidad democrática”. Instituto Nacional de Derechos Humanos y Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. (2013). *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago, Chile, p. 160.

50. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, Chile, p. 24. Ver además la minuta “Regulación legal del uso de la fuerza”, aprobada por el Consejo del INDH en sesión N° 541 de 20 de abril de 2020, publicada en: *La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Congreso Nacional 2019-2020*, pp. 61-71. En ella se destaca que “la Corte Interamericana IDH ha fallado que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado”

Mientras no se corrija esta situación, en materia penitenciaria seguirá siendo correcta la afirmación de que Chile,

[...] no solo no ha cumplido con su deber de regular a través de una ley todo lo concerniente a la ejecución penal, sino que tampoco ha cumplido con el principio de estricta jurisdiccionalidad, en tanto no existen tribunales especializados que resuelvan de manera exclusiva o preponderante los conflictos que surgen entre los privados de libertad con la administración penitenciaria o entre los internos entre sí⁵¹.

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS PENITENCIARIAS

Las consecuencias que tiene a nivel práctico la falta de cumplimiento de las obligaciones estatales han sido expuestas en detalle por diversos actores y en los informes sobre condiciones carcelarias del INDH.

Además de la mencionada ausencia de regulación legal, contribuyen a este resultado negativo las reminiscencias de antiguas concepciones y teorías, como las “relaciones de sujeción especial” junto al fenómeno de la “administrativización” de la ejecución de la pena, impidiendo el reconocimiento de las personas privadas de libertad como auténticos sujetos de derecho⁵².

(citando Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 82.).

51. Horvitz, M. I., op. cit., p. 912. En este punto la autora cita dos opiniones clave de la doctrina nacional: Künsemüller, C. “La judicialización de la ejecución penal”, *Revista de Derecho*, vol. XXVI, sem. I (2005), pp. 113 – 123; y Guzmán Dálbora, J. L. “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, en Baigún, D.; Zaffaroni, E.; García-Pablos, A.; Pierangeli, J (Coord.). (1997). *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Caracas: Depalma. En el texto referido Guzmán Dálbora se pregunta: “¿cómo puede resultarnos admisible que en nuestro tiempo el ordenamiento penitenciario chileno continúe regulado jurídicamente bajo la presentación de una fuente normal subordinada como es un decreto reglamentario?”. En relación al Decreto que contiene el REP señala que “primero proclamamos ciertos principios generales de sentido garantizador, pero luego abrimos la puerta para violarlos de forma más o menos manifiesta mediante la concesión de poderes discrecionales”, y que “si a esto se agrega, como ulterior elemento de juicio, la total ausencia de un efectivo control jurisdiccional sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, no resultará difícil concluir que en este Reglamento se compromete, no teórica, sino realmente, derechos elementales garantizados por la Constitución política del Estado”, por lo que “si este decreto reglamentario no se compadece con la Constitución, por lo menos se acerca sensiblemente a su calificación de inconstitucional”. Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticas-sobre-el.html>
52. Como señala Horvitz, “perviven en nuestra cultura jurídica ciertos dispositivos autoritarios heredados del antiguo régimen que han bloqueado el tratamiento de los reclusos como verdaderos sujetos titulares de derechos, pese al reconocimiento formal del derecho interno. La inercia conservadora unida a las políticas de ley y orden dictadas por la ideología de la inseguridad ciudadana, han permitido al Estado chileno mantener el statu quo o exacerbarlo, sin hacer más que concesiones semánticas en el nivel reglamentario” (p. 910).

En nuestro ordenamiento jurídico los derechos constitucionales no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19 N° 26 de la Constitución), siendo materia exclusiva de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 63 N° 20). Adicionalmente, el artículo 64 de la Constitución señala las restricciones de la potestad reglamentaria delegada que tiene el Presidente de la República, entre ellas la de extenderse a “materias comprendidas en las garantías constitucionales”.

Pese a eso, en Chile ha predominado hasta ahora una concepción jurídica que postula la “administrativización” de la ejecución de las penas privativas de libertad, haciendo doctrinariamente una distinción tajante entre el *derecho penal* -que llegaría hasta el momento de imposición judicial de la pena- y el *derecho penitenciario*, reconociendo solo al primero la plenitud de las garantías constitucionales y desvalorizando el estatus jurídico del fenómeno carcelario al dejarlo entregado a una regulación infralegal. Como señala un destacado penalista nacional:

Con la determinación de la pena en la sentencia definitiva queda habitualmente terminada la tarea penal en el aspecto que a nuestra disciplina interesa. El cumplimiento mismo de la pena impuesta pasa a ser de ordinario reglamentado por el derecho administrativo en general y, tratándose de la pena privativa de libertad, al derecho penitenciario⁵³.

En sentido contrario se ha pronunciado otro sector de la doctrina. Así, Cury niega que el derecho penitenciario sea una parte del derecho administrativo, pues se trataría de “disposiciones que versan sobre la pena y, concretamente, sobre su realización efectiva mediante la ejecución”, que “no es más que una parte del derecho penal, muy importante, por cierto, pero a la que no hay motivo alguno para segregar del conjunto”. A su vez criticaba que esta separación había convertido al derecho penitenciario en “una especie de subsistema secundario de escasa relevancia”⁵⁴.

Por su parte Guzmán Dálbora, al analizar críticamente el Reglamento Penitenciario propone,

[...] considerar seriamente la posibilidad de reformar desde la raíz nuestro régimen de ejecución, acaso el más postergado en la mente de nuestros estudiosos, pero cuya

53. Echeverry. A. (1977). *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 193.

54. Cury E. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 116.

importancia salta a la evidencia sólo si se piensa que es inútil e improductivo discurrir en torno a la finalidad que han de seguir las penas, si después nos desentendemos olímpicamente de su ejecución o la regulamos de un modo inconciliable con el fin teórico que para aquéllas se acordara originalmente⁵⁵.

Además de las reformas legales al derecho penal de fondo y al derecho procesal penal, dice que “no se debe preterir a nuestro derecho de ejecución penal, íntimamente ligado, como está, al derecho penal material, y del que en definitiva forma parte”.

La discusión teórica sobre la naturaleza de las normas penitenciarias está plagada de consecuencias prácticas, pues según las distintas posiciones en juego adquieren un diferente alcance determinados principios y garantías, el cual es diferente según se trate de normas de derecho penal de fondo, derecho procesal penal o derecho penitenciario.

Comentando el artículo 18 del Código Penal (CP), Couso y Hernández hacen una síntesis de las posiciones de la doctrina nacional en torno al tema⁵⁶.

Esta disposición fundamental dentro de la Parte General del Derecho Penal chileno señala que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una Ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. Su segundo inciso dispone que para el caso que “después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra Ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse ella su juzgamiento”, y el inciso tercero (incorporado en 1972 por la Ley N° 17.727) agrega que si una ley de esas características más beneficiosas “se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”.

Así, el CP chileno consagra el principio de legalidad de las penas extendiendo el beneficio de la retroactividad de la ley penal favorable a quienes ya habían sido condenados bajo la vigencia de la ley anterior⁵⁷.

55. Guzmán Dálbora, J. L. “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, *op. cit.* Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticas-sobre-el.html>

56. Couso, J. y Hernández, H. (Directores). (2011). *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile.

57. Como indica Couso en su comentario, esta posibilidad se había discutido en la Comisión Redactora en 1873, siendo

La Constitución de 1980 establece la garantía de irretroactividad de la ley penal en el artículo 19 N° 3 inciso 7°, en términos casi idénticos al artículo 18 del CP, y contemplando expresamente la garantía de la retroactividad favorable cuando agrega: “a menos que una nueva Ley favorezca al afectado”.

Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (CPP) en el año 2000, predominaba la tesis tradicional que excluía a las normas procesales penales del principio de irretroactividad por entender que, a diferencia del derecho penal de fondo, estas normas rigen “in actum”. El artículo 11 del CPP confirmó esta tesis pero contemplando una excepción, al establecer que “las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

De acuerdo a Couso, esta nueva regla de irretroactividad de la ley procesal penal perjudicial no es solo una cuestión de rango legal, sino que constitucional, “precisamente cuando pone en juego la protección de la confianza a la seguridad jurídica”, puesto que de otro modo se afectaría negativamente el efecto motivador de las normas penales. El mismo fundamento (protección de la confianza y función motivadora de las normas) “apoya la extensión del principio de irretroactividad a las normas penitenciarias”⁵⁸.

En relación a la retroactividad de leyes procesales favorables, ante el silencio del ente legislador, Couso manifiesta que, por aplicación del principio de supremacía constitucional, la decisión sobre una eventual extensión de esta garantía a una ley procesal,

[...] no puede depender de aquella regla general, de rango legal, del CPP, sino del examen material, conforme a los criterios de interpretación constitucional, de si una determinada disposición ‘procesal penal’ (lo que puede terminar siendo, para estos efectos, una mera denominación que todavía nada dice de la cuestión material) favorece o no al afectado en la determinación de la pena que se le impondrá (y si acaso no beneficiarlo con ese mejor tratamiento termina infringiendo el principio de proporcionalidad en que se funda tal garantía), caso en que, para efectos constitucionales, lo mismo da su denominación legal de ‘disposición procesal’, o el hecho de que se encuentre contenida

descartada para evitar “que se dictaran leyes con el solo objeto de salvar a determinadas personas ya juzgadas i por solo intereses políticos o personales” (p. 425).

58. Couso, J. y Hernández, H., *op. cit.*, p. 429.

en una 'Ley procesal' (¡como el propio CPP!), de todas formas quedará abordada por la garantía"⁵⁹.

7. NORMAS PENITENCIARIAS Y RETROACTIVIDAD IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

En cuanto a la aplicabilidad de la garantía de irretroactividad a las normas de ejecución de la pena privativa de libertad, existen dos grandes opciones o posiciones posibles: sostener que a todas estas normas se les aplicaría la garantía de irretroactividad en la misma forma que al resto de las normas penales (*principio de asimilación*), por lo cual estas normas serían irretroactivas desde el momento de la comisión del delito, a excepción de las leyes posteriores más beneficiosas; o puede, por el contrario, sostenerse que al no tratarse de normas penales ocurriría como con las normas procesales, por lo cual las que rigen en cada caso serían las vigentes al momento de la ejecución de la sentencia, no de la comisión del delito (*principio de diferenciación*)⁶⁰.

Ninguna de estas posibles posiciones resuelve adecuadamente los distintos tipos de problemas que se plantean en la fase de ejecución de la pena, donde bajo la etiqueta de "normas penitenciarias" se agrupa un conjunto muy diverso en el que se encuentran normas de carácter técnico, organizativas, procedimentales, así como normas referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, razón por la cual se ha propuesto distinguir a efectos de irretroactividad entre normas penitenciarias *funcionales* y *sustantivas*⁶¹.

Las *normas penitenciarias (o de ejecución penal) funcionales* incluyen "un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución -sanidad, trabajo, educación, higiene- y también normas de régimen general -derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc."⁶².

A su vez, las *normas penitenciarias (o de ejecución penal) sustantivas* "incluye[n] todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena". En general coinciden con

59. *Ibid.*, p. 434.

60. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*, p. 285.

61. En este punto se sigue lo señalado en el Manual referido en nota anterior, elaborado por expertos y expertas, y defensorías públicas y penitenciarias de España, Argentina y Chile, pp. 285 -290.

62. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

la regulación de los llamados “beneficios”, pero, “eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contemplan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas”⁶³.

De acuerdo a este esquema, las normas funcionales “se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, siempre que fuera posible”⁶⁴.

En cambio las normas sustantivas se rigen por sus propios principios resultando necesario realizar a estos efectos otra distinción dentro de ellas,

[. . .] según se trate de *normas sustantivas de carácter general* que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito [o de] *normas sustantivas específicas*, que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido.

Normas sustantivas generales serían “las que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto”. Por el contrario, serían normas sustantivas específicas aquellas “en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena del tipo de delito cometido, como agresores sexuales o narcotraficantes”.

En cuanto a retroactividad/irretroactividad, las normas ejecutivas generales toman en cuenta el momento en que se inicia la ejecución de la pena: “la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere vigencia la relación jurídica entre la administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias”. Las normas ejecutivas específicas, en cambio, “forman parte inescindible de

63. *Ibid.*

64. *Ibid.* Algunos ejemplos: “Una nueva disposición que modificara las competencias del director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la Administración a garantizar una celda para cada uno de ellos se aplica en el momento que su entrada en vigor; sin embargo, esta última, a pesar de ser más favorable para el interno, no puede —por su propia naturaleza— aplicarse con efecto retroactivo. En cambio, una norma que ampliara las recompensas o el acceso a los beneficios penitenciarios, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable” (p. 287).

la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito⁶⁵.

8. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La disposición clave en materia penal formulada en el artículo II de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su primer numeral garantías como la presunción de inocencia, el derecho a defensa y el debido proceso legal, para luego en su numeral segundo señalar que: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional”, y que “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Como se verá, la mayor o menor “gravedad” de una pena dice relación con varios aspectos que guardan relación tanto con el concepto de pena como con los distintos tipos de normas penitenciarias referidos en el acápite anterior.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el artículo 5.6, a propósito del Derecho a la integridad personal, que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Tal como se refirió en el Informe Anual del año 2016 sobre el proyecto de ley que derivó en la Ley N° 21.124, en el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en cuenta que las condiciones concretas de la privación de libertad puedan atentar contra esta finalidad. En ese caso concreto las condiciones eran,

[...] contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas⁶⁶.

En el Sistema de Naciones Unidas es el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP) el que luego de proclamar que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”,

65. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

66. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101.

señala en su numeral 3 que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Comentando esa disposición, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 21 señala que “ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”, e invita a los Estados Partes a que “especifiquen si disponen de un sistema de asistencia pospenitenciaria e informen sobre el éxito de éste”⁶⁷.

Como instrumento específico, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (redefinidas recientemente como “Reglas de Mandela”) contemplan en la regla 87 que:

Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.

Este marco normativo de origen internacional, si bien posee distintos grados de obligatoriedad para los estados, se orienta claramente al reconocimiento de finalidades positivas en la intervención estatal en relación a personas condenadas por delitos a penas privativas de libertad. Además, desde la perspectiva de los derechos humanos se reconoce a las personas privadas de libertad, tal como a las que están sujetas a otras medidas o penas, la condición de sujetos de derecho en tanto personas humanas, en los términos de la Convención Americana: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2). A pesar de los vacíos de la legislación nacional, los instrumentos existentes señalan, entre otras cosas, que:

Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley (art. 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile).

67. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), 44° período de sesiones, 1992. Párr. 10.

El artículo 3° agrega que “corresponde a Gendarmería de Chile: e) Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”.

A su vez, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios indica en su artículo 1° que,

[...] la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

El artículo 2 del REP acoge expresamente la idea de que las personas privadas de libertad tienen los mismos derechos que las demás personas, al señalar que,

[...] será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

Todo este marco parece apuntar en el sentido de reconocer a la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios como derechos subjetivos, dado que “en los actuales sistemas penitenciarios es indudable el reconocimiento de derechos inherentes a los privados de libertad, acordes con la finalidad resocializadora”⁶⁸.

9. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS MODIFICACIONES AL DL N° 321

El Tribunal Constitucional no se ha referido en detalle a elementos centrales de la condición jurídica de las personas privadas de libertad en Chile, tales como la constitucionalidad del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, a pesar de que en la doctrina penal hay opiniones que señalan abiertamente su inconstitucionalidad⁶⁹, y que, como se dijo, el

68. Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.* p. 284.

69. Horvitz, M. I., *op. cit.*; Guzmán, J. L., *op. cit.* Según Horvitz “la realidad cotidiana de las cárceles chilenas contradice todo

INDH ha recomendado al Estado sustituirlo por una normativa acorde a los estándares internacionales de derechos humanos⁷⁰.

En cambio, el TC sí se ha ocupado de los efectos de las modificaciones legales introducidas en el Decreto Ley N° 321 por la Ley N° 21.124, con resultados radicalmente disímiles ante situaciones casi idénticas.

Así, en un caso resuelto el 2 de enero de 2020 (Rol 7181-19), una persona privada de libertad manifestó que durante junio del año 2018 Gendarmería emitió su “ficha única de condenado”, en que se le señalaba que el 16 de diciembre de 2019 podría postular al beneficio de la libertad condicional. Posteriormente, en mayo de 2019 Gendarmería le entregó una nueva ficha según la cual, en base a un nuevo cálculo posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124 y sus nuevos requisitos, podría postular a libertad condicional recién a contar del 5 de octubre del año 2040, es decir casi 21 años después de lo informado en la ficha de 2018.

Ante eso su defensa interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago solicitando dejar sin efecto la nueva ficha. En el requerimiento ante el TC alega una actitud arbitraria e inconstitucional por parte de Gendarmería, que infringe el principio de legalidad en materia penal, sosteniendo que al ser contemplada la libertad condicional como un derecho en el DL N° 321, mediante la ficha única de 2018 el tiempo mínimo señalado se había incorporado a su patrimonio como derecho adquirido. Se alega, además, la violación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, dirigiendo el recurso contra el nuevo artículo 9 del DL N° 321.

El voto de mayoría⁷¹, tras referir la discusión que se dio en relación a la Ley N° 21.124 en sede constitucional (Roles 5677 y 5678), donde el TC concluyó que la retroactividad de la

aquello que las fórmulas vacías del Reglamento tan ampulosamente declaran”. Lo que sí funciona es “el gran poder disciplinario de la administración carcelaria -núcleo central del Reglamento- quien lo ejercita con discrecionalidad y sin fuertes controles externos y en cuya virtud puede restringir los escasos derechos que se reconoce a los internos. Una importante manifestación de ese poder es el castigo de aislamiento en celda solitaria, que se utiliza sin apego a criterios de proporcionalidad [...]” (p. 927). Frente a ello, concluye que: “Tratándose de la regulación de los derechos constitucionales de los reclusos, no afectados directamente por la pena, se impone el principio de reserva de ley y su tutela efectiva a través de un órgano jurisdiccional exclusivo, dadas las condiciones de encierro de los titulares de tales derechos y la necesidad de mecanismos expeditos de protección, especialmente frente a abusos de la propia administración penitenciaria” (p. 925).

70. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2011*, op. cit.

71. Suscrito por la presidenta María Luisa Brahm, por la ministra María Pía Silva y los ministros Nelson Pozo, Domingo Hernández, Cristián Letelier y Miguel Ángel Fernández.

ley penal es una cuestión de legalidad que corresponde determinar en cada caso al “juez de fondo”, señala que en relación al principio de retroactividad penal “esta Magistratura ha tenido un amplio espectro de elementos que se han de considerar como legislación retroactiva más favorable, pero sólo frente al dilema de la determinación de la pena”: rebajas de pena, abrogación de conductas típicas, reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penas, cumplimiento de condena. Pero agrega que,

[...] no resulta adecuado invocar la noción que emana del principio de irretroactividad penal, cuando existe un cuestionamiento a que estemos en presencia de una norma penal o ante una norma de naturaleza administrativa, como asimismo que el debate y solución de la controversia sea ante el juez de fondo por tratarse de un asunto de mera legalidad⁷².

Este voto mayoritario refiere la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que habría superado la “doctrina Parot” a partir de 2013 en el caso *Del Río Prada v. España*, diferenciando a efectos de retroactividad entre pena y medida de cumplimiento, ejecución o aplicación concreta de la pena impuesta, estableciendo que,

[...] las cuestiones relativas a la ejecución de la pena impuesta, no a la pena misma, no afectan el derecho a la legalidad penal, en la medida que no impliquen una ejecución de la pena más grave que la prevista en la ley, aunque sí pueden afectar el derecho a la libertad⁷³.

Además, se tiene en cuenta que durante la tramitación del respectivo proyecto de ley se señaló que tanto la Ley N° 21.124 como el DL N° 321 son “leyes administrativas relativas a la ejecución penal”, “de lo cual se infiera que dichas disposiciones se aplican ‘in actum’”⁷⁴.

La naturaleza administrativa que se le asigna a las normas penitenciarias está a la base del rechazo del recurso. Así, se indica que el recurrente erróneamente transfiere a la ejecución de la pena la garantía del artículo 19 N°3 inciso 8°, lo que no resulta posible por no tener estas normas carácter sustantivo, además de tratarse de un beneficio y no de un derecho⁷⁵.

72. Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de enero de 2020, Rol 7181-2019, voto de mayoría, considerando 9°, en que a su vez cita a la STC Rol 3844-17, c. 8°.

73. *Ibid.*, voto de mayoría, considerando decimotercero.

74. *Ibid.*, considerandos decimosexto y decimoséptimo del voto de mayoría.

75. *Ibid.*, considerandos decimoctavo y decimonoveno. Sobre la naturaleza de beneficio y no de derecho se refiere también el voto de mayoría en los considerandos trigésimotercero a trigésimoquinto.

Por el contrario, el voto de minoría del ministro José Ignacio Vásquez estuvo por acoger el requerimiento, basado en que el caso concreto involucra un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de un precepto legal de naturaleza penitenciaria que produce efectos desfavorables para el requirente (art. 9 del DL N° 321), generando “la extensión temporal de la forma en que se debía cumplir la pena privativa de libertad a la que aquel fue condenado”, lo cual vulnera la garantía de prohibición de retroactividad de la ley desfavorable, además de atentar contra los principios de certeza y seguridad jurídicas y hacer “ilusoria la finalidad resocializadora de la pena”. Vásquez señala que,

[..] un precepto legal que regula los presupuestos objetivos bajo los cuales se concede un beneficio al condenado, produciendo en concreto el efecto de extender temporalmente una pena privativa de libertad, queda sujeto a la garantía de *lex praevia* en cuanto manifestación del principio de legalidad penitenciaria⁷⁶.

La aplicación de la norma impugnada al caso concreto trajo como resultado “la imposibilidad para el requirente de acceder a la libertad condicional y el objetivo de la reinserción social se transforma en una mera ilusión, en circunstancias que cumplía los requisitos para ello”, tal como acredita la Ficha Única de Caso de junio de 2018, que dejaba al requirente en situación de poder postular al beneficio en diciembre de 2019⁷⁷.

La aplicación de este precepto supone un exceso o agravamiento punitivo en perjuicio del requirente, “aplicado con posterioridad a la valoración del marco normativo que tuvo en vista el tribunal de la instancia al momento de condenar”, lo que infringiría la prohibición de exceso del *ius puniendi*⁷⁸. La legalidad de la ejecución de la pena implica que las condiciones de cumplimiento de la misma queden fijadas en el momento de la condena, siguiendo la máxima de “*nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*”⁷⁹.

Parte del voto de minoría se dedica a refutar la afirmación de la naturaleza administrativa del derecho penitenciario. La calificación de la ejecución de las penas como función estrictamente administrativa constituye,

76. STC Rol 7181-2019, considerando 1 del voto de minoría.

77. *Ibid.*, considerando 2.

78. *Ibid.*, considerando 3.

79. *Ibid.*, considerando 5.

[...] una contradicción y negación profunda de la función tanto de la pena como del régimen penitenciario, desde que se le niegan a los condenados derechos y garantías fundamentales, en especial los relativos a la legalidad de las penas y al régimen de libertad a los que pueden optar aquellos⁸⁰.

Incluso diagnostica que es “la negación en la práctica penitenciaria nacional de los fines resocializadores o de reinserción social de la pena, como consecuencia de las condiciones materiales de la ejecución de una condena privativa de libertad”⁸¹, lo que explica los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales a favor de una perspectiva meramente administrativa.

Con base en otro sector de la doctrina, se arguye que “el derecho penal sustantivo no le toca un solo pelo al delincuente, sino que es en la ejecución de la pena donde las personas pierden su personalidad y sociabilidad”⁸², y que quienes defienden la naturaleza meramente administrativa del derecho penitenciario invocando doctrina alemana o española olvidan que,

[...] en esos países rige el principio de legalidad de la actividad penitenciaria y además existe un órgano jurisdiccional con competencia exclusiva sobre la misma, por lo que no resulta posible la equiparación. En efecto, en Chile no concurren tales circunstancias en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, a pesar que la doctrina nacional sostiene que este principio, consagrado en el artículo 19 N° 3 incisos 6° y 7° de la Constitución Política, debería abarcar todas las fases de manifestación de la práctica punitiva estatal –conminación, adjudicación y ejecución de las penas y medidas de seguridad-, en tanto ella constituye una potencial fuente de afectación de derechos constitucionales⁸³.

El principio de legalidad de las penas “debe abarcar los momentos de la conminación, adjudicación y ejecución de la pena o medida de seguridad, pues en todas esas fases se garantiza a la persona la intangibilidad de sus derechos fundamentales cuando se trata de del

80. *Ibid.*, considerando 7.

81. *Ibid.*

82. Künsemüller, C. “La judicialización de la ejecución penal”, *op. cit.*, pp. 113-123, referida en STC Rol 7181-2019, considerando 6 del voto de minoría.

83. Horvitz, M. I., *op. cit.*, p. 912.

ius puniendi estatal”⁸⁴. Citando al destacado jurista Enrique Cury negando que el derecho penitenciario pertenezca al derecho administrativo pues trata de “disposiciones que versan sobre la pena y concretamente, sobre su realización efectiva mediante la ejecución”, y que esta “no es más que una parte del derecho penal, muy importante, por cierto, pero que no hay motivo para segregar del conjunto”, lo cual lo convierte en un “subsistema secundario de escasa relevancia”, desvalorización que afecta el carácter preventivo general de la ejecución penitenciaria⁸⁵.

Tras esa revisión doctrinaria el voto disidente concluye que no es indubitada la cuestión de la vinculación de la ejecución de penas con el derecho administrativo, y que la etapa de cumplimiento de la pena “presenta una potencialidad de afectación a las garantías del condenado que es indesmentible”. Por ello no se comparte el planteamiento de que esta etapa estaría al margen de las garantías del principio de legalidad penal, posición que terminaría desconociendo la finalidad de la pena y las consecuencias que de ella se derivan⁸⁶.

La inconstitucionalidad planteada por el requirente en relación al artículo 19 N° 3 (inciso octavo) parece plausible al redactor del voto disidente pues por efecto de la Ley N° 21.124 “el condenado vio modificadas las condiciones para poder acceder a la libertad condicional, las que se encontraban establecidas al momento de serle impuesta la pena”, y se vio perjudicado al no poder acceder a un modo de cumplimiento de la misma que “junto con salvaguardar el interés punitivo del Estado, protege el derecho a la libertad del sancionado junto con propender a su reinserción o resocialización”.

Además del principio de legalidad, se han desconocido en este caso el *in dubio pro reo* y *favor personae*, “que importa aplicar la norma o interpretación más favorable o que menos requisitos o restricciones imponga para el acceso o goce de una garantía a la persona en ejercicio de una garantía”⁸⁷.

Como se puede apreciar, según se adopte como postura la posición tradicional en materia de ejecución de las penas como asunto meramente administrativo, o bien una posición que, con base en una noción unitaria del sistema penal reconoce que el principio de legalidad rige también en este ámbito, la solución es radicalmente diferente.

84. Valenzuela, J. (2005). Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, p. 199, citado en considerando 9 del voto de minoría.

85. *Ibid.*, considerando 10.

86. *Ibid.*, considerandos 11 y 12.

87. Considerando 13.

Si en esta sentencia la posición más avanzada fue defendida por un solo voto, la situación se modifica drásticamente en la sentencia de fecha 23 de enero del mismo año en causa Rol 6.985-2019.

En este caso, relativo a una persona que cumple condena por crímenes de lesa humanidad, y que requiere de declaración de inconstitucionalidad de los nuevos artículos 3 bis y 9 del DL N° 321, el voto de mayoría que acoge el requerimiento⁸⁸ es prácticamente idéntico al voto disidente del ministro Vásquez en la sentencia pronunciada dos semanas antes a la que se acaba de referir (Rol 7181-2019)⁸⁹.

Así, el no haber postulado al condenado a la Libertad Condicional el primer semestre de 2019 por efecto del ordinario 47 de Gendarmería de 31 de enero del mismo año -que ordenaba ajustar el proceso de selección de postulantes a los nuevos requisitos establecidos en la Ley N° 21.124, especialmente en este caso en lo relativo al cómputo de 2/3 como tiempo mínimo de cumplimiento de la pena-, fue estimado como contrario a la Constitución.

El primer considerando afirma que el caso concreto “importa un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de un precepto legal de efectos desfavorables”, que generó para el requirente “la imposibilidad de acceder a la libertad condicional y la consiguiente extensión temporal de la forma en que se debía cumplir la pena privativa de libertad a la que fue condenado”, el que no fue postulado “sin siquiera analizar su comportamiento penitenciario y si este resultaba compatible con la reinserción social”. Por ello el Tribunal estima que “se vulnera respecto del requirente la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley pena o penitenciaria favorable al afectado y de la irretroactividad de la ley penal desfavorable”.

El segundo considerando sostiene que,

[...] un precepto legal que regula los presupuestos objetivos bajo los cuales se concede un beneficio al condenado –produciendo en concreto el efecto de extender temporalmente una pena privativa de libertad, aumentando el plazo de cumplimiento de la condena desde la mitad a dos tercios de la misma- queda sujeto a la garantía de *lex praevia* en cuanto manifestación del principio de legalidad penitenciaria.

88. Suscrito por los ministros Iván Aróstica, Juan Romero, Cristián Letelier, José Vásquez y Miguel Fernández.

89. Caso en el cual los ministros Miguel Fernández y Cristián Letelier se sumaron al voto mayoritario que estuvo por rechazar el requerimiento.

Además, se “atenta en contra de los principios de certeza y seguridad jurídicas y, por cierto, hace ilusoria la finalidad resocializadora de la pena”.

El considerando cuarto señala que esta aplicación retroactiva de ley desfavorable vulnera la prohibición de exceso del *ius puniendi*, en los mismos términos señalados en el considerando tercero del voto del ministro Vásquez en la otra sentencia referida.

Desde el considerando sexto al decimotercero refieren la discusión doctrinaria en relación a la naturaleza de las normas penitenciarias y de ejecución de la pena (Künsemüller, Cury, Ramírez, Horvitz) en idénticos términos que el voto de minoría de Vásquez en sus considerandos quinto a duodécimo.

El considerando decimoséptimo y el décimo octavo se refieren a la igualdad ante la ley, señalando en este último que aquella consiste en “que las normas jurídicas deben ser iguales para las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”, exigencia que no se verificó en la especie:

[...] desde que la norma cuestionada permite dar un trato diferenciado, entre dos personas que cumplen una pena privativa de libertad, por la sola consideración del momento en que se postula a la libertad condicional (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124), sin considerar que el elemento central de esta forma de cumplimiento de la pena debe ser efectivamente la potencialidad de resocialización del penado, tal como se ha apreciado en el caso concreto.

A la inversa, el voto de minoría⁹⁰ en este caso reproduce básicamente de manera casi textual el voto de mayoría del caso anterior, para fundamentar el rechazo al requerimiento. Como es fácil apreciar, el cambio de criterio del Tribunal Constitucional ante dos situaciones similares, declarando en el segundo caso la inconstitucionalidad y rechazándola en el primero, resulta muy complejo desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, definida por el propio Tribunal en el considerando referido recién. La desigualdad de trato obedecería aquí no a la fecha de postulación al beneficio, sino que a la integración y variaciones de las opiniones de los ministros del TC.

90. Suscrito por la Presidenta Brahm y los ministros García, Hernández y Pozo.

Más compleja aún resulta esta diferencia si tenemos en cuenta que en la causa 6985-19, el requirente estaba condenado por crímenes de lesa humanidad⁹¹. En el Informe Anual 2020 el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca este caso, haciendo la comparación con otro similar relativo a un delito común en que el requerimiento fue rechazado⁹²:

Al declarar inaplicables los dos artículos, el TC falló de modo contrario a lo determinado en una decisión tomada en forma paralela, en un caso similar: en diciembre de 2019, el TC resolvió rechazar un requerimiento similar promovido por una persona condenada por un delito común, produciéndose la paradoja aparente de un trato más benigno a un criminal de lesa humanidad⁹³.

Con todo, tal como señalan, “se trata de la primera resolución del TC en la materia, referente a criminales de lesa humanidad, desde que se introdujera la nueva norma”, pero en los hechos, “esta doctrina del TC, con una inusual mayoría, no ha vuelto a repetirse”⁹⁴.

10. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA LEY N° 21.124 A NIVEL GENERAL

A poco más de dos años de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124, además de los problemas jurídicos de fondo que esta reforma plantea y referidos hasta aquí, es posible detectar los efectos que estas modificaciones al DL N° 321 han tenido en términos generales. Así, de acuerdo a datos elaborados por Gendarmería es posible constatar la evolución de las postulaciones a libertad condicional y los casos en que el beneficio resulta otorgado, desde el 2010 hasta el 2020, tal como se observa en esta Tabla:

91. Rodrigo Pérez, exagente de la Central Nacional de Inteligencia (CNI), condenado por la detención-desaparición de 5 miembros del FPMR en septiembre de 1987.

92. Rol 6717-19, sentencia de 26 de diciembre de 2019.

93. Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales. (2020). “Abrirán las grandes alamedas – Justicia, memoria y no-repetición en tiempos constituyentes” (Capítulo 12). En: *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2020*. Santiago, Chile, p. 557.

94. *Ibid.*, pp. 557-558, donde explican en detalle: en enero de 2020, Pablo Marcelo Rodríguez Márquez, condenado por el secuestro y asociación ilícita en el Caso Berríos, presentó idéntico requerimiento de inaplicabilidad contra los mismos artículos del Decreto Ley N° 321, siendo rechazado su requerimiento, el 23 de abril de 2020, por mayoría (6-3) [Rol 8108, no concurrió el ministro Vásquez]. Por rechazar el requerimiento, se pronunciaron la ministra presidenta Brahm, la ministra Silva, los ministros García, Pozo, Fernández y Pica. Por su parte, mantuvieron su postura por acoger el requerimiento, los ministros Aróstica, Romero y Letelier.

Semestre	Postulantes propuestos (por Tribunal de Conducta)	Libertades Condicionales otorgadas (incluye amparos)	Porcentaje de beneficios otorgados respecto de Postulantes
I 2010	8.881	366	4,1%
2 2010	8.258	429	5,2%
I 2011	8.590	660	7,7%
2 2011	8.479	602	7,1%
I 2012	8.971	777	8,7%
2 2012	8.185	1.499	18,3%
I 2013	8.205	1.694	20,6%
2 2013	8.248	1.867	22,6%
I 2014	8.040	1.608	20,0%
2 2014	7.681	1.744	22,7%
I 2015	7.476	1.245	16,7%
2 2015	7.541	1.189	15,8%
I 2016	7.664	2.904	37,9%
2 2016	6.210	3.204	51,6%
I 2017	4.905	3.037	61,9%
2 2017	3.854	2.574	66,8%
I 2018	4.231	3.072	72,6%
2 2018	3.640	2.711	74,5%
I 2019	2.037	1.469	72,1%
2 2019	2.713	1.883	69,4%
I 2020	3.257	2.050	62,9%

(Fuente: Departamento de Estadística y Estudios Penitenciarios de Gendarmería de Chile, información actualizada a julio de 2020).

Si desde el año 2010 al primer semestre del año 2014 el número de postulados oscilaba entre los 9.000 y los 8.000, desde el segundo semestre del año 2014 al primer semestre del año 2016 se mantuvo sobre los 7.000 y desde el segundo semestre del año 2016 comenzaron a bajar abruptamente hasta llegar a 3.854 postulados en el segundo semestre del año 2017. En el primer semestre del año 2018, subieron los postulados a 4.231, para bajar nuevamente y llegar a los 2.037 el primer semestre del año 2019. Finalmente, durante los últimos dos semestres se produjo un aumento llegando a los 3.257 postulados el primer semestre del año 2020.

Si por una parte el número de postulados tiende a bajar a lo largo de los años, el número de libertades condicionales otorgadas tiende a subir o al menos acercarse al número de postulados. De este modo, el porcentaje de libertades condicionales otorgadas respecto del total de postulantes, que hasta el año 2015 no llegaba al 23%, presenta posteriormente un claro aumento, teniendo su punto máximo el segundo semestre del año 2018 con un 74,5% de los casos, para luego disminuir hasta un 62,9% en el primer semestre del 2020.

En cuanto al total de libertades otorgadas, resulta claro que la cifra era bastante baja hasta el primer semestre de 2012 (777 libertades condicionales), que aumentaron al doble (1449) en el segundo semestre de ese año en que se aprobó la Ley N° 20.587 (publicada el 8 de junio de 2012). Esta elevación del número se mantiene hasta el año 2014 con un promedio de entre 1600 y 1800 libertades concedidas por semestre, para sufrir una cierta disminución en el año 2015 (1245 el primer semestre y 1189 el segundo), y luego aumentar considerablemente a alrededor de 3000 por semestre hasta el año 2018. A partir de 2019, por efecto de la Ley N° 21.124 se otorgaron 1469 libertades condicionales el primer semestre, que posteriormente aumentaron a 1883 en el segundo semestre, y a 2050 en el primer semestre de 2020. De este modo, parece que el efecto combinado de las modificaciones legales del año 2012 y 2019 ha estabilizado el otorgamiento de este beneficio en un número aproximado de 2000 por semestre.

II. CONCLUSIONES

- El Estado de Chile no ha cumplido hasta ahora con sus obligaciones jurídicas internacionales en lo relativo a regular por ley los principales aspectos de la condición jurídica de las personas privadas de libertad, dando aplicación a los estándares pertinentes de derechos humanos y reemplazando regulaciones anticuadas y/o de nivel meramente administrativo. Una de las necesidades más evidentes en este escenario dice relación con la dictación de una ley de ejecución penal que contemple la creación de jueces y juezas de ejecución.
- La libertad condicional, regulada en el Decreto Ley N° 321 del año 1925, es una de las principales herramientas con que se cuenta en Chile para poder descomprimir la población penal y dar la opción de trabajar efectivamente en aras de la reinserción social de las personas condenadas a penas de privación de libertad.

-
- Las modificaciones experimentadas por este DL en la última década han tenido distintas inspiraciones y objetivos, generando a partir del año 2012 un aumento importante en el otorgamiento de este beneficio penitenciario, que posteriormente se ha visto afectado por la reforma del año 2019, disminuyendo tanto el número de postulantes como de libertades otorgadas, por efecto de la imposición de nuevos requisitos mediante la Ley N° 21.124, cuyo nuevo artículo 9 estipula que los requisitos que regirán son los vigentes al momento de la postulación.
- Estas reformas legales han causado que en una gran cantidad de casos de personas que cumplen penas privativas de libertad, el tiempo mínimo de cumplimiento de condena sea de dos tercios en vez de la mitad de la pena determinada por el tribunal al momento de dictar sentencia condenatoria.
- La aplicación retroactiva de una ley penitenciaria que contempla requisitos más exigentes para postular a la libertad condicional va en contra del principio de legalidad de las penas y del principio de irretroactividad de una ley penal o penitenciaria desfavorable, causando que la declaración de la finalidad resocializadora de las penas devenga ilusoria, además de atentar contra la certeza jurídica y la función motivadora de las normas penales al extender o prolongar el cumplimiento efectivo de la pena de una manera que no estaba contemplada al momento de comisión del delito ni al momento de dictación de la respectiva sentencia.

Informe sobre el proyecto de ley que modifica el Código Penal y otros cuerpos legales para fortalecer la protección de las Fuerzas de Orden y Seguridad y de Gendarmería de Chile (Boletín N° 13124-07)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 11 de enero de 2020 - Sesión Ordinaria N° 588.

I. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LEY

Este proyecto de ley tiene su origen en el Mensaje presidencial ingresado el 17 de diciembre de 2019. A la fecha de elaboración de este informe se encuentra en su primer trámite constitucional y primer trámite reglamentario.

Como fundamentos de su presentación, señala que “[a]l Estado le corresponde promover toda política que fomente y garantice el respeto hacia nuestros policías y gendarmes” (p. 6).

Asimismo, indica que el Gobierno,

[...] debe impulsar iniciativas legales que tengan como finalidad dar un estatuto normativo de protección a nuestras Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile y, de la misma forma, regular adecuadamente ciertas situaciones en que los miembros de estas instituciones se ven lamentablemente compelidos y obligados a utilizar la fuerza tanto para resguardar a terceros, como a sí mismos (p. 6).

Como datos que fundamentan el proyecto de ley, se señalan:

I. De conformidad a la información entregada por el Centro de Estudios y Análisis del Delito (CEAD) de la Subsecretaría de Prevención del Delito, entre el año 2017 y 2018 se registró un aumento de 50 casos de maltrato de obra a carabineros y carabineras, detectives y gendarmes. El mayor incremento lo tuvo Gendarmería de Chile, aumentando en un 250 por ciento, es decir, de 2 a 7 casos.

2. En el año 2005 los casos policiales registrados por maltrato de obra a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública ascendían a 1.296 y en el año 2018 se registraron 1.856 casos.

3. En suma, de estas cifras se puede colegir que, en promedio, cada día hay aproximadamente 4,94 casos de maltrato de obra a funcionarios y funcionarias de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

4. Por otra parte, el propio CEAD informa que en el año 2018 se registraron 2.293 personas detenidas (aprehendidas) por maltrato de obra a carabineros y carabineras, correspondiendo el 38,3% a hombres de 18 a 29 años, el 28,7% a hombres de entre 30 y 49 años, y el 10,9% a mujeres de entre 18 y 29 años.

Junto a lo anterior, se destaca la presentación de otros proyectos de ley vinculados, tales como: boletines N° 3325-07; N° 5969; N° 9987-07; N° 10138-07; N° 10219-07; N° 10274-07; N° 11169-25; N° 11827-25, así como los proyectos de ley refundidos N° 8598-25, N° 8908-07, N° 9414-25 y N° 9415-25.

El Mensaje considera que este proyecto de ley es,

[...] idóneo para la tipificación de conductas desplegadas en contra de miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería de Chile, sino que también para regular aquellas materias que resultan relevantes para que puedan hacer un efectivo ejercicio de sus funciones y que, asimismo, puedan protegerse suficientemente en esos contextos (p. 9).

Finalmente, como objetivo del proyecto se señala: “el Gobierno busca la creación de un estatuto normativo sólido y completo, que permita a nuestras policías y gendarmes protegernos, es decir, combatir eficazmente el delito y mantener el orden público, para el beneficio de todos los chilenos y chilenas” (p 10).

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley contiene ocho artículos permanentes, de los cuales siete disponen modificaciones a otros cuerpos legales.

El artículo 1° realiza una modificación al artículo 261 del Código Penal, eliminando la aplicabilidad de esa norma a los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y de Gendarmería de Chile, e incorpora un párrafo I bis A nuevo, en el Título VI del Libro II del Código Penal. Este nuevo párrafo en el Código Penal incluye ocho artículos nuevos, de los cuales siete introducen nuevos delitos que se agrupan bajo un nuevo párrafo (“I bis A. De los delitos cometidos en contra de miembros de Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile”), estableciendo nuevos tipos penales o calificando figuras base ya conocidas, como homicidio, lesiones y otros, todos aplicables cuando se cometen contra miembros de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile o Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones. Finalmente, se agrega también una circunstancia agravante especial para los delitos contemplados en dicho párrafo, en caso que la acción fuere cometida por personas cubriendo su rostro con la intención de ocultar su identidad o que actuaren en grupo, o en despoblado.

Artículo 1°.

Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Penal:

1) Suprímese en el artículo 261 la expresión: “; carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile”.

2) Incorpórase el siguiente párrafo I bis A nuevo, en el Título VI del Libro II del Código Penal:

“I bis A. De los delitos cometidos en contra de miembros de Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile.

Artículo 268 quinquies A.- El que matare a un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Artículo 268 quinquies B.- Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile y dichas conductas fueran realizadas en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

1° Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.

2° Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito consignado en el inciso primero del artículo 396.

3° Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396.

Artículo 268 quinquies C.- El que hiere, golpear o maltratare de obra a un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, será castigado:

1° Con presidio mayor en su grado medio a máximo, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

2° Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

3° Con presidio menor en grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves.

4° Con presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, si le ocasionare lesiones leves.

Artículo 268 quinquies D.- El que amenazare a un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, será castigado:

1° Con presidio menor en su grado máximo en los casos del número 1° del artículo 296.

2° Con presidio menor en su grado medio en los casos del número 2° del artículo 296.

3° Con presidio menor en sus grados mínimo a medio en los casos del número 3° del artículo 296.

4° Con reclusión menor en su grado medio en los casos del artículo 297.

Artículo 268 quinquies E.- Serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, quienes acometan o resistan con violencia, empleen fuerza o intimidación contra funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones.

Si las conductas señaladas en el inciso anterior se verificaren a mano armada en los términos del artículo 132, la pena privativa de libertad se aumentará en un grado.

Lo dispuesto en este artículo no tendrá aplicación cuando el hecho configure un delito que tenga asignada mayor pena.

Artículo 268 quinquies F.- El que causare daños en los bienes fiscales de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, o de alguno de sus miembros en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, será sancionado:

1º. Con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, si el monto del daño causado excede de cuarenta unidades tributarias mensuales;

2º Con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el monto del daño causado excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales, y;

3º Con la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si el importe no excediere de cuatro unidades tributarias mensuales ni bajare de una unidad tributaria mensual.

Si los daños se cometieran a través de incendio u otros medios estragosos, o a través de bombas molotov u otros artefactos explosivos o incendiarios, se aplicarán las penas previstas en el párrafo IX del Título Noveno del Libro II o en el artículo 14 D del decreto N° 400, de 1978, del Ministerio de Defensa Nacional, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°17.798, sobre control de armas, según corresponda.

Artículo 268 quinquies G.- El que públicamente o a través de cualquier medio apto para su difusión pública, de manera oral y/o escrita, incitare directamente a la violencia física en contra de un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, o en contra de un grupo de aquellos, en razón de su cargo, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Artículo 268 quinquies H.- Constituirá circunstancia agravante de los delitos señalados en este párrafo, con exclusión de aquellos contenidos en los artículos 268 quinquies D y G, cuando éstos fueren cometidos por sujetos cubriendo su rostro con la intención de ocultar su identidad o por sujetos que actuaren en grupo, o en despoblado”.

El artículo 2° dispone dos modificaciones al Código Procesal Penal, que incorporan la intervención del Fiscal o la Fiscal Regional para autorizar que el fiscal o la fiscal pueda archivar provisionalmente una causa o pueda ofrecer la suspensión condicional del procedimiento. En el caso del archivo provisional, se modifica el artículo 167 de modo que se deberá contar con dicha autorización tratándose de cualquier delito cometido en contra del personal o bienes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o de Gendarmería de Chile, siempre que hubieren ocurrido en razón del cargo de la víctima o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones. Por su parte, en la suspensión condicional del procedimiento, se dispone que el fiscal o la fiscal a cargo de la investigación deberá consultar al Fiscal o a la Fiscal Regional la posibilidad de ofrecer dicha salida alternativa en los delitos correspondientes a homicidio, castración, mutilación o lesiones graves y menos graves inferidas a miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, así como de Gendarmería de Chile, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones.

Artículo 2°. Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

1) Intercálase en el inciso segundo del artículo 167, entre las expresiones “pena aflictiva” y “, el fiscal deberá”, la frase: “o fuere cometido contra el personal de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública o de Gendarmería de Chile en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”.

2) Agrégase en el inciso sexto del artículo 237, entre las expresiones “contemplados en los artículos” y “361 a 366 bis”, la frase “268 quinquies A, 268 quinquies B, 268 quinquies C,”

El artículo 3° del presente proyecto de ley modifica la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, incorporando en el inciso segundo del artículo 1° de dicha ley los delitos de homicidio, castración, mutilación o lesiones graves inferidas a miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, así como de Gendarmería de Chile, tipificados en el nuevo párrafo I bis A que incorpora el presente proyecto al Código Penal, dentro del catálogo de figuras que no podrán beneficiarse de las penas sustitutivas que contempla dicho cuerpo legal ni la imposición de penas mixtas.

Artículo 3°.

Intercálase en el inciso segundo del artículo 1° de la ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, entre las frases “142, 150 A, 150 B,” y “361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal;” la expresión “268 quinquies A, 268 quinquies B, 268 quinquies C números 1 y 2”.

El artículo 4° modifica el inciso tercero del artículo 3° del Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, agregando al catálogo de delitos que exigen cumplir dos tercios de la pena para postular al beneficio de libertad condicional, los delitos de homicidio, castración, mutilación o lesiones graves contra un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, tipificados en el nuevo párrafo I bis A que incorpora el presente proyecto de ley al Código Penal.

Artículo 4°.

Modifícase el inciso tercero del artículo 3° del decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el siguiente sentido:

- 1) Intercálase entre la frase “y por los delitos contemplados en” y “el número 2° del artículo 365 bis” lo siguiente “los artículos 268 quinquies A, 268 quinquies B, 268 quinquies C números 1 y 2”.
- 2) Sustitúyase la frase “homicidio de miembros de las policías, de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile y de Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones,” por “homicidio de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile en ejercicio de sus funciones”.

Los artículos 5°, 6° y 7° derogan normas del Código de Justicia Militar, del Decreto Ley N° 2460, de 1979, de la Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones de Chile, y del Decreto Ley N° 2859, de 1979, que fija la Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, que se sustituyen por los tipos penales del nuevo párrafo I bis A que incorpora el presente proyecto de ley al Código Penal.

Artículo 5°. Derogáanse los artículos 410, 411, 412, 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar.

Artículo 6°. Derogáanse los artículos 17, 17 bis, 17 ter, 17 quáter y 23 bis del decreto ley N° 2460, de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile.

Artículo 7°. Derogáanse los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del decreto ley N° 2859, de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile.

El artículo 8° recoge aquellas causales eximentes de responsabilidad que se encontraban en los cuerpos legales citados en el párrafo anterior:

Artículo 8°.

Estará exento de responsabilidad penal el miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería de Chile que:

1° Hiciere uso de su arma en defensa propia o en la defensa inmediata de un tercero al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.

2° Hiciere uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

3° Hiciere uso de su arma de fuego en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho funcionario tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla.

Los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados. Sin perjuicio de lo anterior, se presumirá la necesidad racional cuando el miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería de Chile fuere agredido, comprometiendo su vida o gravemente su integridad física.

Finalmente, se dispone un artículo transitorio que hace aplicable el régimen legal previo a la publicación de la ley a las condenas y a las investigaciones vigentes.

Artículo transitorio. Esta ley sólo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia. En consecuencia, los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar; los artículos 17, 17 bis, 17 ter, 17 quáter del decreto ley N° 2460, de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile; los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del decreto ley N° 2859, de 1979, que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, continuarán vigentes para todos los efectos relativos a la persecución de los delitos contemplados en sus disposiciones y perpetrados con anterioridad a la publicación de esta ley, sin perjuicio de las normas relativas a la pena, en que regirá lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal. Asimismo, la tramitación de los respectivos procesos, la prueba y la apreciación de la misma, se regirán por las normas de dichos cuerpos legales.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS VINCULADOS A LOS CONTENIDOS DEL PROYECTO DE LEY.

Se presentan a continuación los principales estándares internacionales de derechos humanos referidos a las obligaciones internacionales generales del Estado y la regulación específica de normativa vinculada al uso de la fuerza:

3.1. Obligaciones internacionales generales del Estado en relación con la función policial

Las obligaciones generales de los estados en materia de derechos humanos, esto es, respetar y garantizar los derechos, se encuentran establecidas en el artículo I.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En consecuencia, los deberes jurídicos de respeto y garantía de los derechos humanos obligan a todos los órganos del Estado y, en general, a todas las instituciones a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público.

En relación con el ejercicio de la función policial, como señaló anteriormente el INDH en su informe sobre la regulación legal del uso de la fuerza pública¹, cabe considerar que el actuar de los funcionarios y funcionarias policiales es un ejercicio del poder público que puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado. Tal como ha señalado la Corte IDH, “es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial, aun si actúan fuera de los límites de su competencia”².

Por otra parte, el mantenimiento del orden público y la seguridad pública interior es un objetivo fundamental para el fortalecimiento del Estado de Derecho y para el pleno respeto y garantía de los derechos humanos. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

-
1. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Minuta sobre la regulación legal del uso de la fuerza pública, aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de abril de 2020 - Sesión Ordinaria N° 541.
 2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 108; y Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia del 31 de enero de 2006, párr. III.

La construcción de una política sobre seguridad ciudadana debe incorporar los estándares de derechos humanos como guía y a la vez como límite infranqueable para las intervenciones del Estado. Estos se encuentran constituidos por el marco jurídico emanado de los instrumentos que conforman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como por los pronunciamientos y la jurisprudencia de los organismos de contralor que integran los diferentes sistemas de protección. Los estándares establecen orientaciones generales, determinando mínimos de protección que deben ser necesariamente respetados por el Estado. La Comisión reitera que ha recordado a los Estados Miembros en varias oportunidades su obligación de garantizar la seguridad ciudadana y el Estado de Derecho dentro del pleno respeto de los derechos humanos. Es a partir de esta premisa que los Estados Miembros deben definir y llevar adelante las medidas necesarias para garantizar los derechos más vulnerables frente a contextos críticos de altos niveles de violencia y criminalidad, desde que la Comisión ya ha mencionado que “(...) la violencia y la delincuencia afectan gravemente la vigencia del Estado de Derecho (...)”³.

3.2. Estándares internacionales específicos sobre el uso de la fuerza

3.2.1. Regulación legal del uso de la fuerza

El uso de la fuerza por parte del Estado a través de sus fuerzas de orden y seguridad, ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en razón de la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida de las personas, reconocido en el artículo 4 de la CADH y artículo 6 del PIDCP. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”⁴. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado:

La Corte ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho

3. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (diciembre, 2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 50.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores⁵.

Concretamente, el deber de regular por ley el uso de la fuerza puede derivarse de la obligación de garantía de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP)⁶, a la integridad personal (artículo 5.1 CADH)⁷ y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP)⁸, específicamente, en cuanto dicha obligación comprende el deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP)⁹. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana IDH ha fallado¹⁰ que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

-
5. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.
 6. Artículo 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Artículo 6.1 PIDCP: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".
 7. Artículo 5.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".
 8. Artículo 5.2 CADH: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". Artículo 7 PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".
 9. Artículo 2 CADH: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Artículo 2.2 PIDCP: "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".
 10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 82.

3.2.2. Principios que deben regir el uso de la fuerza

Respecto de las fuentes del derecho internacional que se refieren al uso de la fuerza por parte de las policías, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

A nivel mundial, dos instrumentos principales de “derecho blando” establecen con cierto grado de detalle las condiciones en las que los agentes del orden pueden utilizar la fuerza y los requisitos de rendición de cuentas: el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [...] y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990 [...]. El Código viene acompañado de comentarios en los que se ofrece un análisis pormenorizado de sus artículos.

Estos dos instrumentos se han elaborado mediante un intenso diálogo entre funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y expertos en derechos humanos, y han sido aprobados por un gran número de Estados. Son ampliamente aceptados como expresiones autorizadas del derecho¹¹.

Los principios básicos de necesidad, legalidad y proporcionalidad están plasmados en dos documentos principales: los Principios Básicos sobre el uso de la fuerza de la ONU en 1990 y el Código de conducta de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.

A continuación, se examinan estos tres principios:

3.2.2.1. Legalidad

El uso de la fuerza debe estar regulado por un marco legal adecuado y debe tener un objetivo legítimo¹². En este sentido, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

11. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns. 25° periodo de sesiones, 1 de abril de 2014, A/HRC/26/36, párr. 43-44.

12. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú., *op. cit.*, párr. 265.

Una de las responsabilidades fundamentales del Estado es la de proteger la vida, y la violación de este derecho por los propios agentes estatales representa un incumplimiento particularmente grave de su deber; que suscita dudas en cuanto a que dichos agentes puedan evitar de manera eficaz que otros cometan violaciones. Por consiguiente, un primer paso para salvaguardar el derecho a la vida consiste en establecer un marco jurídico adecuado para el uso de la fuerza por la policía, en el cual se establezcan las condiciones que justifiquen el uso de la fuerza en nombre del Estado y se prevea un sistema de depuración de responsabilidades para los casos en que se traspasen esos límites¹³.

Del mismo modo, en su Informe Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público del año 2015, el INDH expresó que el principio de legalidad implica que es la ley, como garantía fundamental para la regulación del ejercicio de los derechos humanos, la que faculta de manera expresa y bajo determinados criterios objetivos y razonables a hacer uso de la fuerza¹⁴.

3.2.2.2. Necesidad

De conformidad con este principio, solo debe usarse la fuerza cuando sea estrictamente necesario¹⁵. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹⁶, en los siguientes términos: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Del mismo modo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley¹⁷ establecen:

-
13. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales*, op. cit., párr. 26.
 14. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, Chile
 15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit., párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú., op. cit., párr. 265.
 16. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.
 17. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

En consecuencia, el uso de la fuerza debe ser excepcional y utilizarse solo como último recurso. La Corte IDH ha sostenido este criterio haciendo presente que: “[...] es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso”¹⁸. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de “absoluta necesidad” para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, “inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura”¹⁹. Asimismo, la Corte Interamericana se ha referido expresamente al carácter excepcional del uso de la fuerza:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.

En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria²⁰.

18. Principios sobre el empleo de la fuerza, Principio N° 4.

19. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, op. cit., párr. 85.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, op. cit., párr. 67-68.

3.2.2.3. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consagra una regla general para toda acción que pueda resultar en la afectación de un derecho, en cuanto a que debe existir una adecuada relación entre dicha afectación y el objetivo legítimo buscado. Tratándose del uso de la fuerza, el principio de proporcionalidad exige que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido o, en otras palabras, que el empleo de la fuerza no puede producir un daño mayor al que se intentaba prevenir.

Al respecto, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establecen:

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

De conformidad con las reglas y estándares reseñados, el Estado debe prevenir la ocurrencia de excesos en el uso de la fuerza policial y, si estos se producen, investigar y sancionar a las personas culpables cuando corresponda. En este sentido, el INDH ha señalado que:

[...] todo acto de violencia o exceso en el uso de la fuerza por parte de Carabineros debe ser investigado en forma seria e imparcial para establecer las correspondientes responsabilidades administrativas y/o penales. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vinculan a la institución uniformada en el respeto y garantía de los derechos de todas las personas [...] ²¹.

21. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*. Santiago, Chile, p. 125.

A su vez, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha indicado, en relación con Chile:

El Comité observa con preocupación que siguen dándose denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado. En particular, al Comité le preocupa el excesivo uso de la fuerza en el marco de protestas ciudadanas, así como casos de tortura durante el traslado y detención de personas, incluidas denuncias de violencia sexual policial en contra de niñas y mujeres, en el contexto de protestas estudiantiles (art. 7).

El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para prevenir y eliminar la tortura y los malos tratos, entre otras cosas reforzando la formación en derechos humanos de las fuerzas del orden y de seguridad y revisando los protocolos de actuación del personal encargado de hacer cumplir la ley, a la luz de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, el Estado parte debe velar por que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente, que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia y que las víctimas reciban una reparación adecuada que incluya servicios de salud y de rehabilitación²².

Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha formulado las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

El Estado parte debe:

- a) Velar por que se lleven a cabo investigaciones prontas, imparciales y efectivas de todas las denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza por agentes de las fuerzas del orden y seguridad pública, asegurarse de que se enjuicie a los presuntos autores, y que, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se indemnice adecuadamente a las víctimas;
- b) Velar por que un organismo independiente investigue de manera pronta e imparcial todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos policiales, que no haya relación institucional o jerárquica entre los investigadores de ese órgano y los presuntos autores de los hechos;
- c) Redoblar sus esfuerzos por impartir capacitación de forma sistemática a todos los agentes del orden sobre el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones, teniendo

22. Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 13 de agosto de 2014, U.N.Doc. CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 19.

debidamente en cuenta los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;

d) Recopilar información detallada sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en los casos de uso excesivo de la fuerza y brutalidad policial²³.

3.3. Obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos

Las obligaciones de investigar, juzgar y sancionar las violaciones a los derechos humanos forman parte de la obligación general de garantía de los derechos humanos, consagrada en el artículo I.1. de la CADH, según ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Los Estados deben prevenir, investigar, y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención, y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y la reparación de los daños producidos²⁴.

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

[...] el deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares [...] La investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos. Asimismo, la debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para procurar el resultado que se persigue. De otro modo, la investigación no es efectiva en los términos de la Convención²⁵.

23. Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 28 de agosto de 2018, CAT/C/CHL/CO/6, párr. 23.

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1989 (Fondo), párr. 166.

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

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido los siguientes principios que deben regir la actividad investigativa del Estado y que se configuran como un estándar mínimo de debida diligencia en la investigación:

Oficiosidad: la investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes²⁶.

Oportunidad: la investigación debe iniciarse de manera inmediata²⁷, ser llevada a cabo en un plazo razonable²⁸ y ser propositiva, en el sentido de que la investigación debe impulsarse como un deber propio de las autoridades, sin hacer recaer esta carga en la actividad de la víctima o sus familiares²⁹.

Competencia: la investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados³⁰.

Independencia e imparcialidad de los órganos encargados de la investigación.

Exhaustividad: la investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables.

Participación: la investigación debe desarrollarse garantizando el respeto y participación de las víctimas y sus familiares.

Por otra parte, la Corte IDH se ha referido al derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos a un recurso efectivo y sustanciado conforme a las reglas del

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia., *op. cit.*, párr. 143; Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia., *op. cit.*, párr. 219 y 223; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 145; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Sentencia de 7 de junio de 2003 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costa), párr. 132; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 144.

27. “[E]l paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad- para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales” (Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Sentencia de 22 de septiembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 135).

28. “[U]na demora prolongada [...] constituye en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales” (Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia de 1 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 69).

29. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 143; Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 219 y 223; Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, *op. cit.*, párr. 145; Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, *op. cit.*, párr. 132.

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, párr. 179; Caso Baldeón García vs. Perú. Sentencia de 6 de abril de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 96; Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 177; y Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 224.

debido proceso, establecido en los artículos 8 y 25 de la CADH, que en términos amplios resguardan el derecho de acceso a la justicia, señalando que este comprende el derecho de las víctimas “a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido e investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los eventuales responsables”³¹.

Al respecto, cabe precisar que las obligaciones estatales que emanan del derecho de acceso a la justicia, del derecho a la integridad personal y de la prohibición de la tortura se ven reforzadas en los casos en que las víctimas de violaciones de derechos humanos son niños, niñas o adolescentes, a la luz del deber especial de protección consagrado en el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño³², el artículo 19 de la CADH y el artículo 24.I del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos PIDCP.

4. PRONUNCIAMIENTOS ANTERIORES DEL INDH EN LA MATERIA

En relación con las fuentes referidas en los párrafos anteriores, el INDH ha recomendado al Estado:

[...] adecuar su legislación nacional a fin de regular el uso de la fuerza, asegurando que los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego y el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se incorporen en la legislación. Es necesario que Chile, al igual que otros países como Argentina, México o Perú, regule por ley el uso de la fuerza y empleo armas de fuego por parte de organismos de seguridad del Estado³³.

En el mismo sentido, y en el contexto del rol que cumplen las policías de cautelar la seguridad democrática, el INDH ha recomendado también:

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 435; Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú. Sentencia de 22 de junio de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 237.

32. En este sentido, por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 407; y Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Sentencia de 14 de octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 139, entre otros.

33. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Programa de Derechos Humanos, op. cit.*, Santiago, Chile, p. 265.

[...] al Poder Ejecutivo, al Congreso y a las Fuerzas de Orden y Seguridad adoptar y promover una concepción de seguridad democrática con énfasis en la protección de las personas. Tanto la normativa como las políticas que se adopten no deben restringir ilegítimamente el ejercicio de derechos fundamentales³⁴.

Sobre la base de los instrumentos internacionales señalados y de los derechos reconocidos por los tratados generales de derechos humanos, el derecho internacional ha establecido una serie de límites al uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado, dentro de los cuales generalmente se destacan la legalidad, necesidad y proporcionalidad, como ha sostenido el INDH:

El INDH recuerda que el uso de la fuerza policial no solo debe ser legal o encomendado por autoridad competente, sino que también debe ser conducente para alcanzar un fin legítimo, estrictamente necesario y la alternativa menos lesiva para los derechos humanos³⁵.

5. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

El proyecto en discusión tiene dos materias centrales, por una parte, establece disposiciones para la creación de nuevos tipos penales y, por otra, el agravamiento de penas asociadas a ilícitos que afecten a miembros de las policías y Gendarmería. A continuación, se analizan algunas de las disposiciones que presentan particular relevancia en materia de derechos humanos.

5.1. Creación de nuevos tipos penales

Al respecto, es preciso considerar que las conductas propuestas ya se encuentran consideradas como delitos en la ley chilena (homicidios, lesiones, maltrato, amenazas a policías contemplados en los artículos 416, 416 bis y 416 ter, del Código de Justicia Militar), y se contempla una agravante de la responsabilidad penal si el sujeto la comete “en desprecio

34 Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). Informe Anual 2012, Situación de los Derechos Humanos en Chile. Santiago, Chile, p. 334.

35. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio exploratorio*, op. cit., p. 126.

o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones” (artículo 12 N° 13 del Código Penal). Ya existe el ilícito penal de “resistirse con violencia” o “emplear la fuerza o intimidación” (artículo 261 del Código Penal), sin que se produzca lesión a un funcionario o funcionaria.

Otro aspecto a destacar para analizar sus efectos, es que, además de que los ilícitos sean cometidos en contra de la policía o gendarmes, deben cometerse “en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”, lo que importa una aplicación de la figura calificada del delito en el caso de que la motivación del autor o autora haya sido realizarlo con la intención de afectar la función pública ejercida por las policías y gendarmería. En este sentido, la creación de un estatuto especial de protección, que implica un trato diferenciado para autores y autoras de estos delitos, solo se justifica por la afectación a un bien jurídico adicional al bien jurídico individual afectado por estas figuras, cual es el ejercicio de la función pública. Se debe descartar entonces la aplicación de estas figuras por la mera pertenencia de la víctima a un cierto grupo con un estatus determinado.

Esta propuesta de nuevos tipos penales y la necesidad de protección especial que indican en los fundamentos del proyecto de ley, importan abordar el contexto social a partir del cual se presentan. En este sentido, el desarrollo de múltiples manifestaciones públicas a partir de la crisis social iniciada en octubre de 2019, requiere resaltar la importancia de la protesta social como una forma colectiva de ejercer la libre expresión.

Al respecto, en el Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de 2002 se consigna que: “En muchos países del hemisferio, la protesta y movilización social se ha constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”³⁶.

No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*³⁷. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha señalado que la apelación al mantenimiento del orden público no puede servir como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real³⁸.

36. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (marzo, 2003). *Informe Anual 2002 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, párr. 29.

37. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (febrero, 2006). *Informe Anual 2005 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, cap. V, párr. 91; y CIDH. (2006). *Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, párr. 60.

38. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Anual 2005*, *op. cit.*, párr. 92.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recomendó al Estado de Chile, tras su visita *in loco* realizada en enero de 2020, entre otras cosas:

12. Abstenerse de detener o procesar, penal o disciplinariamente, a manifestantes, defensores de derechos humanos, dirigentes sociales y estudiantiles por el ejercicio de la libertad de expresión en un contexto de protesta social,

15. Abstenerse de aplicar la legislación antiterrorista y la Ley de Seguridad del Estado a los actos que no tienen ese carácter, a fin de no restringir los derechos y libertades de la población, en particular los de las demandas de los pueblos indígenas; asimismo, tener en cuenta los estándares interamericanos en la adopción de nuevas legislaciones;

16. La aprobación de nuevas figuras penales que puedan afectar los derechos vinculados a la protesta social, deben estar formulados sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, de modo tal que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos sancionables.

En el mismo comunicado la CIDH, habiendo tomado testimonio de funcionarios de Carabineros, hizo “un llamado especial al Estado para investigar y sancionar los actos de violencia cometidos por personas en el marco de las protestas en contra de carabineros y terceros como los particulares, anteriormente mencionados”. En esta consideración, no se señaló el desarrollo de un estatuto especial de protección, o una modificación a los delitos que ya tipifican estas conductas.

Sobre la pertenencia institucional como elemento de los tipos penales propuestos

Los delitos incorporados por este proyecto de ley indican determinadas conductas contra miembros de Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile, como: “el que matare”, “el que hiriere, golpeare o maltratare de obra”, “el que amenazare”, “quienes acometen o resisten con violencia, empleen fuerza o intimidación”, “el que causare daño en los bienes fiscales” de estas instituciones o “de alguno de sus miembros”. Todas estas conductas, para configurar el tipo penal, deben realizarse según dispone el proyecto de ley, “en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”.

Esta última consideración configura un elemento subjetivo de los tipos penales propuestos: que las conductas descritas se realicen no solo en contra de miembros de las instituciones señaladas en el ejercicio de sus funciones, como establece la actual legislación, sino que también contempla la posibilidad de que las conductas sean cometidas “en razón de su cargo”, agregando con ello la eventualidad de utilizar estos tipos penales en consideración a una circunstancia de carácter personal.

Esta propuesta normativa puede ampliar la aplicación de estos delitos a situaciones ajenas a la función pública que ejercen integrantes de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Gendarmería de Chile, y que justifican su protección especial. En consecuencia, establece un trato diferenciado de protección sobre determinadas personas en virtud de su pertenencia a una institución.

De esta manera, sobre la tipificación penal, la Corte IDH ha indicado que:

[...] la elaboración de tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. Es necesario que el ámbito de aplicación de cada uno de los tipos esté delimitado de la manera más clara y precisa que sea posible, en forma expresa, precisa, taxativa y previa³⁹.

Al respecto, el año 2013 el INDH en su minuta del Mensaje presidencial 09-361 indicó sobre la creación de nuevos tipos penales para reforzar la protección de las Fuerzas de Orden y Seguridad que:

[...] tan sólo resulta legítimo en un Estado de Derecho hacer distinciones que se basen en la aplicación del principio de igualdad y por ende se orienten a corregir una situación de hecho en que exista una diferencia que se estime necesaria de ser compensada en base a criterios de razonabilidad y que cumplan además con el principio de proporcionalidad⁴⁰.

39. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C N°. 279, párrafo 162.

40. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 02 de diciembre de 2013 – Sesión Ordinaria N° 186, p. 16.

Señalando además que.

[...] toda discusión en esta materia debiera partir de la base que en el sistema penal chileno la protección penal de agentes del Estado que cumplen funciones de policía ya está reforzada, cuestión que el propio Mensaje del proyecto reconoce. Esta protección adicional se expresa en la existencia de delitos especiales y agravamiento de penas cuando ellos son sujeto pasivo de un delito.

Cabe señalar que la Ley N° 20.064, publicada el 29 de septiembre del año 2005, aumentó las penas para quienes maltraten de obra o cometan lesiones en contra de Carabineros y Policías de la PDI, con lo que quedó reforzada su protección penal en el ordenamiento jurídico nacional y en consecuencia resulta innecesario volver a legislar sobre la materia.

5.2. Delito de incitación directa a la violencia física (artículo 268 quinquies G)

El tipo penal propuesto contempla los siguientes elementos: la incitación (i) debe ser pública, (ii) debe ser directa, (iii) debe inducir a la violencia física, (iv) en contra de un miembro o grupo de funcionarios/as de las policías o Gendarmería, (v) en razón de su cargo.

Antes de entrar en el análisis de la adecuación de la norma a los estándares internacionales de derechos humanos, cabe destacar que el delito que se crea al sancionar la “incitación” a la violencia puede generar una superposición de responsabilidades en relación con lo dispuesto en el artículo 15 N° 2 del Código Penal, que considera autores o autoras a quienes “fuerzan o inducen directamente a otro” a ejecutar un hecho constitutivo de delito, pues esta norma ya establece la responsabilidad como autor o autora de quien incita a otro a cometer un delito. De este modo, el nuevo tipo penal cobraría particular relevancia cuando el hecho al que se incita no se materializa (pues de lo contrario, el incitador o incitadora responde como autor o autora de conformidad con el citado artículo 15 N° 2). En este sentido, si la norma busca sancionar el hecho de incitar directamente a la violencia física sin que esa incitación se materialice en un hecho de violencia, la norma resultaría contraria a los principios generales del derecho penal, en particular, el principio de lesividad, que limita la intervención del derecho penal a la protección de bienes jurídicos fundamentales, y el carácter de *última ratio* de la sanción penal, que exige que la pena sea empleada solo cuando no resultan apropiados otros recursos disponibles en el ordenamiento jurídico. Al respecto, en este caso, no se observa un bien jurídico determinado que resulte protegido al sancionar a quien incita a una violencia que no se materializa en un hecho constitutivo de delito.

Ahora bien, en cuanto a la adecuación de la norma a los estándares internacionales, cabe recordar que la CIDH ha señalado que “bajo el artículo 13 de la Convención Americana los discursos sobre asuntos de interés público tienen una protección reforzada, en especial aquellos que expresan elementos esenciales de la identidad o denuncian situaciones de violencia y discriminación estructural”⁴¹, agregando que,

[...] los discursos que incitan a la violencia contra cualquier persona o funcionarios del Estado no son objeto de protección por parte de la libertad de expresión; no obstante, las expresiones artísticas o de protesta deben ser analizadas en su contexto y requieren que el discurso en cuestión sea un llamado verosímil, real e inminente a producir hechos de violencia⁴².

La norma en comento se aplicaría específicamente a expresiones referidas a un asunto de interés público fundamental, como es el ejercicio de la función policial, las que cuentan con una protección reforzada en el sentido señalado por la CIDH, sin embargo, no contempla elementos relacionados con la verosimilitud de la incitación a la violencia ni con la inminencia de generar el efecto de que dicha violencia se materialice, lo que implica su inadecuación con los estándares internacionales.

Por último, cabe notar la ausencia de elementos subjetivos en el tipo, lo que podría generar situaciones problemáticas en casos de discursos públicos en que el emisor comunica un mensaje sin intención de incitar a la violencia, pero la audiencia lo malentiende como una incitación a la violencia, lo cual quedaría comprendido dentro de los casos sancionados por la norma.

5.3. Eximentes de responsabilidad

El artículo 8 introduce tres eximentes de responsabilidad aplicables al funcionario o funcionaria de Carabineros, PDI y Gendarmería que:

41. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comunicado de prensa R152/20: “La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión expresa preocupación por investigación criminal iniciada en Chile contra integrantes de LasTesis”.

Disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1178&IID=2>> [Consulta: 18 de diciembre de 2020].

42. *Id.*

1° Hiciere uso de su arma en defensa propia o en la defensa inmediata de un tercero al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.

2° Hiciere uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

3° Hiciere uso de su arma de fuego en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho funcionario tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla.

La norma presenta problemas importantes de adecuación a los principios que, de conformidad con el Derecho Internacional, deben regir el uso de la fuerza por parte del Estado.

En primer lugar, en cuanto al principio de legalidad resulta particularmente problemática la introducción de esta norma en un contexto en que el Estado, hasta la fecha, no cuenta con una regulación legal del uso de la fuerza policial, lo que en los hechos configura un incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía (artículo 1.1. CADH y 2.1 PIDCP) de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP), a la integridad personal (artículo 5.1 CADH) y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP), y en particular, del deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP).

La exigencia de regulación legal del uso de la fuerza se funda en la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida, a la integridad personal y a no ser sometido a torturas. Dicha regulación, en consecuencia, debe estar orientada a establecer integral y concretamente las condiciones que justifican el uso de la fuerza. En el contexto actual de ausencia de dicha normativa, el establecimiento de circunstancias que eximen de responsabilidad a funcionarios y funcionarias policiales por determinados usos de armas de fuego, genera una contradicción con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos de las personas, pues las obligaciones internacionales que emanan de los diversos tratados internacionales adoptados por el Estado son complementarias e interdependientes, de modo que, al observar su cumplimiento, el Estado debe adoptar las medidas que sean idóneas para dar cumplimiento cabal a todas sus obligaciones internacionales, sin que sea permitido excusar el incumplimiento de algunas en el cumplimiento de otras. En este sentido, el objetivo de protección de funcionarios y funcionarias policiales no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones referidas a la protección de las personas frente al uso de la fuerza pública.

En segundo lugar, las eximentes contempladas en los numerales 2° y 3° de la norma en comento resulta inadecuada en relación con el principio de necesidad, conforme al cual solo puede usarse la fuerza cuando ello resulte estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus funciones, prefiriéndose, en la medida de lo posible, el uso de medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza e, incluso cuando las circunstancias permiten dicho uso, el empleo de armas de fuego solo resulta procedente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de manera alguna el logro del resultado buscado. Por último, las dos eximentes referidas en párrafo anterior contradicen el principio de proporcionalidad que exige que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido o, en otras palabras, que el empleo de la fuerza no puede producir un daño mayor al que se intentaba prevenir. En este sentido, no se observa necesariamente una relación razonable de proporcionalidad entre el uso de armas de fuego y las acciones de huir o desobedecer una orden de detenerse, cuando aquellas acciones no involucran algún grado de agresión activa hacia el funcionario o funcionaria policial, y especialmente cuando no se consideran otras circunstancias relevantes del contexto en que se produce, por ejemplo, una detención, o un funcionario o funcionaria policial ordena detenerse a una persona.

Por otra parte, el inciso final del artículo 8 agrega:

Los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados. Sin perjuicio de lo anterior, se presumirá la necesidad racional cuando el miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería de Chile fuere agredido, comprometiendo su vida o gravemente su integridad física.

Esta presunción invierte la carga de la prueba y podría permitir interpretaciones amplias que den lugar a usos de la fuerza no autorizados por el Derecho Internacional, además de contradecir el deber de investigación y sanción adecuada de violaciones a los derechos humanos. En este sentido, por ejemplo, la presunción no contempla que la agresión que la funda haya provenido de la persona contra la cual se usaron las armas. Asimismo, la introducción de esta presunción generaría una especie de eximente reforzada de legítima defensa respecto de funcionarios y funcionarias policiales, que al invertir la carga de la prueba en su favor, podría excluir del proceso penal el examen de la racionalidad del uso

de armas de fuego en un caso concreto, generando con ello el incumplimiento de las obligaciones internacionales de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de derechos humanos y comprometiendo, de ese modo, la responsabilidad internacional del Estado.

Finalmente, la norma transitoria dispone que la normativa solo se aplicará a los hechos delictivos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, con lo cual se respeta el principio de no retroactividad de la ley penal. Sin embargo, las eximentes sí podrían tener impacto procesal, ya que configurarían ley penal más favorable al funcionario o funcionaria investigados penalmente.

Ejemplos de otras legislaciones sobre eximentes de responsabilidad

Recientemente en la región, en Perú, se publicó el 28 de marzo de 2020 la Ley N° 31012, Ley de Protección Policial, que tiene por objeto otorgar protección legal al personal de la Policía Nacional del Perú que, en ejercicio regular de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria causando lesiones o muerte, y brindar el servicio de asesoría y defensa legal gratuita al personal policial que afronta una investigación fiscal o un proceso penal o civil derivado del cumplimiento de la función policial señaladas en el Decreto Legislativo N° 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, y Decreto Legislativo N° 1186, Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú.

Esta Ley N° 31.012 incorpora el artículo 292 A al Código Procesal Penal Peruano, indicando que:

[se] impondrán las restricciones previstas en el artículo 288 a la Policía Nacional del Perú que, en cumplimiento de su función constitucional, hace uso de sus armas o medios de defensa en forma reglamentaria y causen lesión o muerte, quedando prohibido dictar mandato de Detención Preliminar Judicial y Prisión Preventiva.

A través de su artículo 5 modifica el numeral II del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal Peruano, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

[..]

II. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el

cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

Al respecto, el Representante en América del Sur de la Oficina de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Jan Jarab, alertó a través de un comunicado de 1 de abril de 2020 que el Estado de Perú debía “revisar su nueva ley para la protección de la policía nacional, por cuanto abre espacios para la impunidad”. Asimismo, indicó la preocupación,

[...] que por medio de la nueva norma se deroga el principio de proporcionalidad, que impide que las y los funcionarios policiales actúen de forma excesiva o arbitraria; como también que se siga legitimando la exención de responsabilidad penal a las y los funcionarios policiales que hagan uso de la fuerza⁴³.

Por otra parte, en el caso colombiano el artículo 32 de la Ley N° 599 del 2000 – Código Penal Colombiano, estipula las situaciones que eximen de responsabilidad penal a una persona que ha cometido un hecho punible. De este se destaca la “ausencia de responsabilidad”, cuando: 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal; 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura; y 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

Estos eximentes de responsabilidad penal son aplicados tanto en la Justicia Ordinaria como en la Justicia Penal Militar y Policial.

43. Comunicado disponible en: <https://acnudh.org/peru-nueva-ley-de-proteccion-policial-abre-espacios-de-impunidad-alerta-onu-derechos-humanos/>

6. RECOMENDACIONES

Sobre la base de lo expuesto, el INDH considera pertinente formular las siguientes recomendaciones en relación con el proyecto de ley analizado:

6.1. Respeto de la creación de nuevos tipos penales

Revisar, desde los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la propuesta de nuevos tipos penales y aumentos de penas en la materia, a efectos de que los cambios legales delimiten con claridad y precisión la aplicación de las mismas.

Asimismo, se recomienda revisar los efectos de este proyecto de ley en el ejercicio del derecho de libre expresión. Toda vez que la utilización del derecho penal no importe una obstaculización al goce y ejercicio de este.

6.2. Respeto del delito de incitación directa a la violencia

Revisar la propuesta legislativa que crea el delito de incitación directa a la violencia física a la luz de los principios de lesividad y de *última ratio* del derecho penal y de las obligaciones del Estado referidas a la libertad de expresión, así como desde el punto de vista de su coherencia interna con el ordenamiento jurídico penal, incluyendo un análisis concreto de las conductas que quedarían comprendidas en el delito.

6.3. Respeto de las eximentes de responsabilidad

Revisar la propuesta legislativa a la luz de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza, y realizar las adecuaciones necesarias para asegurar la compatibilidad de la norma a dichos principios y a las obligaciones internacionales del Estado en esta materia.

Informe sobre el proyecto de ley que establece principios y normas generales, en el marco del pleno respeto a los derechos humanos, a que deben ceñirse los protocolos sobre uso de la fuerza y armas disuasivas por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública (Boletín N° 14033-17)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 30 de agosto de 2021 - Sesión Ordinaria N° 626.

I. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El proyecto de ley Boletín N° 14033-17 es una moción parlamentaria¹ que se encuentra a la fecha de este informe en su primer trámite constitucional, presentado el 21 de enero de 2021 ante la Cámara de Diputados y Diputadas, ingresando a ser revisado en su primer trámite reglamentario por la Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios.

La moción tiene por objeto establecer los principios y normas generales que orientan los lineamientos o protocolos de aplicación del uso de la fuerza y armas menos letales por parte de las fuerzas de orden y seguridad pública. Se compone de cinco capítulos.

En su Capítulo I el proyecto de ley establece el objeto señalado en el artículo 1 y la definición de “uso de la fuerza” y “armas menos letales”. Continúa en su artículo 3 Capítulo II con principios orientadores, tales como: legalidad, necesidad, proporcionalidad, gradualidad, responsabilidad, deber de advertencia, deber de evitar daño colateral y no discriminación. En su artículo 4 consagra el deber de respeto a los derechos humanos, la perspectiva de género y la protección de niños, niñas y adolescentes.

En el Capítulo III establece en su artículo 5 que se dictará en un solo reglamentos los protocolos que de conformidad a esta ley regulen el uso de la fuerza y armas menos letales por parte de las fuerzas de orden y seguridad pública. En su artículo 6° establece para la

1. Presentado por los diputados y diputadas Jorge Brito, Miguel Crispi, Giorgio Jackson, Maite Orsini y Catalina Pérez.

elaboración de los mismos, la necesidad de consultar la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos, de la Defensoría de la Niñez y de representantes de organizaciones de la sociedad civil dedicadas a la promoción y/o protección de derechos humanos. En los artículos 7 y 8 se establecen mínimos para los niveles de conductas y comportamientos asumidos por ciudadanos y ciudadanas, que determinan el uso diferenciado y proporcionado de la fuerza y armas menos letales, tipos de fuerza, armas menos letales y su graduación.

El Capítulo IV dispone el uso de la fuerza y armas menos letales en el marco de manifestaciones públicas, señalando en su artículo 9 la regulación necesaria para la utilización restrictiva de elementos químicos en cualquiera de sus formas. En el artículo 10 refiere la necesidad de que la regulación del uso de la fuerza establezca la diferencia entre manifestantes: personas pacíficas y violentas. El artículo 11 dispone la prohibición de ejecutar detenciones masivas o indiscriminadas.

El Capítulo V, de disposiciones finales, establece la evaluación de las acciones de uso de la fuerza y de armas menos letales; la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio del uso de la fuerza y de armas menos letales; la revisión de las Comisiones de Derechos Humanos del Senado y de la Cámara de Diputados a través de informes del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y las fuerzas de orden; y finalmente, el deber de control legal de los protocolos que recaen en la Contraloría General de la República.

2. ANTECEDENTES RELEVANTES PARA EL ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY

Hasta el 27 de julio de 2021, el INDH ha presentado un total de 3.016 querellas por hechos de violencia de agentes del Estado ejercidos en el contexto de la crisis social, entre el 17 de octubre de 2019 y el 18 de marzo de 2020.

En el reporte de acciones judiciales de 28 de julio de 2021, el INDH registra los delitos consignados en las querellas presentadas tales como: Apremios ilegítimos, Apremios ilegítimos con homicidio, Apremios ilegítimos con resultado de lesiones graves gravísimas, Homicidio frustrado, Homicidio, Homicidio calificado con tortura, Tortura, Violencia innecesaria, Violencia innecesaria con resultado de lesiones graves, Lesiones graves gravísimas, Lesiones graves, Abusos contra particulares, Disparos injustificados, Lesiones leves, Lesiones menos

graves, Violencia innecesaria con resultado de muerte, faltas al Código Penal e infracciones al Código de Justicia Militar.

Asimismo, el INDH realiza una caracterización de las víctimas para aproximarse a las consecuencias de los hechos vulneratorios que sufrieron, consignando en la tabla n° 8 del mencionado reporte el número de víctimas (3.462) según tipo de consecuencia, de las cuales 3.107 tuvo consecuencias físicas, 120 con trauma ocular y 38 con pérdida de visión irreversible.

Según el tipo de institución identificada por la víctima como responsable de los hechos vulneratorios ejercidos en su contra, el INDH ha presentado 5 querellas por hechos que involucran a la Armada, 2.859 a Carabineros de Chile, 122 al Ejército, 30 a Gendarmería, 49 a la Policía de Investigaciones de Chile, y 3 por falta de atención en Hospitales.

3. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

3.1. Precisión conceptual

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

3.1.1. Tratados internacionales

En Chile estos instrumentos pasan por un proceso de aprobación interna previo a la ratificación y son vinculantes según dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados². El hecho de ratificar un tratado sobre derechos humanos genera para el Estado dos obligaciones principales, la de respetarlos y la de garantizarlos. La obligación de respetar consiste en que los poderes del Estado o sus agentes se abstengan

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

de interferir en el ejercicio de los derechos y que, por lo tanto, no los vulneren. En palabras de la Corte Interamericana, esto es reflejo de que,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal³.

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

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁴.

3.1.2. Jurisprudencia internacional

Las decisiones de los tribunales internacionales constituyen una fuente auxiliar del Derecho Internacional, de conformidad con el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que le asigna a la jurisprudencia la función de “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”, sin perjuicio del efecto relativo de las sentencias dictadas por los tribunales internacionales. Asimismo, en el Derecho Internacional, la jurisprudencia sirve de medio de prueba de la costumbre internacional y de los principios generales del Derecho.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. (mayo, 1986). *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC- 6/86. Serie A No. 6, párr. 21

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. párr. 166

3.1.3. Declaraciones

No son instrumentos vinculantes para los Estados, sin perjuicio de lo cual las disposiciones contenidas en declaraciones pueden adquirir el carácter de normas de derecho internacional consuetudinario, cuando son ampliamente aplicadas por los estados y reconocidas como obligatorias.

3.1.4. Observaciones y Recomendaciones Generales

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

[...] abarcan una amplia gama de temas, desde la interpretación general de las disposiciones sustantivas, como el derecho a la vida o el derecho a una alimentación adecuada, hasta una orientación general sobre la información que debería suministrarse en los informes de los Estados en relación con artículos concretos de los tratados. En las observaciones generales se han tratado también cuestiones intersectoriales más amplias, como la función de las instituciones nacionales de derechos humanos, los derechos de las personas con discapacidad, la violencia contra la mujer y los derechos de las minorías⁵.

De esta forma, las recomendaciones incluidas en este informe están pensadas para complementar el sentido y alcance de los instrumentos internacionales, quedando la interpretación, con alcance general y vinculante, para los estados.

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

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

5. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (agosto, 2012). *El sistema de tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Folleto informativo N° 30, p. 40. Disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet30Rev1_sp.pdf

3.2. Obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos

Las obligaciones generales de los estados en materia de derechos humanos, esto es, respetar y garantizar los derechos, se encuentran establecidas en el artículo I.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH):

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De modo similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establece:

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha referido al contenido y alcance de la obligación de garantía en los siguientes términos:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia

de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos⁶.

En consecuencia, los deberes jurídicos de respeto y garantía de los derechos humanos obligan a todos los órganos del Estado y, en general, a todas las instituciones a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público.

3.3. Estándares internacionales referidos al uso de la fuerza

El uso de la fuerza por parte del Estado, a través de sus fuerzas de orden y seguridad, ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, en razón de la necesidad de conciliar su uso legítimo con el derecho a la vida de las personas, reconocido en el artículo 4 de la CADH y artículo 6 del PIDCP. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”⁷. En tal sentido, la Corte IDH ha señalado:

La Corte ha reconocido que los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores⁸.

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

7. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

8. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.

3.3.1. Principios que deben regir el uso de la fuerza

Respecto de las fuentes del derecho internacional que se refieren al uso de la fuerza por parte de las policías, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

A nivel mundial, dos instrumentos principales de “derecho blando” establecen con cierto grado de detalle las condiciones en las que los agentes del orden pueden utilizar la fuerza y los requisitos de rendición de cuentas: el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley [...] y los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de 1990 [...]. El Código viene acompañado de comentarios en los que se ofrece un análisis pormenorizado de sus artículos.

Estos dos instrumentos se han elaborado mediante un intenso diálogo entre funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y expertos en derechos humanos, y han sido aprobados por un gran número de Estados. Son ampliamente aceptados como expresiones autorizadas del derecho⁹.

Sobre la base de los instrumentos internacionales señalados y de los derechos reconocidos por los tratados generales de derechos humanos, el derecho internacional ha establecido una serie de límites al uso de la fuerza por parte de agentes del Estado, dentro de los cuales generalmente se destacan la legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad. A continuación se examinan estos cuatro principios:

3.2.1.1. Legalidad

El uso de la fuerza debe estar regulado por un marco legal adecuado y debe tener un objetivo legítimo¹⁰.

Dado que el ejercicio legítimo de la fuerza pública con el objeto de garantizar la seguridad y mantener el orden público implica la afectación de los derechos de las personas sujetas

9. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (abril, 2014). *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns. 25° periodo de sesiones, A/HRC/26/36, párr. 43-44.

10. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, *op. cit.*, párr. 265.

a dicho uso de la fuerza, su regulación legal resulta necesaria para asegurar un ejercicio compatible con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Concretamente, el deber de regular por ley el uso de la fuerza puede derivarse de la obligación de garantía de los derechos a la vida (artículos 4.1 CADH y 6.1 PIDCP)¹¹, a la integridad personal (artículo 5.1 CADH)¹², y a no ser sometido a torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículos 5.2 CADH y 7 PIDCP)¹³, específicamente, en cuanto dicha obligación comprende el deber de adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos convencionalmente reconocidos (artículos 2 CADH y 2.2 PIDCP)¹⁴. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte IDH ha fallado que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado¹⁵.

Asimismo, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha señalado:

Una de las responsabilidades fundamentales del Estado es la de proteger la vida, y la violación de este derecho por los propios agentes estatales representa un incumplimiento particularmente grave de su deber, que suscita dudas en cuanto a que dichos agentes puedan evitar de manera eficaz que otros cometan violaciones. Por consiguiente, un

11. Artículo 4.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente".

Artículo 6.1 PIDCP: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente".

12. Artículo 5.1 CADH: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral".

13. Artículo 5.2 CADH: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

Artículo 7 PIDCP: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

14. Artículo 2 CADH: "Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Artículo 2.2 PIDCP: "2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

15. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 82.

primer paso para salvaguardar el derecho a la vida consiste en establecer un marco jurídico adecuado para el uso de la fuerza por la policía, en el cual se establezcan las condiciones que justifiquen el uso de la fuerza en nombre del Estado y se prevea un sistema de depuración de responsabilidades para los casos en que se traspasen esos límites¹⁶.

El INDH insiste en que la definición que realizan los protocolos sobre el principio de legalidad –“[e]l uso de la fuerza debe estar suficientemente fundado en la legislación nacional además de efectuarse en el cumplimiento del deber y empleando métodos (procedimientos) y medios (disuasivos o defensivos) que hayan sido previamente autorizados por Carabineros”–, debe ser profundizada a la luz de lo planteado en varios de los informes del Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público, de las recomendaciones del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación¹⁷ y de la CIDH¹⁸. Como se ha señalado, los mentados instrumentos indican la necesidad de fundamentar en la legislación nacional la facultad de las Fuerzas de Orden para el uso de la fuerza, así como respecto de la utilización de métodos (procedimientos) y medios (disuasivos o defensivos). El INDH reitera la necesidad de avanzar hacia una ley que contenga disposiciones concretas sobre la utilización de métodos (procedimientos) y medios (disuasivos o defensivos) por parte de las fuerzas del orden y seguridad. Precisamente, respecto al principio de legalidad, la CIDH ha insistido en la obligación de los estados de “sancionar normas con jerarquía de ley, y en cumplimiento de las normas internacionales en la materia”¹⁹ destinadas a regular la actuación de los agentes del orden en el cumplimiento de sus funciones. Por su parte, la Corte IDH, al referirse al principio de legalidad, ha señalado que al emplearse la fuerza “debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación”²⁰.

16. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (abril, 2014). *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales*, op. cit., párr. 26.

17. Naciones Unidas, Asamblea General. (octubre, 2016). *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación sobre su misión a Chile*. A/HRC/32/36/Add.1, párr. 19. Disponible en undocs.org/es/A/HRC/32/36/Add.1

18. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe Anual 2015*, capítulo IV A, párr. 7; Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (diciembre, 2009). *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>

19. Comisión Interamericana de Derechos Humanos Informe sobre seguridad ciudadana, op. cit., párr. 97.

20. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y Otros vs. Perú, op. cit., párr. 265.

3.2.1.2. Necesidad

De conformidad con este principio, se hará uso de la fuerza solo cuando sea estrictamente necesario²¹. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley²² en los siguientes términos: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.

Del mismo modo, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley²³ establecen:

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

En consecuencia, el uso de la fuerza debe ser excepcional y utilizarse solo como último recurso. La Corte IDH ha sostenido este criterio, haciendo presente que:

[...] es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso²⁴. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de ‘absoluta necesidad’ para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, ‘inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura’²⁵.

21. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 85; y Caso Cruz Sánchez y otros vs. Perú, *op. cit.*, párr. 265.

22. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

23. Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

24. Principios sobre el empleo de la fuerza, Principio N° 4.

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, *op. cit.*, párr. 85.

Asimismo, la Corte se ha referido expresamente al carácter excepcional del uso de la fuerza:

El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control.

En un mayor grado de excepcionalidad se ubica el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas, el cual debe estar prohibido como regla general. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler. Cuando se usa fuerza excesiva toda privación de la vida resultante es arbitraria²⁶.

3.2.1.3. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad consagra una regla general para toda acción que pueda resultar en la afectación de un derecho, en cuanto a que debe existir una adecuada relación entre dicha afectación y el objetivo legítimo buscado. Tratándose del uso de la fuerza, el principio de proporcionalidad exige que el nivel de fuerza utilizado sea acorde con el nivel de resistencia ofrecido o, en otras palabras, que el empleo de la fuerza no puede producir un daño mayor al que se intentaba prevenir.

Al respecto, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley establecen:

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su

26. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, *op. cit.*, párr. 67-68.

autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

De conformidad con las reglas y estándares reseñados, el Estado debe prevenir la ocurrencia de excesos en el uso de la fuerza policial y, si estos se producen, investigar y sancionar a las personas culpables cuando corresponda. En este sentido, el INDH ha señalado:

[...] todo acto de violencia o exceso en el uso de la fuerza por parte de Carabineros debe ser investigado en forma seria e imparcial para establecer las correspondientes responsabilidades administrativas y/o penales. Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos vinculan a la institución uniformada en el respeto y garantía de los derechos de todas las personas [...]²⁷.

Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado, en relación con Chile:

El Comité observa con preocupación que siguen dándose denuncias de torturas y malos tratos por parte de funcionarios del Estado. En particular, al Comité le preocupa el excesivo uso de la fuerza en el marco de protestas ciudadanas, así como casos de tortura durante el traslado y detención de personas, incluidas denuncias de violencia sexual policial en contra de niñas y mujeres, en el contexto de protestas estudiantiles (art. 7).

El Estado parte debe redoblar sus esfuerzos para prevenir y eliminar la tortura y los malos tratos, entre otras cosas reforzando la formación en derechos humanos de las fuerzas del orden y de seguridad y revisando los protocolos de actuación del personal encargado de hacer cumplir la ley, a la luz de los estándares internacionales en la materia. Asimismo, el Estado parte debe velar por que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente, que los responsables de esos actos comparezcan ante la justicia y que las víctimas reciban una reparación adecuada que incluya servicios de salud y de rehabilitación²⁸.

27. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Estudio Exploratorio. Estado de Chile y Pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*, Santiago, Chile, p. 125.

28. Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. (agosto, 2014). *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile*. U.N.Doc. CCPR/C/CHL/CO/6, párr. 19.

Por su parte, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas ha formulado las siguientes recomendaciones al Estado de Chile:

El Estado parte debe:

- a) Velar por que se lleven a cabo investigaciones prontas, imparciales y efectivas de todas las denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza por agentes de las fuerzas del orden y seguridad pública, asegurarse de que se enjuicie a los presuntos autores, y que, de ser declarados culpables, se les impongan penas acordes con la gravedad de sus actos y se indemnice adecuadamente a las víctimas;
- b) Velar por que un organismo independiente investigue de manera pronta e imparcial todas las denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos policiales, que no haya relación institucional o jerárquica entre los investigadores de ese órgano y los presuntos autores de los hechos;
- c) Redoblar sus esfuerzos por impartir capacitación de forma sistemática a todos los agentes del orden sobre el uso de la fuerza en el contexto de manifestaciones, teniendo debidamente en cuenta los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley;
- d) Recopilar información detallada sobre el número de denuncias, investigaciones, enjuiciamientos, condenas y penas impuestas en los casos de uso excesivo de la fuerza y brutalidad policial²⁹.

3.2.1.4. Responsabilidad y precaución

De acuerdo con la Guía de Naciones Unidas sobre armas menos letales en el cumplimiento de la ley, cuando se produce una lesión, los agentes encargados de cumplir la ley deberían generar un informe con información suficiente para establecer si el uso de la fuerza fue necesario y proporcionado, y establecer los detalles del incidente, incluyendo las circunstancias circundantes; las medidas tomadas para evitar el uso de la fuerza y reducir la situación; el tipo y la forma de la fuerza empleada, incluido el armamento específico; los motivos del uso de la fuerza; su efectividad; y las consecuencias.

La Corte IDH también se ha pronunciado respecto del control adecuado y la verificación de la legalidad del uso de la fuerza señalando que:

29. Comité contra la Tortura. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Chile, 28 de agosto de 2018, CAT/C/CHL/CO/6, párr. 23.

En todo caso de uso de fuerza que haya producido la muerte o lesiones a una o más personas corresponde al Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios adecuados³⁰.

Asimismo, en este tipo de casos tiene una particular relevancia que las autoridades competentes adopten las medidas razonables para asegurar el material probatorio necesario para llevar a cabo la investigación y que gocen de independencia, *de jure* y *de facto*, de los/as funcionarios/as involucrados en los hechos. Lo anterior requiere no solo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real³¹.

La Corte IDH, además, se hace eco de los señalamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos referidos a que las:

Investigaciones sobre uso excesivo de la fuerza deben estar abiertas al escrutinio público con el objeto de asegurar la responsabilidad de los agentes estatales tanto en teoría como en la práctica, así como que la evaluación sobre el uso de la fuerza que haya implicado la utilización de armas debe hacerse sobre todas las circunstancias y el contexto de los hechos, incluyendo las acciones de planeación y control de los hechos bajo examen³².

Respecto del principio de precaución, el Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, ha señalado que:

Aunque el uso de la fuerza sea necesario y proporcional a las circunstancias inmediatas de un caso, puede, no obstante, ser ilícito si resulta de una falla para planear, organizar

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela, *op. cit.*, párr. 80.

31. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela, *op. cit.*, párr. 81.

Sentencia del caso Durand y Ugarte, 16 de agosto de 2000, serie C n.º 68, párrs. 125 y 126.

Case of Nachova and others vs. Bulgaria [GC], Corte Europea de Derechos Humanos, *supra nota* 135, párr. 112.

Judgment case of Isayeva vs. Russia, Corte Europea de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2005 (appl. n.º 57950/00), párr. 211.

Judgment case of Kelly and others vs. The United Kingdom, Corte Europea de Derechos Humanos, 4 de mayo de 2001 (appl. n.º 30054/96), párr. 9.5.

32. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) contra Venezuela, *op. cit.*, párr. 82.

y controlar las operaciones en pos de minimizar el daño, respetar y preservar la vida humana y evitar el uso excesivo de la fuerza³³.

En particular, los Estados deben capacitar a sus fuerzas policiales de forma exhaustiva para evitar las situaciones en que el uso de la fuerza se torne inevitable, y dotarlas con diversos métodos y tipos de armas y municiones que les permitan usar la fuerza de forma diferenciada [...]. Además, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben reevaluar la situación constantemente a fin de evitar usar la fuerza de forma innecesaria o excesiva. Cuando el uso de la fuerza se torna inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben garantizar lo antes posible la asistencia médica a las personas heridas o afectadas³⁴.

3.3. El uso de la fuerza pública en relación con el derecho de reunión pacífica

El derecho de reunión pacífica se encuentra reconocido tanto en la Constitución Política de la República como en los tratados internacionales de derechos humanos que el Estado ha ratificado y se encuentran vigentes.

En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho de reunión se encuentra consagrado, en términos generales, en la CADH y en el PIDCP, en los siguientes términos:

Artículo 15 CADH:

Derecho de Reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Artículo 21 PIDCP:

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad

33. Naciones Unidas, Asamblea General. (julio, 2017). *Uso de la fuerza al margen de la detención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes: Informe del Relator Especial, A/72/178*, párr. 12. Disponible en bit.ly/2XyTvux

34. *Ibid.*, párr. 13.

democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

Al respecto, la Corte IDH ha reconocido que existe una relación instrumental entre el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión, en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos convencionalmente:

De forma similar, el artículo 15 de la Convención Americana “reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”. Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente³⁵.

Por otra parte, el derecho internacional reconoce que el derecho de reunión no es absoluto y puede ser objeto de restricciones legítimas. De conformidad con los artículos 15 CADH y 21 PIDCP, los requisitos específicos para generar restricciones al derecho de reunión son el establecimiento por ley, la necesidad de la medida en una sociedad democrática y necesaria en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas, o los derechos o libertades de las personas.

En relación con los deberes y facultades de las policías en el contexto del ejercicio del derecho de reunión pacífica y, en particular, respecto del uso de armas en este contexto, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado:

Los agentes del orden deberían tratar de reducir la tensión de las situaciones que podrían dar lugar a violencia. Tienen la obligación de agotar los medios no violentos y advertir previamente si es absolutamente necesario utilizar la fuerza, a menos que ello sea manifiestamente ineficaz. [...]

35. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Lone y otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 167.

Solo se puede utilizar la fuerza mínima necesaria cuando sea imprescindible para un fin legítimo de aplicación de la ley durante una reunión. Una vez que haya pasado la necesidad de usar la fuerza, por ejemplo, cuando se detiene a una persona violenta sin peligro, no se puede seguir recurriendo a la fuerza. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no pueden usar más fuerza de la proporcional al objetivo legítimo de dispersar una reunión, prevenir un delito o practicar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o ayudar a practicarla. La legislación nacional no debe conceder a los funcionarios poderes en gran medida ilimitados, por ejemplo, para utilizar la “fuerza” o “toda la fuerza necesaria” a fin de dispersar las reuniones o simplemente “disparar a las piernas”. En particular, el derecho interno no debe permitir el uso de la fuerza contra los participantes en una reunión de forma gratuita, excesiva o discriminatoria.

[...]

Las armas menos letales con efectos de gran alcance, como los gases lacrimógenos y los cañones de agua, tienden a tener efectos indiscriminados. Cuando se utilicen esas armas, se deberían hacer todos los esfuerzos razonables para limitar riesgos tales como causar una estampida o herir a los transeúntes. Esas armas solo se deberían utilizar como último recurso, tras una advertencia verbal y dando a los participantes en la reunión la oportunidad de dispersarse. Los gases lacrimógenos no se deberían utilizar en espacios cerrados.

Las armas de fuego no son un instrumento adecuado para vigilar las reuniones. Nunca se deben utilizar simplemente para dispersar una reunión. A fin de cumplir con el derecho internacional, todo uso de armas de fuego por parte de los agentes del orden en el contexto de las reuniones se debe limitar a personas concretas en circunstancias en las que sea estrictamente necesario hacer frente a una amenaza inminente de muerte o lesiones graves. Habida cuenta de la amenaza que esas armas representan para la vida, este umbral mínimo se debería aplicar también a las balas de metal recubiertas de caucho. Cuando los agentes del orden estén preparados para el uso de la fuerza o se considere probable que haya violencia, las autoridades también deben asegurarse de que se disponga de servicios médicos adecuados. Nunca es legal disparar indiscriminadamente o usar armas de fuego en modo totalmente automático cuando se vigile una reunión³⁶.

36. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comité de Derechos Humanos (junio-julio, 2020). *Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21)*, párrs. 78, 79, 87, 88.

Por último, los Relatores Especiales sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, en su informe conjunto acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones, señalaron:

Los Estados deben adquirir armas no letales para utilizarlas en las situaciones apropiadas a fin de restringir cada vez más la aplicación de medios susceptibles de causar la muerte o lesiones. Las armas no letales deben someterse a ensayos científicos y aprobación por entidades independientes y ser utilizadas de forma responsable por agentes del orden bien entrenados, dado que pueden tener efectos letales o dañinos si no se emplean correctamente o con arreglo a lo dispuesto en el derecho y las normas de derechos humanos. Los Estados deben elaborar y aplicar protocolos internacionales para la capacitación y el empleo de armas no letales³⁷.

4. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY Y ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

El proyecto de ley tiene por objeto regular los principios y otros lineamientos que regirán el uso de la fuerza y de armas menos letales por parte de las fuerzas de orden y seguridad. Al respecto el INDH a través del Oficio N° 0028, de 9 de enero de 2020, envió al Ministerio del Interior y Orden Público la recomendación contenida en el Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público, de 2018. En ella, el INDH instaba al Estado para:

[...] adecuar su legislación nacional a fin de regular el uso de la fuerza, asegurando que los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego y el Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley se incorporen en la legislación. Se insiste en la necesidad de regular por ley el uso de la fuerza y empleo armas de fuego por parte de organismos de seguridad del Estado, al igual que otros países como Argentina, México o Perú³⁸.

37. Asamblea General de Naciones Unidas. (febrero, 2016). Informe conjunto del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación y el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones. A/HRC/31/66, párr. 55.

38. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público 2018*. Santiago, Chile.

Esta recomendación recoge los dos instrumentos que tratan específicamente la regulación del uso de la fuerza por parte de las policías, a saber: el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, de 1979³⁹ y los Principios Básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios y funcionarias encargados de hacer cumplir la ley de 1990⁴⁰. Al respecto, para el Comité Jurídico Interamericano,

[...] los Estados deben reflejar los principios y directrices conforme a los cuales los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden hacer uso de la fuerza en legislación adecuada, con pautas suficientemente claras, a efecto de asegurar que éstos respeten el derecho a la vida de las personas bajo su jurisdicción así como para asegurar un control independiente de la legalidad de la misma⁴¹.

Es por esto que el proyecto de ley tiene un objetivo que debe ser valorado desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La ausencia de una ley que contenga disposiciones concretas sobre la utilización de métodos y medios por parte de las fuerzas de orden y seguridad, no se ajusta a las normas y reglas internacionales de los derechos humanos. Precisamente, respecto al principio de legalidad, la CIDH ha insistido en la obligación de los estados de sancionar normas con jerarquía de ley, y en cumplimiento de las normas internacionales en la materia⁴² destinadas a regular la actuación de agentes del orden en el cumplimiento de sus funciones.

Por lo anterior, el INDH ha reiterado en sus informes Programa de Derechos Humanos, Función Policial, y Orden Público de 2017 y 2018, la necesidad de fundamentar en la legislación nacional la facultad de las Fuerzas de Orden para el uso de la fuerza y de contar con una ley que considere los principios de necesidad, proporcionalidad, gradualidad y focalización, como lo hace el presente proyecto de ley. En este ámbito, el INDH a través de su Informe Programa de Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público de 2016, 2017 y 2018, ha reiterado esta recomendación: se sugiere a las Policías que fijen protocolos de actuación con estricta sujeción a la normativa legal, constitucional y estándares internacionales en

39. Resolución 34/169 de la Asamblea General "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" A/ RES/34/169 (17 de diciembre de 1979), disponible en: undocs.org/es/A/RES/34/169.

40. Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley. Adoptado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia.

41. Comité Jurídico Interamericano. (2012). *Guía para la regulación del uso de la fuerza y la protección de las personas en situaciones de violencia interna que no alcanzan el umbral de un conflicto armado* Disponible en http://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_401_12_rev4.pdf

42. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre seguridad ciudadana*, op. cit., párr. 97.

derechos humanos, en los cuales se regulen adecuadamente las circunstancias de uso, tipos de armas y municiones autorizadas; se reglamente el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, se indiquen las señales de advertencia antes de su uso, y establezcan un sistema de presentación de informes siempre que funcionarios y funcionarias encargadas de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego.

A su vez, en su informe de 2018 el INDH expresa:

Estas acciones deberían realizarse de manera coordinada con el apoyo del INDH, aprovechando de dar a conocer y profundizar los contenidos del Decreto 1.364 sobre uso de la fuerza en intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público, publicado el 13 de noviembre de 2018 y en cumplimiento de los acuerdos adoptados por el Estado a raíz del Caso Lemun⁴³.

Como se puede revisar, desde el año 2016 el INDH ha insistido en la adecuación de los protocolos de actuación a la normativa legal e internacional, especialmente respecto del uso de armas y el deber de informar su empleo.

Cabe destacar que las normas sobre uso de la fuerza que según se ha indicado debe ser regulado por ley, se mantienen disgregadas en diversos instrumentos regulatorios de menor jerarquía normativa: el Decreto N° 1364, de 13 de noviembre de 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, cuyo contenido establece disposiciones relativas al uso de la fuerza en las intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público; la Circular N° 1832, de 1 de marzo de 2019, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que actualiza instrucciones sobre el uso de la fuerza; la Orden General N° 2635, de 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros de Chile, mediante la cual se aprueba un nuevo texto de los Protocolos para el mantenimiento del orden público, y la reciente Orden General N° 2.780, de 14 de julio de 2020, que actualiza el protocolo 2.8 sobre empleo de escopeta antidisturbios⁴⁴.

De esta disgregación se hace cargo el proyecto de ley, lo que permite avanzar en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Al respecto, el INDH a través de sus informes Programa de Derechos Humanos, Función

43. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Programa de Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 198-199.

44. Información disponible en <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2020/07/17/42707/01/1786966.pdf>

Policial y Orden Público de 2016 y 2018, sugiere que las modificaciones de los mencionados protocolos deben realizarse “ajustándolos a las normas y principios internacionales de derechos humanos, como también a regular los métodos y medios para ejercer el uso de la fuerza por medio de una ley que considere los principios de necesidad, proporcionalidad, gradualidad y focalización”.

Finalmente, y en cuanto al delito de tortura y otras obligaciones internacionales, el INDH ha reiterado la recomendación realizada en sus informes Programa de Derechos Humanos, Función Policial, y Orden Público de 2016, 2017 y 2018, a efectos de que Carabineros de Chile realice una mejora en los protocolos de actuación, para que se ajusten a los estándares del uso de la fuerza, la prevención de la tortura y otros malos tratos, la debida diligencia y la no discriminación. Al respecto, el proyecto de ley menciona en su artículo 5 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, de manera que sus estándares guíen la regulación del uso de la fuerza. En este aspecto los estándares de derechos humanos se pueden desarrollar con mayor detalle en las disposiciones finales del mismo, y así consagrar estándares específicos que acompañen la mención de los instrumentos internacionales como la prevención de la tortura, la debida diligencia y la no discriminación.

En tal sentido, no solo la mención de instrumentos internacionales permite un desarrollo de los estándares de derechos humanos. El INDH constató que a pesar de existir un esfuerzo importante en estas materias, es deseable que estos protocolos consideren la jurisprudencia y las recomendaciones de organismos internacionales de derechos humanos⁴⁵. Esta consideración se desprende de las observaciones que el INDH pudo realizar sobre los Protocolos en análisis, tales como la necesidad de incorporar de manera transversal el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁶.

Sumado a ello, el INDH también ha indicado que la mayoría de los protocolos carecen de criterios y lineamientos específicos para la ejecución de las acciones autorizadas, dejando un

45. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2019). *Informe Anual 2019. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 97.

46. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2019, op. cit.*, p. 98.

amplio margen de interpretación a quienes hacen uso de estos instrumentos⁴⁷. Al respecto, en el año 2016, el Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación en su informe de la misión a Chile había expresado su preocupación por la “falta de orientaciones prácticas sobre la forma de aplicar los protocolos policiales y supervisar su aplicación. Los abusos cometidos por la policía en el contexto de las manifestaciones, como se indica en la siguiente sección del presente informe, proporcionan ejemplos pertinentes”⁴⁸. De esta manera, la adecuación total de los Protocolos para el mantenimiento del orden público a los estándares internacionales se ha mantenido como una deuda constante del Estado de Chile, aunque ha sido parte de las recomendaciones constantes del INDH y de organismos internacionales. Estas recomendaciones buscan incluir todos los estándares en la materia que pueden ser determinados por este proyecto de ley sumado a la mención de instrumentos internacionales, entre los que cabría agregar la nueva regulación internacional contenida en las Orientaciones de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos sobre el Empleo de Armas Menos Letales en el Mantenimiento del Orden, publicada por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, 2021). Respecto a lo anterior, la Observación general núm. 37 (2020), relativa al derecho de reunión pacífica (artículo 21) señala que:

Los regímenes jurídicos nacionales sobre el uso de la fuerza por los agentes del orden deben ajustarse a los requisitos consagrados en el derecho internacional, guiándose por normas como los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios encargados de Hacer Cumplir la Ley y la *United Nations Human Rights Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement*⁴⁹.

El INDH destaca que el proyecto de ley se haga cargo del uso de sustancias lacrimógenas en el contexto de manifestaciones públicas. Una respuesta reiterativa de los operativos policiales ha sido el uso de estas sustancias, cuyos efectos han generado diversos pronunciamientos. Ante la preocupación por los daños que este elemento puede causar, el INDH se ha dirigido tanto al Ministerio del Interior como a Carabineros de Chile en sus recomendaciones para revisar su aplicación.

47. *Ibid.*

48. Naciones Unidas, Asamblea General. *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica*, op. cit., párr. 37.

49. Documento disponible en <https://undocs.org/es/CCPR/C/GC/37>

Desde el año 2011 en su Informe Anual, el INDH ha dado cuenta que el uso indiscriminado de bombas lacrimógenas genera efectos nocivos para la salud e integridad personal, además de denunciar la utilización de esta herramienta en espacios cerrados⁵⁰. Así, las recomendaciones de los años 2016, 2017 y 2018 han indicado la necesidad de revisar los procedimientos sobre el uso de gases lacrimógenos, ajustándolos a los estándares internacionales, aplicándolos en situaciones excepcionales, dando avisos formales antes de su utilización, dejando vías de escape, prohibiendo de forma explícita su uso en lugares cerrados y teniendo especial precaución con las personas vulnerables como niños, niñas, personas mayores y personas con algún tipo de discapacidad. Debido a su naturaleza indiscriminada, restringir su exposición a individuos o pequeños grupos es imposible, y el riesgo de afectar al resto de participantes de la manifestación, a transeúntes o al personal policial, es elevado, por lo cual el INDH recomienda evitar su uso de manera arbitraria e indiscriminada, limitando su uso solo en aquellas situaciones en las que el grado de violencia sea tan alto que funcionarios y funcionarias de Carabineros no puedan eliminar la amenaza actuando directamente solo contra las personas que estarían generando desórdenes públicos.

El INDH ha destacado entre sus recomendaciones de los años 2017 y 2018 la necesidad de transparentar la concentración lacrimógena en el agua utilizada por vehículos de Carabineros. En específico, se recomendó “informar los detalles sobre la concentración de las sustancias lacrimógenas en el agua empleada en los vehículos lanza aguas, para así evitar afectaciones a la salud de manifestantes, civiles y del propio personal de Carabineros”⁵¹, además de insistir en la aplicación de protocolos o pautas de atribución de responsabilidad por el uso incorrecto de los gases lacrimógenos que pudieran tener, incluso, consecuencias penales.

Entendiendo que, según el Manual de Operaciones Policiales en Control del Orden Público de Carabineros de Chile, la mezcla del líquido lacrimógeno puede ser de 30%, 40%, 70% o 100%, y atendiendo a las graves afectaciones en la salud debidas al uso desproporcionado del mismo, el INDH insiste en la necesidad de informar –y regular–, respecto del detalle de la mezcla de gas y agua en los vehículos lanza agua⁵². Se insta a incluir en los protocolos los sistemas de fiscalización, así como definir las pautas de atribución de responsabilidades por el uso incorrecto de los gases lacrimógenos, informar de las sustancias utilizadas distintas al gas CS y OC, y del porcentaje de concentración en las diferentes manifestaciones en las que haga uso.

50. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). Informe anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile. Santiago, Chile, p. 80.

51. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Programa de Derechos Humanos 2017*, op. cit., p. 266.

52. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *ibid.*, pp. 97 y 266.

En relación al uso de agentes químicos para el control de disturbios civiles, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) señala en su Informe Anual 2015 que:

[...] por las consecuencias que podrían resultar del uso inapropiado y abusivo de las armas menos letales, la CIDH enfatiza la necesidad de elaborar disposiciones normativas, protocolos y manuales que contemplen restricciones y prohibiciones taxativas de uso en contextos o frente a personas que puedan implicar riesgos mayores. Por ejemplo, los gases lacrimógenos no deben ser utilizados en espacios cerrados o frente a personas que no tienen una vía de desconcentración o evacuación. La utilización de armamento menos letal debe estar precedida de avisos formales, que den oportunidad a las personas de evacuar la zona sin provocar situaciones de pánico o estampidas, y se deben construir pautas de atribución de responsabilidad por su incorrecto uso⁵³.

Conforme a lo anterior, el proyecto de ley manifiesta el carácter restrictivo de los mismos, la protección a la salud en general y de grupos de especial protección como NNA (niños, niñas y adolescentes). A esto es posible sumar el deber de información sobre los mismos a efectos de llevar un control que garantice la no afectación de la integridad personal con su uso.

Asimismo, desde el año 2012 el INDH ha reiterado a Carabineros de Chile el deber de contar en todo momento con identificación y distintivos que permitan constatar su calidad de funcionarios y funcionarias policiales, permitiendo esto una mejor y efectiva intervención. Al respecto, en Oficio N° 277 de 13 de abril de 2020, el INDH reiteró la recomendación realizada en sus informes sobre función policial y orden público de los años 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018, acerca del deber de portar en todo momento con su identificación a vista y disposición de manifestantes, reporteros y observadores, y de informar explícitamente a las personas involucradas sobre cuándo y dónde se realizarán registros audiovisuales o fotográficos.

Esto último igualmente puede ser discutido en el marco de este proyecto de ley, a efectos de robustecer las obligaciones de información que deber ser cumplidas por los agentes de la fuerza pública.

53. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (diciembre, 2015). *Informe Anual 2015*. Capítulo IV Uso de la Fuerza. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 48/15.

Para garantizar una revisión integral y coherente de las diversas regulaciones relativas al uso de la fuerza pública en el mantenimiento del orden público, es necesario tener en cuenta que existen procesos actualmente en curso relativos a la modificación de los Protocolos de Carabineros, además de proyectos de ley como el contenido en el Boletín N° 13.833-07, que “prohíbe el uso de armas no letales o menos letales que causen grave daño a la integridad física de las personas en manifestaciones sociales”. En relación a esto, el INDH es partidario de evaluar la prohibición del uso de escopetas antidisturbios con el tipo de munición que se ha utilizado en Chile durante la crisis social de 2019 -múltiple e imprecisa y compuesta por una mezcla de metal y goma-, en razón de sus efectos y de la gran dificultad que existe para que este tipo de munición se ajuste efectivamente al principio de proporcionalidad, además de prohibir su uso para “control de muchedumbres”⁵⁴.

En el proceso de revisión y modificación de los Protocolos de Carabineros, el INDH ya ha expresado que se valora positivamente la inclusión en el protocolo 1.1 de la frase: “Se entiende que se ejerce legítimamente el derecho a una reunión pública o manifestación cuando no se interviene en una acción ilícita en el sentido señalado en el Protocolo 2.2, el cual refiere a Intervención ante acciones Ilícitas”. De esta forma, a diferencia de las versiones previas, ya no se definen determinadas manifestaciones como ilícitas sino que se debe distinguir entre el derecho a manifestación, que es siempre lícito, y la comisión puntual de acciones ilícitas por determinadas personas, lo que habilita la actuación policial para el restablecimiento del orden y eventualmente el uso de la fuerza de acuerdo a los principios pertinentes⁵⁵.

En este sentido, lo señalado en la nueva propuesta de protocolos resulta coherente con lo que se indica en el art. 10 del proyecto de ley que se comenta, el cual establece que “se deberá regular especialmente el deber de distinguir entre manifestantes pacíficos y violentos, pudiendo usarse la fuerza solamente contra los segundos de manera individualizada y de conformidad a los principios que esta ley señala”.

Finalmente, en cuanto al principio de responsabilidad, el INDH ha recomendado y recomienda que los Protocolos para el cumplimiento del Orden Público incluyan protocolos específicos de supervisión de la aplicación de estos. Ante las consecuencias que podrían

54. Ver: Informe sobre el proyecto de ley que prohíbe el uso de armas no letales o menos letales que causen grave daño a la integridad física de las personas en manifestaciones sociales. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 26 de julio de 2021 - Sesión Ordinaria N° 618.

55. Ver: Minuta con comentarios del INDH sobre sobre nuevos protocolos de Carabineros para el mantenimiento y restablecimiento del orden público (versión 2021).

resultar del uso inapropiado y abusivo de la fuerza, el INDH recomienda generar pautas de atribución de responsabilidad por el incorrecto uso de las escopetas antidisturbios y que tal instrucción quede contemplada en los Protocolos. De acuerdo con la resolución 25/38 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que exhorta a los estados a que “investiguen cualquier caso de muerte o lesiones provocadas durante manifestaciones, incluidas las que sean resultado de disparos de armas de fuego o del uso de armas no letales por parte de funcionarios que ejercen tareas de aplicación de la ley”⁵⁶, tal instrucción debería incluirse en los protocolos.

Es preciso avanzar urgentemente en la observancia de principios de precaución y responsabilidad en el uso de las armas potencialmente letales, desde el punto de vista operacional y sanitario. Si bien existen en el ámbito nacional algunos antecedentes sobre sus implicancias para la salud, estos aún no son suficientes y debiesen considerar, entre otros, condiciones de preexistencias respiratorias nacionales. Es necesario, además, incluir en el debate la efectividad operacional del uso de las armas potencialmente letales y evaluar, por ejemplo, el efecto que pudiera tener su uso en la escalada de la violencia en el contexto de manifestaciones, tal como se sugiere en estudios internacionales⁵⁷, donde se insta a redefinir los análisis existentes relativos al uso de la fuerza y avanzar en evaluar también las circunstancias que rodean su legitimidad.

5. CONCLUSIONES FINALES

El INDH valora positivamente la intención de legislar en materia de uso de la fuerza y armas menos letales, debido a las persistentes recomendaciones nacionales e internacionales que buscan la regulación de este uso en una ley que fije lineamientos acordes a los estándares internacionales de derechos humanos aplicables a la materia.

El proyecto de ley incorpora instrumentos y principios internacionales en materia de derechos humanos que permiten una regulación adecuada del uso de la fuerza, y que pueden prevenir vulneraciones que eventualmente puedan generarse en la aplicación de los protocolos en cuestión.

56. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (abril, 2014). *La promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las manifestaciones públicas*. A/HRC/RES/25/38, párr. 12. Disponible en undocs.org/es/A/HRC/RES/25/38

57. Rappert, B. (septiembre, 2002). Constructions of Legitimate Force. The Case of CS Sprays. *The British Journal of Criminology*, 42, (4), pp. 689–708. Disponible en <https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/42/4/689/349750>

El proyecto de ley puede sumar otros estándares de derechos humanos en la materia, a efectos de robustecer la construcción de los protocolos para el uso de la fuerza y de armas menos letales. Al respecto, puede incorporar materias como la prevención de la tortura y otros malos tratos, la debida diligencia, la no discriminación, la consideración de recomendaciones y jurisprudencia en la aplicación del uso de la fuerza, información sobre la composición de sustancias químicas utilizadas y otros implementos, o el deber de información e identificación de agentes de la fuerza pública, como se señaló en el análisis precedente.

Conforme a lo anterior, el proyecto de ley permite una regulación que fije lineamientos para la dictación de protocolos con la incorporación directa de estándares internacionales que permiten contar con una mejor guía para la construcción de estos protocolos y que, dentro de su discusión, podría permitir la incorporación de otros estándares complementarios.

2 Medio Ambiente, Biodiversidad y derechos humanos

Informe sobre Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (Boletín N° 9.404-12)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 12 de julio de 2021 – Sesión Ordinaria N° 616.

I. RESUMEN EJECUTIVO

El proyecto de ley que se analiza, iniciado por Mensaje presidencial de junio de 2014 (Boletín N° 9.404-12), y que tenía por antecedente el Boletín N° 7.487-12 retirado en junio de 2014, busca crear un servicio público dependiente del Ministerio del Medio Ambiente, encargado de la conservación de la biodiversidad¹ y cuyo principal instrumento será la administración del Sistema Nacional de Áreas Protegidas. El proyecto de ley (PL) está estructurado sobre los siguientes pilares: (i) Creación del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP) –servicio funcionalmente descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, sujeto a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del Medio Ambiente-, cuyo objeto será la conservación de la biodiversidad del país a través de la gestión para la preservación, restauración y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas; (ii) Gestionar el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SNAP), integrado por todas las áreas protegidas existentes en Chile, y supervisar la administración de las áreas protegidas privadas, incluidas las actividades que se realicen en ellas, y (iii) Asegurar que el Servicio promueva e incentive la conservación de la naturaleza también fuera de las áreas protegidas, incluyendo la creación de una serie de instrumentos que permitirán abordar las principales amenazas que hoy existen para la flora y fauna, como la gestión de especies exóticas invasoras.

Al respecto, de conformidad con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, el Estado debe garantizar la conservación de su biodiversidad biológica, la utilización sostenible de sus recursos biológicos, y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. Ello mediante un

1. Actualmente las áreas protegidas se encuentran dispersas en cinco ministerios distintos: el Ministerio de Agricultura administra áreas protegidas a través de Conaf; el Ministerio de Economía administra los parques y reservas marinas a través de la Subsecretaría de Pesca y el Servicio Nacional de Pesca; el Ministerio de las Culturas gestiona los santuarios de la naturaleza a través del Consejo de Monumentos Nacionales; el Ministerio de Bienes Nacionales administra los bienes nacionales protegidos; el Ministerio del Medio Ambiente administra las áreas marinas costeras- protegidas de múltiples usos, custodia los santuarios de la naturaleza y supervigila todo el sistema.

acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como una financiación apropiada.

Este informe analiza el proyecto de ley a la luz de las obligaciones internacionales del Estado de Chile en materia de derechos humanos. Sobre la base de dicho análisis, se recomienda al legislador; (i) que el PL se adecúe al estándar internacional que establece el concepto de “instituciones representativas” (6.I Convenio 169 OIT), y no el de “organizaciones indígenas”; (ii) contemplar procedimientos adecuados para solucionar la reivindicación de tierras de propiedad indígena que hayan sido establecidas como áreas protegidas sin el consentimiento libre y previo de las comunidades²; (iii) que los Reglamentos que se proponen crear para la regulación de la participación de los pueblos indígenas en las áreas protegidas del Estado cuente con la participación de los pueblos y sea sometido al Proceso de Consulta Indígena, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT. A su vez, el INDH reitera la preocupación por la demora en su discusión y manifiesta la necesidad de que los poderes colegisladores tramiten dicha institucionalidad, prevista en la normativa ambiental desde el año 2010.

El proyecto que crea el SBAP se encuentra actualmente en su segundo trámite constitucional en la Cámara de Diputadas y Diputados. Fue aprobado por el Senado en general en marzo de 2015, y en particular en julio de 2019. Inicia su segundo trámite en agosto de 2019 en la Cámara y en esta instancia cuenta con un primer informe de la Comisión de Medio Ambiente, pasando luego a la Comisión de Agricultura.

2. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2015). *Informe Anual 2015. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 181.

2. ANTECEDENTES

Como señaló el INDH en el Informe Anual 2017,

[...] la diversidad biológica chilena, en términos de composición a nivel de especies y ecosistemas, es baja en comparación a países tropicales. Sin embargo, posee una alta cantidad de especies endémicas. Esto significa que una fracción significativa de su biota –el conjunto de la flora, fauna, microorganismos y hongos de un área específica– está restringida al territorio nacional, particularmente a la zona central del país (Simonetti et al., 2014). Su elevado endemismo le confiere relevancia global a su protección, pues son especies irremplazables en tanto no están presentes en ninguna otra región del mundo. A nivel global, considerando el grado de amenaza y cuán irremplazable (endémica) es la biodiversidad de alguna región del mundo, la biota de Chile es relevante mundialmente en siete de los nueve conjuntos de criterios usados para establecer prioridades de conservación. Estos abarcan desde “puntos calientes”, áreas con una alta proporción de especies endémicas que enfrentan elevadas amenazas, como ocurre en la región central del país; hasta los “últimos puntos silvestres”, que son ambientes con baja intervención como los bosques templados del extremo sur y los centros de domesticación de plantas (Brooks et al., 2006). Esto demuestra la relevancia nacional y global de la biodiversidad chilena³.

Sin perjuicio de lo anterior, y como expresó el INDH en el mismo informe,

[...] la diversidad biológica presente en el territorio nacional tiene un valor intrínseco, constituyendo un patrimonio natural infinito, heterogéneo y con singularidades en cada una de sus fracciones. Y si bien la atención se ha puesto en aquellos ecosistemas fragilizados, el hecho que las personas sean parte integrante de la naturaleza y tengan una relación simbiótica con ella, hace necesario ampliar las acciones de preservación a cada espacio del territorio y maritorio. Esto, por medio de acciones no hegemónicas, que tengan en consideración las particularidades de cada contexto.

[...] En términos planetarios, la diversidad biológica se está degradando en todos sus niveles de manera acelerada producto de acciones humanas. Las causas más frecuentes

3. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2017). *Informe Anual 2017. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 168.

son la transformación y pérdida de hábitats, así como la sobreexplotación, las que pueden actuar de manera sinérgica junto a los cambios climáticos que afectarán la distribución de las especies (Brook, Sodhi y Bradshaw, 2008). Todos los ecosistemas del mundo han sufrido alguna modificación de su composición, estructura y funcionamiento; sin embargo, la reducción de la superficie que algunos ocupaban amenaza seriamente con su desaparición (Hoekstra et al., 2005)⁴.

Asimismo, el INDH advirtió que la biodiversidad de Chile enfrenta graves peligros:

[...] a nivel de especies, un 7% de las actualmente conocidas están amenazadas de extinción, en particular los anfibios, mamíferos y reptiles. Esta cifra es incluso una subestimación del estado del conjunto de organismos vivos (la biota), pues numerosos grupos de organismos no han sido evaluados. A la fecha, alrededor de mil de las 35 mil especies conocidas en Chile han sido clasificadas según su estado de conservación. Por ejemplo, mientras el 90% de las especies de anfibios del país han sido evaluadas, el estado de conservación de los invertebrados ha sido evaluado en menos del 1% de las especies conocidas (Ministerio del Medio Ambiente, 2014). La transformación del paisaje asociado a diferentes emprendimientos es una causa importante de las amenazas a la biodiversidad. Ello se expresa además en que 16 de los 127 ecosistemas terrestres están amenazados, en especial aquellos localizados en la región centro-sur del país (Centro de Análisis de Políticas Públicas, 2016).

[...] La sobreexplotación es otro factor de amenaza, que además impacta la provisión de bienes a la población. Según datos de la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura (2017), de 25 unidades pesqueras evaluadas, seis se encuentran sobreexplotadas, como la merluza común (*Merluccius gayi*), y nueve se encuentran agotadas, como el congrio dorado (*Genypterus blacodes*). Otro ejemplo de sobreexplotación lo representaría la declinación de la rana chilena (*Calyptocephalella gayi*), la cual es empleada para consumo, lo que sumado a la contaminación de las aguas y la introducción de depredadores ha visto reducida su población (Velo, Formas y Gerson, 2010). Respecto de las especies exóticas invasoras, un estudio reciente analizó los efectos sobre la biodiversidad y el medioambiente por la presencia del visón (*Neovison vison*), el castor (*Castor canadensis*), el jabalí (*Sus scrofa*), el espinillo (*Ulex europaeus*), la zarzamora (*Rubus spp.*), la avispa chaqueta amarilla (*Vespula germanica*) y el conejo (*Oryctolagus cuniculus*). De acuerdo

4. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2017*, op. cit., pp. 168-169.

con los hallazgos de la investigación, no solo se prevén efectos ecosistémicos, a la flora y fauna nativa, sino también daños económicos calculados en 59 mil millones de pesos anuales derivados de la expansión de estas plagas (Universidad de Chile, PNUD y Ministerio del Medio Ambiente, 2017)⁵.

Otro aspecto que relevó el INDH el año 2017 fue la vulnerabilidad de las especies chilenas que tienen potencial de ser aprovechadas con fines medicinales, en particular las plantas de zonas áridas y semiáridas:

[...] en este sentido, cabe señalar que Chile no ha ratificado el Protocolo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica, conocido como Protocolo de Nagoya. Por ello, el Estado no está obligado a cumplir sus preceptos, lo que debilita la protección en el país de los derechos asociados al conjunto de saberes obtenido por comunidades locales e indígenas en el uso de especies, así como el aseguramiento de la equidad de beneficio de todo posible uso futuro que pueda ser descubierto en nuestro patrimonio natural. No obstante, dichas obligaciones del Estado están consagradas en el artículo 8.j del CDB⁶. En el caso de los pueblos indígenas, además, la obligación de dar protección a la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales está consagrada también en el Convenio 169 de la OIT, en particular en sus artículos 4º, 5º, 13 y 15⁷(p. 169).

El caso de la rapamicina o *Sirolimus*, compuesto obtenido desde el hongo *Streptomyces hygroscopicus* que crece en Isla de Pascua, es un ejemplo claro de esta desprotección. Su descubrimiento ha revolucionado la medicina al constatar su efecto inmunosupresor, antifúngico y antitumoral en el trasplante de órganos, tratamientos cardíacos, control del cáncer y tratamiento de Alzheimer (Roque et al., 2008); y actualmente se explora su empleo para aumentar la esperanza de vida en animales vertebrados (Harrison et al., 2009). Sin embargo, pese a esta invaluable contribución a la humanidad, sus réditos

5. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017*, op. cit. p. 169

6. Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.

7. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2017*, op. cit., p. 169.

no son parte del patrimonio natural de Chile, pues su comercialización la realiza una entidad extranjera (Chivian y Bernstein, 2015)⁸.

Finalmente, el INDH, destacó en el mismo Informe Anual de 2017 que,

[...] una fracción sustancial del Producto Interno Bruto (PIB) de Chile depende de servicios ecosistémicos, incluyendo los aportes al sector pesquero, agroforestal y turismo (Ministerio del Medio Ambiente, 2014). Así, la reducción de diversidad biológica conlleva –a corto y mediano plazo– la pérdida de bienes y servicios, lo cual atenta contra la satisfacción de numerosas necesidades básicas, como la alimentación y las prácticas culturales. Lo anterior se facilita por la escasa comprensión que existe de la conexión de las personas con la base biótica de la cual depende su bienestar (Asociación Kauyeken, 2013) y, en la medida que la sociedad ignora el aporte que la biodiversidad representa, no tiene motivos o incentivos para resguardarla y relacionarla con el goce de sus derechos humanos (Simonetti-Grez, Simonetti y Espinoza, 2015) (p. 172).

De esta forma, si bien el vínculo entre la diversidad biológica y el disfrute de los derechos humanos no siempre ha sido clara, lo cierto es que la biodiversidad impacta en derechos como la vida, la alimentación, la salud, aunque también, y como recogen los estándares internacionales de derechos humanos, se ha reconocido su importancia para el desarrollo económico, social y cultural de las personas, incluido el particular significado que esta tiene para ciertos grupos, como es el caso de los pueblos indígenas y comunidades locales, quienes han desarrollado formas de vida y costumbres que dependen estrechamente de la disponibilidad y existencia de recursos biológicos que existen en sus tierras, y respecto de los cuales, además, han jugado un rol fundamental en su conservación y uso sostenible.

8. *Ibid.*, p. 169.

3. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

3.1. Precisión conceptual

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

3.1.1. Tratados

En Chile, estos instrumentos pasan por un proceso de aprobación interna previo a la ratificación y son vinculantes según dispone el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁹. El hecho de ratificar un tratado sobre derechos humanos genera para el Estado dos obligaciones principales, la de respetarlos y la de garantizarlos. La obligación de respetar consiste en que los poderes del Estado o sus agentes se abstengan de interferir en el ejercicio de los derechos y que, por lo tanto, no los vulneren. En palabras de la Corte Interamericana, esto es reflejo de que,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹⁰.

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

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

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

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹¹.

3.1.2. Declaraciones

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

3.1.3. Observaciones y Recomendaciones Generales

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

[...] abarcan una amplia gama de temas, desde la interpretación general de las disposiciones sustantivas, como el derecho a la vida o el derecho a una alimentación adecuada, hasta una orientación general sobre la información que debería suministrarse en los informes de los Estados en relación con artículos concretos de los tratados. En las observaciones generales se han tratado también cuestiones intersectoriales más amplias, como la función de las instituciones nacionales de derechos humanos, los derechos de las personas con discapacidad, la violencia contra la mujer y los derechos de las minorías¹².

De esta forma, las recomendaciones incluidas en este informe están pensadas para complementar el sentido y alcance de los instrumentos internacionales, quedando la interpretación con alcance general y vinculante para los estados.

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

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

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

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

3.2. Marco jurídico nacional

Si bien la relevancia de un medio ambiente libre de contaminación (o sano) para el disfrute de los derechos humanos se reconoce ampliamente, estando consagrado en nuestra actual normativa tanto a nivel constitucional¹³ como legal¹⁴, no ocurre lo mismo cuando hablamos del vínculo entre los derechos humanos y la biodiversidad biológica, donde no obstante existir normativa nacional e internacional, la relación entre ambos sigue sin comprenderse apropiadamente.

El texto constitucional establece el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y el deber del Estado de “velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza”, además manifiesta expresamente que “la ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos y libertades para proteger al medio ambiente” (artículo 19, N° 8).

A nivel legal, de acuerdo con la Ley N° 19.300 (LBGMA, de 1994), la misión de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, recae en el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que hasta la fecha y luego de más de 10 años de tramitación, no ha sido creado.

En la actualidad estas competencias son ejercidas por el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), de acuerdo con las atribuciones establecidas en el artículo 70 de la Ley N° 19.300, siendo la Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030 el principal instrumento de

13. Artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República.

14. La ley sobre bases generales del Medio Ambiente establece en el Artículo 1°. El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental se regularán por las disposiciones de esta ley, sin perjuicio de lo que otras normas legales establezcan sobre la materia.

política pública en materia de biodiversidad que establece lineamientos estratégicos y metas nacionales en materia de conservación y uso sustentable de la biodiversidad. Fue aprobada por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad el 05 de enero de 2018, y cuenta con una Visión¹⁵ y Misión¹⁶ de corto, mediano y largo plazo, siete principios rectores¹⁷, ejes estratégicos y cinco objetivos que los articulan¹⁸, con los cuales se espera: (i) promover el uso sustentable de la biodiversidad para el bienestar humano; (ii) desarrollar la conciencia, el conocimiento y la participación de la ciudadanía en el resguardo de la biodiversidad como fuente de bienestar; (iii) proteger y restaurar la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos; (iv) fortalecer la institucionalidad y buena gobernanza; (v) e integrar objetivos de biodiversidad en otros instrumentos sectoriales, generando un marco orientador que articule los principales desafíos del país en este ámbito¹⁹ (MMA, 2017).

-
15. "La sociedad chilena comprende, valora, respeta e integra la biodiversidad y los servicios ecosistémicos del país como fuente de su propio bienestar, deteniendo su pérdida y degradación, restaurándolos, protegiéndolos, usándolos de manera sustentable y distribuyendo los beneficios de la biodiversidad de manera justa y equitativa, manteniendo las posibilidades de satisfacer las necesidades de las generaciones futuras".
 16. "Impulsar la conservación de la biodiversidad chilena, en todos sus niveles, en un marco de buena gobernabilidad territorial, que garantice el acceso justo y equitativo a los bienes y servicios ecosistémicos para las generaciones actuales y futuras, y fomente las capacidades del país para resguardar, restaurar y usar sustentablemente este patrimonio y legado natural".
 17. i. Conservación de la biodiversidad marina y de islas oceánicas. ii. Especies exóticas invasoras. iii. Especies nativas. iv. Áreas protegidas. v. Conservación y uso racional de los humedales en Chile. vi. Actividades transversales (cambio climático, financiamiento, ecosistemas, restauración, entre otros). (MMA, 2020).
 18. La ENB 2017-2030 definió cinco objetivos estratégicos (OE) centrados en el uso sustentable, el aumento de la conciencia sobre el valor de la biodiversidad, la creación de una institucionalidad robusta, insertar objetivos de biodiversidad en el proceso de planificación nacional, además de la protección y restauración de ecosistemas y sus servicios.
 19. Esta Estrategia tiene su fundamento en la Décima Conferencia de Estados Parte del CDB celebrada en Japón en 2010, donde se instó a los países a actualizar sus Estrategias Nacionales de Biodiversidad (ENB), que en el caso de Chile databa del año 2003, con un nuevo enfoque propuesto denominado Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 y las Metas de Aichi.

N° OE	Enunciado OE	N° MN	Enunciado MN
1	Promover el uso sustentable de la biodiversidad para el bienestar humano, reduciendo las amenazas sobre ecosistemas y especies.	1	Al 2030 se habrá avanzado significativamente en el uso sustentable de la biodiversidad nacional, contribuyendo a la mantención de sus servicios ecosistémicos
2	Desarrollar la conciencia, la participación, la información y el conocimiento sobre la biodiversidad, como base del bienestar de la población	2	Al 2030 el 60% de la población nacional estará consciente del valor de la biodiversidad nacional y los problemas ecológicos y ambientales que genera su pérdida, y el deterioro de sus servicios ecosistémicos para los sistemas naturales, para la calidad de vida de las personas y para el desarrollo sustentable del país.
3	Desarrollar una institucionalidad robusta, buena gobernanza y distribución justa y equitativa de los beneficios de la biodiversidad	3	Al 2030 Chile habrá avanzado en el logro de una institucionalidad que permita la conservación y gestión sustentable de la biodiversidad del país, y el 100% de las instituciones públicas con competencia directa en gestión de los recursos naturales, tanto de nivel local, regional como nacional, habrán avanzado hacia el establecimiento de un marco institucional de buena gobernanza, amplio, eficaz y coherente, y con recursos humanos, técnicos, económicos y adecuados para contribuir eficazmente a conservar la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos, y promoviendo el acceso justo y equitativo de diversos grupos de la sociedad a los que ello genere.
4	Insertar objetivos de biodiversidad en políticas, planes y programas del sector público y privado	4	Al 2030 las instituciones públicas, sectores productivos y de servicios del país que generen impactos sobre la biodiversidad habrán avanzado en la aplicación permanente de políticas y medidas para conservar y usar sustentablemente la biodiversidad nacional y servicios ecosistémicos
5	Proteger y restaurar la biodiversidad y sus servicios ecosistémico	5	Al 2030 se habrá reducido la tasa de pérdida de ecosistemas y especies en un 75% y será cercano a cero donde sea priorizado.

En el Cuadro se presentan los objetivos estratégicos (OE) y las metas nacionales (MN) asociadas a los mismos, proyectadas al año 2030. (Fuente: Ministerio del Medio Ambiente). Por otro lado, el 25 de junio de 2016 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.930 que establece el derecho real de conservación (DRC). El objetivo de esta ley es crear un instrumento que facilite y promueva la participación del sector privado en la conservación ambiental, complementando el rol que realiza el Estado en la materia.

La Ley de DRC en su artículo 2° define el derecho real de conservación como “un derecho real que consiste en la facultad de conservar el patrimonio ambiental de un predio o de ciertos atributos o funciones de éste”, el cual se debe constituir “en forma libre y voluntaria por el propietario del predio en beneficio de una persona natural o jurídica determinada”²⁰. Adicionalmente, a nivel jurisprudencial, los tribunales de justicia chilenos han recogido las obligaciones que tiene el Estado en relación a la protección de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

Este es el caso del Tercer Tribunal Ambiental, cuya labor es resolver las controversias ambientales que se produzcan desde la región de Ñuble a Magallanes, y que, como se señaló en el Informe Anual 2017, en sentencia dictada en una demanda por reparación de daño ambiental contra una inmobiliaria, realiza una interpretación del concepto legal de medioambiente señalando que debe ser interpretado armónicamente con las demás definiciones que entrega la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA). A esto, el Tribunal agrega que:

[U]na interpretación contextual permite comprender que el medio ambiente puede soportar cierto nivel de contaminación (el definido por la norma), siempre que no ponga en riesgo la salud de las personas, la calidad de vida de la población, la preservación de la naturaleza o la conservación del patrimonio ambiental (letra m, art. 2°). Así, la definición de recursos naturales reconoce que ciertos componentes del medio ambiente son susceptibles de ser utilizados por el ser humano de modo de

20. El derecho real de conservación puede tener como titular cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, distinta del dueño del inmueble, y su contenido es fijado en un “contrato constitutivo”, el que debe otorgarse por escritura pública y ser suscrito por el dueño o dueña del inmueble y la persona beneficiaria del derecho. De conformidad a la Ley de DRC, el citado contrato debe imponer, al menos, una de las siguientes condiciones para ser considerado tal: (i) Restricción o prohibición de destinar el inmueble a uno o más determinados fines (inmobiliarios, comerciales, turísticos, industriales, etc.); (ii) Obligación de hacerse cargo o de contratar servicios para la mantención, descontaminación, reparación, administración o uso y aprovechamiento racionales del bien raíz; (iii) la obligación de ejecutar o supervisar un plan de manejo acordado en el contrato, con miras al uso y aprovechamiento racionales de los recursos naturales del inmueble gravado.

satisfacer determinadas necesidades (letra r, art. 2°). La preservación de la naturaleza considera medidas para asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (letra p, art. 2°). [...] En fin, el artículo 1° LBGMA engloba estas preocupaciones al regular el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental²¹.

A partir de lo anterior, el Tercer Tribunal Ambiental ha señalado que la responsabilidad por daño ambiental se produce cuando un ecosistema o sus elementos y/o procesos,

[...] han experimentado pérdida, disminución, detrimento o menoscabo, comprometiendo así su capacidad de a) proveer servicios ecosistémicos, b) asegurar la permanencia y capacidad de regeneración de los componentes del medio ambiente (conservación), y c) mantener las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país (preservación)²².

3.3 Estándares internacionales de derechos humanos

3.3.1. Nivel internacional

La Declaración Universal de los Derechos Humanos asegura que “[t]oda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar” (art. 25.1). Este derecho se encuentra codificado también en el artículo II números 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):

[L]os Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán, individualmente y mediante la cooperación internacional, las

21. Tercer Tribunal Ambiental, sentencia de 12 de septiembre de 2015, Rol D-5-2015, Considerando 16. Citado en Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2017, op. cit.*, p. 167.

22. *Ibid.*

medidas, incluidos los programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.

En el derecho internacional se ha comenzado a destacar la relación entre pérdida y deterioro de la biodiversidad y las violaciones a los derechos humanos, tanto por el trabajo de tribunales de protección de derechos humanos, órganos de control de tratados, como foros y mecanismos de expertos y expertas independientes. Tal es el caso del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), organismo a cargo de la supervisión del PIDESC que por medio de sus Observaciones Generales ha reconocido la relación entre la biodiversidad y el disfrute de los derechos garantizados por dicho tratado internacional sobre derechos humanos.

Un ejemplo de esto es la Observación General N° 15 (2003), relativa al derecho al agua, donde se subraya la relación entre la pérdida de la biodiversidad y el ejercicio de este derecho humano, cuya consideración es parte de las obligaciones legales específicas que impone su cumplimiento.

Así, el Comité DESC ha señalado que:

Los Estados parte deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar por que las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y esos programas podrían figurar: [...] e) [el] examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad (párr. 28).

Asimismo, por medio de su Observación General N° 21, el Comité DESC ha desarrollado y clarificado el derecho de toda persona a participar en la vida cultural, establecido en el

art. 15 del PIDESC, indicando que los Estados Parte tienen la obligación de garantizar, entre otras cosas, la disponibilidad de “dones de la naturaleza, como mares, lagos, ríos, montañas, bosques y reservas naturales, en particular su flora y su fauna, que dan a los países su carácter y su biodiversidad” (párr. 6 letra a). Lo anterior es sumamente relevante, pues agrega una dimensión cultural y patrimonial al abordaje de la biodiversidad.

El Relator Especial sobre los derechos humanos y el medioambiente, John Knox, el año 2017 abordó por primera vez de manera específica la dependencia de los derechos humanos respecto de la diversidad biológica, destacando la importancia de conservar y proteger la biodiversidad para el disfrute de los derechos a la vida, la salud, a un nivel de vida adecuado y a la no discriminación. Sin embargo, previene que “[a]unque la importancia de un medioambiente sano para el disfrute de los derechos humanos se reconoce ampliamente, sigue sin comprenderse bien la relación entre los derechos humanos y la diversidad biológica”²³.

Para Knox, dicho vínculo se clarifica recurriendo a la noción de servicios ecosistémicos, esto es, los productos e interacciones de los que la población depende, y que incluyen: (i) Servicios de provisión, vinculados a los bienes aportados por el entorno, como alimentos, medicinas, fibras y otras materias primas; (ii) servicios de regulación, que incluyen los beneficios derivados de procesos como la polinización de cultivos, el control de las inundaciones y el mantenimiento de la calidad del aire; (iii) servicios de soporte, referidos a las consecuencias de los procesos que colaboran en la formación del suelo y el ciclado de los nutrientes, necesarios para mantener a los otros servicios, y (iv) servicios culturales de especies y ecosistemas, correspondientes a los beneficios intangibles que como individuos o sociedad recibimos de la biodiversidad, como el valor espiritual, estético y educacional, entre otros²⁴.

El Consejo de Derechos Humanos y otros órganos internacionales han reconocido que el pleno disfrute de los derechos fundamentales depende de un medioambiente sano y sostenible. Para el Relator Especial, esto último comprende necesariamente la provisión de servicios ecosistémicos, toda vez que “son los que presta un medioambiente sano”. Así, “un examen exhaustivo de la relación entre los ecosistemas y el bienestar humano, afirma que todos en el mundo dependemos por completo de los ecosistemas de la Tierra y los servicios que prestan”²⁵.

23. Informe del Relator Especial presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en su 34º período de sesiones, 19 de enero de 2017, A/HRC/34/49, párr. 9.

24. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017*, op. cit., p. 166.

25. *Ibid.*

Las obligaciones de derechos humanos relativas a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica, según expuso el Relator Especial John Knox²⁶, se pueden distinguir entre (i) obligaciones sobre derechos procedimentales en las que incluye evaluar los efectos y hacer pública la información relativa al medioambiente; facilitar la participación en la adopción de decisiones ambientales, entre otras cosas protegiendo los derechos de expresión y de asociación; y dar acceso a recursos por los daños causados, (ii) derechos sustantivos donde se señala que cada Estado no solo tiene el deber general de proteger la biodiversidad, en orden a garantizar el pleno disfrute de todo el rango de derechos que dependen de la misma, sino que también un deber específico de proteger lugares o componentes de la biodiversidad que son especialmente necesarios para el disfrute de derechos de los miembros de comunidades particulares, incluyendo las vulnerables, y (iii) respecto de las personas en situaciones vulnerables²⁷ que tienen relación con el deber de velar para que las poblaciones indígenas y otras personas que dependen estrechamente del medio natural para satisfacer sus necesidades materiales y culturales no se vean impedidas de disfrutar sus derechos humanos. Esto, en especial cuando se trata de medidas que pudieran afectar en forma negativa a los ecosistemas, ya sea que las apliquen agentes públicos o privados.

En opinión del Relator Especial, para cumplir con estas obligaciones sería relevante: (i) establecer marcos jurídicos e institucionales para la protección de la biodiversidad, que regulen el daño producido tanto por agentes privados como por organismos gubernamentales; (ii) adoptar y aplicar normas que concuerden con los compromisos internacionales, de modo que no sean regresivas ni discriminatorias, y (iii) respetar y proteger los derechos de los grupos en particular vulnerables a la pérdida de diversidad biológica y servicios ecosistémicos. Una forma para realizarlo es mediante el reconocimiento adecuado de los territorios y áreas conservadas por las poblaciones indígenas y las comunidades locales (TICCA)²⁸.

Por último, el Relator Especial recuerda a las empresas respetar los derechos humanos en el marco de sus operaciones, en particular para que cumplan con los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos en todas las actividades que puedan afectar

26. *Informe del Relator Especial, op. cit., A/HRC/34/49, párr. 35.*

27. La enunciación que hace de estas obligaciones no debe ser entendida de manera exhaustiva, debido al reciente desarrollo de esta temática y a que el informe corresponde a la primera aproximación sistemática al respecto.

28. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017, op. cit., p. 168.*

a la diversidad biológica y los ecosistemas; sigan las directrices voluntarias *Akwe: Kon*²⁹ para la realización de evaluaciones de impacto social y ambiental; apliquen las recomendaciones formuladas por el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con las actividades extractivas, y se abstengan de solicitar o explotar concesiones en zonas protegidas o TICCA³⁰.

3.3.2. Nivel regional

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que se adoptó en 1969 y entró en vigencia en 1978), no hace mención expresa al medio ambiente en su texto, pero el Artículo 26 exige que los Estados Partes desarrollen medidas en forma progresiva con el fin de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta”³¹. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos el año 2017, conociendo una consulta del Estado Colombiano, dictó la Opinión Consultiva OC-23/17 donde analiza las obligaciones estatales en relación con el medio ambiente, en el marco de la protección y garantías de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado. Afirmando que: “[a]dicionalmente, este derecho [a un medio ambiente sano] también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”.

Dicho instrumento también desarrolló las obligaciones de los estados para el cumplimiento del respeto y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de protección del medio ambiente y que se vinculan con una serie de obligaciones en torno a los daños ambientales, incluidos aquellos que afectan a la biodiversidad:

29. Directrices voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales de proyectos de desarrollo que hayan de realizarse en lugares sagrados o en tierras o aguas ocupadas o utilizadas tradicionalmente por las comunidades indígenas y locales, o que puedan afectar a esos lugares. Secretaría del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

30. Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe Anual 2017*, op. cit.

31. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

126. La Corte advierte que, en el derecho internacional ambiental, existen una multitud de obligaciones específicas que, por ejemplo, se refieren al tipo de daños, tales como las convenciones, acuerdos y protocolos sobre derrames petroleros, el manejo de sustancias tóxicas, el cambio climático o la emisión de gases tóxicos; a la actividad que se busca regular, tales como las convenciones y acuerdos sobre transporte marítimo y fluvial, o al aspecto o elemento del medio ambiente que se busca proteger, tales como los tratados y convenciones sobre derecho marítimo, **de diversidad biológica**³² y de protección de ecosistemas o conservación de especies determinadas. Asimismo, existen tratados que buscan garantizar una protección reforzada en determinadas áreas geográficas, como el Convenio de Cartagena referido por Colombia en su solicitud, en virtud de los cuales las obligaciones establecidas en esta Opinión se deben cumplir de manera más estricta [...].

En ese sentido, si bien dicha Opinión Consultiva no expuso de manera exhaustiva y detallada las obligaciones de los estados en torno a la protección de la biodiversidad, sí expuso las obligaciones generales de los estados en materia ambiental, en aras de respetar y garantizar los derechos humanos de las personas bajo la Convención Americana.

Estas obligaciones son generales porque deben ser cumplidas por los estados sea cual sea la actividad, el área geográfica o el componente del medio ambiente afectado. Estas son: a) Obligación de prevención; que se traduce en que los Estados tienen la responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional; b) Principio de precaución, que en materia ambiental se refiere a las medidas que se deben adoptar en casos donde no existe certeza científica sobre el impacto que pueda tener una actividad en el medio ambiente; c) Obligación de cooperación, contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana, establece la obligación de cooperar internacionalmente a efectos del desarrollo y protección de los derechos económicos, sociales y culturales; y d) Obligaciones de procedimiento, para garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal en el contexto de la protección del medio ambiente; entre ellas se destacan aquellas que dicen relación con: (1) el acceso a la información; (2) la participación pública, y (3) el acceso a la justicia, todo en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente.

32. Destacado del INDH.

Así, las obligaciones anteriormente descritas fueron desarrolladas en relación con los deberes generales de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal, al ser estos los derechos a los cuales hizo referencia el Estado Colombiano en su solicitud y que se resumen de la siguiente manera:

Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio [...]. b. Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado [(..)]. Los Estados deben actuar conforme al principio de precaución, a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica, de conformidad con el párrafo 180 de esta Opinión. Los Estados tienen la obligación de cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente [...]. e. Con el propósito de cumplir la obligación de cooperación, los Estados deben notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos (...). f. Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente, consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana, (...) Los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la participación pública de las personas bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 23.1.a de la Convención Americana, en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente (...) h. Los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión [...].

A nivel regional existe importante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que igualmente han mostrado la relación entre biodiversidad y disfrute de los

derechos humanos. Esto, particularmente en el contexto de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes que viven en áreas ricas en recursos naturales, como bosques, agua y minerales, y mantienen sistemas de vida y costumbres que dependen estrechamente de estos elementos.

La Corte IDH ha declarado, a propósito de casos contenciosos y a instancias de la CIDH, como violaciones a los derechos humanos aquellas actividades de explotación de recursos naturales que derivan en severos impactos a la biodiversidad y otros bienes naturales comunes de uso tradicional de los pueblos indígenas y tribales, de los cuales dependen sus formas de producción, salud, cosmovisiones y fuentes de agua, entre otros; lo que daña y amenaza la base de su reproducción étnica y cultural.

En particular, varios informes de la CIDH han destacado el impacto que tienen los regímenes de otorgamiento de concesiones para la explotación de recursos naturales en los territorios de los pueblos indígenas y tribales, al poder causar daños ecológicos y poner en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de dichos colectivos, además de afectar el ejercicio del derecho a la propiedad protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CIDH, 2015; CIDH, 2009).

Así, a nivel regional existe un reconocimiento respecto a que la biodiversidad provee bienes y servicios que conciernen a los derechos a la vida e integridad personal, por lo que su degradación o pérdida afecta o puede afectar a este grupo de derechos humanos, al igual que a los demás, existiendo obligaciones generales de acuerdo se expuso. No obstante, y cómo se verá en los párrafos siguientes, en el derecho internacional ambiental existe una multitud de obligaciones específicas en torno a la protección y resguardo de la biodiversidad biológica.

3.3.3. El Convenio sobre la Diversidad Biológica

En 1994 Chile ratificó el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y, por ende, se comprometió a implementar acciones para la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad. La importancia del Convenio radica en que, hasta el momento, es el único tratado a nivel internacional que regula de manera exclusiva la diversidad biológica, vinculándola implícitamente con el disfrute de los derechos humanos asociados.

En ese sentido, reconoce la importancia que tiene la diversidad biológica para el desarrollo económico, social y cultural de las personas; advierte su preocupación por la reducción considerable que está sufriendo a consecuencia de determinadas actividades humanas, y enfatiza su valor intrínseco al señalar que su conservación y utilización sostenible “tienen importancia crítica para satisfacer las necesidades alimentarias, de salud y de otra naturaleza de la población mundial en crecimiento”. Además, en su Preámbulo destaca la importancia que la biodiversidad tiene en particular para ciertos grupos, como es el caso de los pueblos indígenas y comunidades locales, quienes han desarrollado formas de vida y culturas que dependen estrechamente de los recursos biológicos que existen en sus territorios, y han desempeñado un papel fundamental en su conservación y uso sostenible.

Por su parte, el texto del Convenio define por primera vez lo que se entiende por Diversidad Biológica, señalando que esta comprende,

[...] la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas (art. 2, párr. 6).

Junto a la definición anterior, el CDB reconoció la necesidad mundial de conciliar la preservación futura de la biodiversidad con el progreso humano, según criterios de sostenibilidad.

En particular, dentro de las medidas específicas que el Estado debe adoptar, se encuentran: (i) identificación de los componentes de la diversidad biológica que sean importantes para su conservación y utilización sostenible; (ii) el establecimiento de un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica; (iii) elaborar estrategias, planes o programas nacionales para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; (iv) integrar, en la medida de lo posible y según proceda, la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica en los planes, programas y políticas sectoriales o intersectoriales; (v) integrar el examen de la conservación y la utilización sostenible de los recursos biológicos en los procesos nacionales de adopción de decisiones; (vi) medidas relativas a la utilización de los recursos biológicos para evitar o reducir al mínimo los efectos adversos para la diversidad biológica; (vii) proteger y alentar la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las

prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible, entre otras medidas.

En cumplimiento de las obligaciones que impone el CDB, Chile emitió el Sexto Informe Nacional de Biodiversidad, reporte que da cuenta del estado, las tendencias y principales presiones que afectan la biodiversidad en el país, junto con evaluar el progreso en el cumplimiento de las metas nacionales de biodiversidad establecidas en la Estrategia y Plan de Acción Nacional para la Diversidad Biológica al 2030³³. También da cuenta del aporte del país en la aplicación y cumplimiento de las metas internacionales de biodiversidad establecidas en el Convenio de Diversidad Biológica, su Plan Estratégico 2011-2020, y las 20 Metas de Aichi. Así, parte del Sexto Informe señala:

Durante el período que reporta este informe (2015-2019), Chile ha avanzado en forma decidida en la protección de nuestro patrimonio natural, a través de logros tales como: la aprobación por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de la nueva Estrategia Nacional de Biodiversidad 2017-2030; el incremento sustancial en la superficie de áreas marinas protegidas en forma oficial (pasando de 15.084.695 hectáreas el año 2014 a 146.938.671 hectáreas a fines del año 2018); la creación de cinco áreas protegidas priorizadas a partir del Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022, adicionando 177.463 hectáreas de humedales protegidos, lo que da cuenta del reconocimiento y relevancia de proteger estos ecosistemas frágiles y valiosos; la consolidación de los Planes de Recuperación, Conservación y Gestión de Especies, un instrumento de conservación que contribuye a la mitigación del riesgo de extinción de las especies; y la creación del Comité de Restauración, junto con la decisión de contar con un Plan Nacional de Restauración de Paisajes, todo lo cual contribuirá a detener la pérdida de biodiversidad y a la adaptación y mitigación del cambio climático (p. 16).

De manera convergente a lo señalado en el CDB, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ha planteado en sus Perspectivas Ambientales al 2050, la necesidad de fortalecer las políticas públicas y los instrumentos para abordar de mejor manera las presiones directas sobre ella, a través de la promoción del uso sustentable, la inserción de los objetivos de biodiversidad en las políticas y planes intersectoriales, y la protección y restauración de ecosistemas y hábitats, entre otros aspectos.

33. Elaborado en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica. Ministerio del Medio Ambiente de Chile.

Finalmente, el nuevo pacto social-global que da origen a la Agenda de Desarrollo Sostenible al 2030 de Naciones Unidas, plantea 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que buscan enfrentar los problemas sociales, económicos y ambientales que aquejan a los países y al planeta. De acuerdo a dicha agenda, no es posible superar la pobreza, el hambre y la desigualdad si, entre otros, no se avanza seriamente en la protección y uso sostenible de la biodiversidad y los recursos naturales.

3.3.4. Estándares internacionales y nacionales sobre Pueblos Indígenas y biodiversidad

Como reconoció la Secretaría de CDB, ya en el año 1996,

[d]urante millones de años, las comunidades locales e indígenas han sabido desarrollar, conservar y utilizar de manera duradera los recursos biológicos existentes en sus territorios. Estas comunidades tienen un conocimiento cercano de la flora y la fauna y de los procesos ecológicos de los ecosistemas en los que habitan y han desarrollado una vasta variedad de plantas y especies animales que servían como alimentos, medicina y para otros propósitos³⁴.

Dicho conocimiento tradicional continúa proveyendo de indicios a los científicos y científicas en agricultura, medicina o en la industria y, por otro lado, sigue proporcionando importantes fuentes de información sobre el uso de los recursos naturales y el manejo de los ecosistemas. Las comunidades locales e indígenas tienen un amplio conocimiento del medio y juegan un importante rol en la aplicación de cualquier política de conservación en lo que a la tierra respecta³⁵.

Así, el Convenio sobre Diversidad Biológica reconoció expresamente la relevancia de la biodiversidad para los Pueblos Indígenas. En su preámbulo consigna:

[...] reconociendo la estrecha y tradicional dependencia de muchas comunidades locales y poblaciones indígenas que tienen sistemas de vida tradicionales basados en los recursos biológicos, y la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

34. UNEP/CBD/COP/3/19, párr. 8.

35. *Ibid.*, párr. 9.

La Secretaría del CDB (1996) pone de manifiesto el lazo existente entre la conservación de la diversidad biológica y la diversidad cultural, así como la dependencia de dichas comunidades en continuar apoyándose en sus recursos biológicos tradicionales; además, reconoce que el conocimiento de los recursos biológicos y técnicas que utilizan puede ser de importante valor fuera de sus comunidades. Lo anterior se traduciría en la idea implícita de que estas comunidades deberían recibir los beneficios cuando estos conocimientos y técnicas resultantes de sus prácticas tradicionales sean utilizadas con mayor amplitud y valor³⁶.

Lo señalado en el preámbulo del CDB tiene su concreción como obligación en la letra j) del artículo octavo del Convenio, que establece:

Artículo 8. Conservación *in situ* Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda:

j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente[...].

Las obligaciones descritas en el inciso (j) del artículo (8) contienen varias exigencias. Estas indican que cada Parte en el Convenio, sujeta a las disposiciones de su legislación nacional, deberá: (i) respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas que representan el estilo de vida tradicional relacionados con la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica; (ii) promover la aplicación en mayor escala de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas con la aprobación y participación de los titulares; (iii) incentivar el compartir equitativo de los beneficios resultantes de la utilización de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas³⁷. Al respecto, el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la OIT, destacando el importante rol que juega para los pueblos indígenas y tribales la diversidad biológica, dispone que es deber del Estado “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con

36. *Ibid.*, párr. 11.

37. UNEP/CBD/COP/3/19, párr. 13.

ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13.1).

A su vez, el Convenio 169 reconoce, en un sentido similar al CDB, el derecho a la integridad cultural de los pueblos indígenas, cuando manifiesta que:

[a] aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (art. 5), y b) [p]rotegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible (art. 10).

En el mismo sentido, la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO establece como una de sus finalidades “la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial”, definiendo este como:

[l]os usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas –junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes– que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana (art. 2.1).

Este enfoque colectivo sobre la propiedad de los conocimientos tradicionales fue adoptado por las Naciones Unidas en la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas. El artículo 31º reconoce los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos tradicionales:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen

derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Así, este enfoque reconoce la propiedad intelectual de los pueblos indígenas y comunidades locales sobre sus conocimientos tradicionales. Mientras que el artículo 32 de la Declaración, reconoce asimismo el derecho de los pueblos a participar en las estrategias que se adopten en torno a dichos recursos.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

A nivel interno, la Ley N° 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los pueblos indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, consagra tanto el derecho de los pueblos indígenas de mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales (Artículo N° 7), como la obligación de los servicios de la administración del Estado de escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas reconocidas en la ley (Artículo N° 34).

Artículo 7°. - El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público.

El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación chilena.

Artículo 34.- Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellas regiones y comunas de alta densidad de población indígena, éstos a través de sus organizaciones y cuando así lo permita la legislación vigente, deberán estar representados en las instancias de participación que se reconozca a otros grupos intermedios.

El Ministerio del Medio Ambiente, en el Sexto Informe Nacional de Biodiversidad (2020), dio cuenta, por vez primera, de información relacionada con algunas de las contribuciones de los pueblos indígenas en materia de conservación de la biodiversidad nacional.

La contribución de los Pueblos Indígenas u Originarios a la conservación y uso sostenible de la biodiversidad quedó plasmada en el Capítulo IV que releva el valor de dicha contribución, destacándose entre las medidas y las prácticas desarrolladas por los Pueblos Indígenas:

[...] los 33 Territorios de Conservación de los Pueblos Originarios (TCPO) que, en conjunto, alcanzan del orden de 257.412 ha y representan el 11% del número total de iniciativas de conservación privadas del país; y, el rol de las “Guardianas de semillas”, que cultivan, reproducen, conservan e intercambian semillas locales de cultivos alimentarios, como también de plantas medicinales nacionales (p. 21).

Asimismo, en dicho informe se da cuenta de diversas instancias que se han generado y desarrollado durante los últimos años para el rescate y consideración de los conocimientos y prácticas de los pueblos indígenas. Entre ellas: participación en instancias consultivas de administración de áreas protegidas; participación en procesos de consultas asociados a la implementación de políticas y/o proyectos de inversión en el marco del SEIA; incorporación de conocimientos y saberes tradicionales en la malla curricular de educación formal; implementación de programas de administración de espacios marinos y costeros protegidos; e implementación de programas de salud pública en los que se reconocen los saberes y prácticas tradicionales de salud (p. 112).

A modo de conclusión de este apartado, es posible apreciar que son diversos los tratados, relatores, órganos de tratados, expertos y expertas independientes que han subrayado la

importancia inherente de la biodiversidad para la realización de derechos humanos como el acceso a la salud, a la libre determinación, a la vida digna, a la alimentación, la salud y la cultura, entre otros. A su vez, la mayoría de ellos destaca que la diversidad biológica juega un rol trascendental respecto a la diversidad cultural, reconociendo la dependencia y vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas y comunidades locales en relación con estos recursos y su deterioro. Por lo que es necesario un reconocimiento y protección adecuada.

En el mismo sentido, el INDH ha sostenido que “[e]n lo sustantivo, la biodiversidad impacta en derechos como la vida, la alimentación, la salud o la vida cultural”³⁸. Mientras que, refiriéndose al especial vínculo entre diversidad y pueblos indígenas, ha señalado que la protección de esta supone “garantizar en última instancia la supervivencia de dichos pueblos, en atención a que los modos de vida, creencias, tradiciones y normas basadas en sus costumbres están fundados en este especial vínculo”³⁹.

4. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

4.1. El SBAP y la preocupante demora en su tramitación legislativa

El 18 de junio de 2014 ingresó el proyecto de ley (“PL o proyecto”), iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Esta iniciativa legal es la respuesta a una obligación que emana del artículo octavo transitorio de la Ley N° 20.417, en cuya virtud se debía enviar al Congreso Nacional dentro de un año desde su publicación, uno o más proyectos de ley por medio de los cuales se creará el mencionado Servicio.

En el mismo sentido, la Ley N° 19.300 (LBGMA, de 1994) establece que la misión de asegurar la diversidad biológica, tutelar la preservación de la naturaleza y conservar el patrimonio ambiental, recae en el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, que hasta la fecha no ha sido creado. Si bien, como se señaló, el 2014 fue ingresado el actual proyecto de ley que busca su instauración, a la fecha de redacción de este Informe sigue en su segundo

38. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2015*, op. cit., p. 179.

39. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2014). *Informe Anual 2014. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 234.

trámite constitucional en la Cámara de Diputados, radicado en la actualidad en la Comisión de Agricultura con Urgencia Simple.

Al respecto, en los años 2015, 2016 y 2017, el INDH señalaba en sus informes anuales la preocupación por la demora en su discusión, instando a los poderes colegisladores a acelerar la tramitación del proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, con el objeto de conservar la biodiversidad en el país, manifestando la necesidad de que los poderes colegisladores incorporen en su tramitación “los ajustes necesarios para el cumplimiento de los estándares internacionales en materia del derecho a un medio ambiente libre de contaminación y los derechos conexos que pudieran verse afectados”⁴⁰. A seis años del primer pronunciamiento del INDH respecto a la preocupante demora en la tramitación del SBAP, se reitera nuevamente la necesidad de su creación, siendo urgente avanzar en su tramitación en el Poder Legislativo. Se lamenta profundamente la demora que ha tenido la creación de este Servicio, institucionalidad prevista desde hace más de una década en la normativa ambiental nacional.

Dicha demora puede tener severas repercusiones no solo en ámbito del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, sino que también respecto al goce y ejercicio de derechos como el derecho a la salud, a la libre determinación, a la vida digna, a la alimentación, a la cultura, entre otros. Preocupa especialmente al INDH que la falta de una institucionalidad en materia de biodiversidad pueda afectar particularmente a las personas en situaciones vulnerables como las poblaciones indígenas y otras comunidades que dependen estrechamente del medio natural para satisfacer sus necesidades materiales y culturales.

Finalmente, como se señaló, el país es signatario de instrumentos internacionales vinculantes en materia de biodiversidad, que, para su correcta aplicación, requieren de una institucionalidad acorde en la materia.

4.2. El Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la regulación de actividades productivas y su compatibilidad con la protección de la naturaleza

El proyecto en discusión, según declara en su artículo primero, tiene por objeto “la conservación de la diversidad biológica y la protección del patrimonio natural del país, a

40. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2016). *Informe Anual 2016. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 171.

través de la preservación, restauración y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas". Para lo anterior, el proyecto en discusión contempla, entre otras medidas que se detallan, "la conservación *in situ* y *ex situ*, la preservación y uso sustentable de genes, especies y ecosistemas y la restauración" (artículo 1° inciso 3°).

Para llevar a cabo esta misión, el PL establece principalmente: (1) la creación de un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, supervisado por el Ministerio del Medio Ambiente; (2) la creación y regulación del Sistema de Áreas Protegidas; (3) la facultad de dictar instrumentos para la conservación de la biodiversidad, y (4) la facultad de fiscalización y sanción del Servicio en la protección de la biodiversidad, entre otros avances.

En relación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas (en adelante "Sistema"), esta materia se encuentra tratada en el Título IV, artículo 53 y ss. del proyecto, que establece que dicho Sistema, estará constituido por el conjunto de áreas protegidas, del Estado y privadas, terrestres y acuáticas, marinas y continentales. Sistema que será gestionado por el SBAP,

[...] de manera eficaz, integral y equitativa, bajo diversas categorías de protección, considerando mecanismos de participación ciudadana, así como estrategias e instrumentos de gestión y de financiamiento, para contribuir al cumplimiento de los objetivos de conservación de la biodiversidad y del patrimonio natural y cultural del país vinculado a ésta (artículo 53, inciso 2°).

Dentro de los objetivos del Sistema están los siguientes: a) Asegurar de manera efectiva la conservación permanente de la biodiversidad y del patrimonio natural, paisajístico y cultural asociado a las áreas que lo conformen, incluyendo aquellos elementos relevantes para la identidad regional o local; [...] c) Mantener o recuperar los servicios ecosistémicos de las áreas protegidas; [...] g) Promover la participación de las personas, comunidades locales y comunidades indígenas en la conservación y gestión de las áreas protegidas, especialmente aquellas que se encuentran alejadas o al interior de las mismas; h) Respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de los componentes de la diversidad biológica; i) Promover la generación de conocimiento, monitoreo y pronóstico de las relaciones entre biodiversidad y cambio climático, a fin de implementar oportunamente medidas de conservación y permitir la adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, dentro y fuera de las áreas protegidas.

Para lo anterior, el sistema propuesto comprenderá las siguientes categorías de Protección; a) Reserva de Región Virgen; b) Parque Nacional; c) Monumento Natural; d) Reserva Nacional; e) Área de Conservación de Múltiples Usos, y f) Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

En relación a las actividades productivas que terceras personas deseen ejecutar en las áreas protegidas, el proyecto aborda su regulación con miras a proteger la biodiversidad. Así, la regla general es prohibir ciertas actividades productivas en algunas categorías de mayor biodiversidad. Por ejemplo, para las categorías de mayor protección, es decir; la Reserva de Región Virgen⁴¹; Parque Nacional⁴² y Monumento Natural⁴³, el PL establece una prohibición general de la explotación productiva y comercial de los recursos naturales, quedando permitido solamente la investigación científica, educación y turismo.

Para las categorías de menor protección; Reserva Nacional Terrestre o Marina⁴⁴, Área de Conservación de Múltiples Usos⁴⁵, y Área de Conservación de Pueblos Indígenas⁴⁶ se sigue una regla inversa a la señalada para las categorías de mayor protección, regula las actividades comerciales productivas o comerciales permitidas: en ellas podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos.

Mientras que, para el caso de Áreas de Conservación de Pueblos Indígenas, el proyecto establece que podrán desarrollarse distintas actividades de usos ancestrales o consuetudinarios, así como actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee (artículo 62 inciso final).

41. Texto del proyecto: Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales, y no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de investigación científica, conforme al artículo 79 y siguientes de esta ley.

42. Texto del proyecto: Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales. En los parques nacionales conformados exclusivamente por ecosistemas marinos, no podrá efectuarse ningún tipo de actividad, salvo aquellas que se autoricen con propósitos de investigación científica, educación o turismo de baja escala, conforme al artículo 79 y siguientes de esta ley.

43. Se prohíbe en esta área la explotación de recursos naturales con fines comerciales.

44. En esta área podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee.

45. En esta área podrán desarrollarse distintas actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee.

46. En esta área podrán desarrollarse distintas actividades de usos ancestrales o consuetudinarios, así como actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee.

Ambas disposiciones deben entenderse en concordancia con lo establecido en el artículo 92 del proyecto propuesto que establece la prohibición de otras concesiones distintas a las establecidas en el artículo 79 en las áreas protegidas del Estado, es decir, solo se autoriza el establecimiento de concesiones de investigación científica, educación o turismo en áreas protegidas que cuenten además con plan de manejo, y siempre que estas no excedan 30 años.

Artículo 92.- Prohibición de otras concesiones. No se podrán otorgar concesiones distintas a las establecidas en el artículo 79 en las áreas protegidas del Estado.

Artículo 79.- Concesiones en áreas protegidas del Estado. En beneficio de los objetivos del Sistema, el Servicio podrá otorgar concesiones en áreas protegidas situadas en bienes fiscales solo para actividades de investigación científica, educación o turismo que requieran la instalación de infraestructura y tengan una duración mayor a un año.

En aquellas áreas protegidas situadas en bienes que se encuentren bajo el control del Ministerio de Defensa Nacional a través de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, el Servicio podrá ceder el uso para actividades de investigación científica, educación o turismo que requieran la instalación de infraestructura permanente y tengan una duración mayor a un año, previo informe de la Subsecretaría referida.

Solo podrán ser objeto de concesiones aquellas áreas protegidas que cuenten con plan de manejo.

Las concesiones en áreas protegidas no podrán exceder de treinta años.

Las reglas establecidas en la presente ley para las concesiones serán igualmente aplicables a las cesiones de uso.

De esta forma, las concesiones reguladas en el proyecto de ley se refieren a actividades de investigación científica, educación o turismo y que no irían en contra de los objetivos del Sistema. En otras palabras, no se trataría de concesiones sectoriales para la realización de actividades en áreas protegidas (tales como concesiones mineras, eléctricas, marítimas u otras).

Un tema aparte es la regulación de los humedales: en el PL en discusión se regula expresamente aquellos humedales de importancia internacional o sitios Ramsar, que de acuerdo al artículo 37 serán subsumidos en una de las categorías de protección establecidas en el artículo 56: Reserva de Región Virgen; Parque Nacional; Monumento Natural; Reserva Nacional; Área de Conservación de Múltiples Usos, y Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

De esta forma el proyecto de ley avanza en instrumentos para la conservación de la biodiversidad respecto humedales priorizados, situación que había sido omitida en su formulación original. El Título I trata aquellos prioritarios o Ramsar (artículo 37), mientras que el párrafo 2° del Título III del proyecto de ley establece la prohibición de alteración física de los humedales que constituyan sitios prioritarios. Para los otros humedales que no sean priorizados y estén inventariados, establece una autorización previa de parte del Servicio para su alteración física⁴⁷.

El INDH considera positiva la incorporación de los humedales al proyecto de ley, toda vez que la adecuada protección de la biodiversidad es condición del goce y ejercicio de numerosos derechos reconocidos en la Constitución y la normativa nacional.

4.3. La participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en materia de áreas protegidas y protección de la biodiversidad

La consideración de modalidades de participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en materia de áreas protegidas y protección de la biodiversidad han avanzado considerablemente en el proyecto de ley hoy en discusión, a raíz del último informe evacuado por la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados. Como señaló el INDH en el Informe Anual 2015, el proyecto de ley original no contemplaba reconocimiento ni valoración de las prácticas y conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas y su aporte a la conservación de la diversidad biológica. Lo anterior fue subsanado en la tramitación actual, incorporando diversas disposiciones a favor de dicho reconocimiento, como se revisará.

Una de las más importantes es la creación de una categoría de protección específica que se denomina “Área de Conservación de Pueblos Indígenas” (artículo 56); dicha figura se define en el artículo 62 del proyecto como:

47. Se define alteración física como: “la extracción de caudales, extracción de áridos, alteración de la barra terminal, alteración de la vegetación azonal hídrica y ripariana, extracción de cubierta vegetal de turberas, modificación de la superficie de humedales urbanos, entre otros similares” (Artículo 41)

[...] un área ubicada en tierras indígenas o en espacios costeros marinos de pueblos originarios, en la que existen especies nativas, hábitats y ecosistemas naturales terrestres o acuáticos, relevantes para la conservación de la biodiversidad local, regional o nacional y que son voluntariamente destinadas y administradas para lograr la conservación de la biodiversidad a largo plazo, así como la protección del patrimonio natural [...].

Acto seguido, establece que,

[...] el objetivo de esta categoría es la conservación de hábitats, especies, servicios ecosistémicos, y valores culturales asociados, así como los conocimientos locales y prácticas tradicionales relacionadas directamente con el uso de los recursos naturales en el área, siempre que sean compatibles con los objetivos de conservación de la misma [...] (inciso 2°, artículo 62).

El inciso 3° por su parte señala que “en esta área podrán desarrollarse distintas actividades de usos ancestrales o consuetudinarios, así como actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee” (inciso 3°, artículo 62).

Que el proyecto de ley establezca un área de conservación de pueblos indígenas implica un avance en su derecho a la libre determinación, en el reconocimiento de sus tradiciones y del valor de los usos ancestrales de los pueblos originarios y comunidades locales relativos a la biodiversidad, en concordancia con los estándares internacionales del Convenio sobre Diversidad Biológica y el Convenio 169 de la OIT. Esta categoría es relevante, considerando que como establece el artículo 62 propuesto, puede crearse dentro de un área ubicada en tierras indígenas o incluso en espacios costeros marinos de pueblos originarios (ECMPO). Lo anterior representa un importante avance en la materia, considerando que el proyecto original no contemplaba a los pueblos indígenas en ninguna de sus disposiciones, tal como alertó el INDH el año 2015 y 2016. Otra de las innovaciones de la versión actual del PL en discusión es que el nuevo Servicio deberá contar con una etapa de participación ciudadana, incluida la participación de pueblos indígenas en la creación, modificación y desafectación de las áreas protegidas, según lo establece el inciso final del artículo 65 del proyecto:

Artículo 65.- Procedimiento para la creación de las áreas protegidas del Estado.

[...] Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento y requisitos para la creación, modificación y desafectación de las

áreas protegidas, el que deberá incluir una etapa de participación ciudadana, de consulta a los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes, así como de consulta a Organizaciones Representativas de Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, de conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y demás disposiciones aplicables. Dicho procedimiento deberá, asimismo, contemplar el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en su finalización.

Una redacción similar hay en el procedimiento para la elaboración y revisión de Planes de Manejo contemplado en el artículo 74 del PL: “dicho procedimiento deberá contemplar la participación de las comunidades, incluyendo a las Organizaciones Representativas de los Pueblos Indígenas, existentes al interior y aledañas al área protegida, de los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes” (inciso 2° artículo 74).

De esta forma, el proyecto de ley propuesto incluye disposiciones sobre participación y consulta indígena en las siguientes hipótesis (i) la creación, modificación y desafectación de áreas protegidas (consulta indígena)⁴⁸; (ii) comités público-privados de apoyo a la gestión del sistema (participación)⁴⁹; (iii) convenios de participación en la gestión de áreas protegidas (participación)⁵⁰; (iv) elaboración de planes de manejo (participación)⁵¹; y (v) otorgamiento de concesiones de investigación científica, educación o turismo (consulta indígena)⁵².

48. Artículo 65. [...] Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento y requisitos para la creación, modificación y desafectación de las áreas protegidas, el que deberá incluir una etapa de participación ciudadana, de consulta a los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes, así como de consulta a Organizaciones Representativas de Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, de conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y demás disposiciones aplicables. Dicho procedimiento deberá, asimismo, contemplar el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en su finalización.

49. Artículo 55. Con el fin de apoyar la gestión del Sistema, el Servicio podrá crear, a nivel regional, comités público-privados, de carácter consultivos, conformados por autoridades regionales, locales y jefes de servicios públicos; propietarios o administradores de áreas protegidas privadas; representantes del sector académico y de organizaciones no gubernamentales; representantes de comunidades locales e indígenas; y representantes del sector productivo. Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente regulará el número mínimo de integrantes, su forma de designación, y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento. (inciso final).

50. Artículo 68. Participación en la gestión de las áreas protegidas del Estado. Para la gestión de las áreas protegidas del Estado, el Servicio podrá celebrar convenios de gestión con autoridades u organizaciones locales, asociaciones o comunidades indígenas, a que se refiere la ley N° 19.253, u otras organizaciones.

51. Artículo 74. Reglamento para la elaboración y revisión de planes de manejo. Un reglamento expedido por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento para la elaboración de los planes de manejo de áreas protegidas, así como los contenidos específicos según categoría.

Dicho procedimiento deberá contemplar la participación de las comunidades, incluyendo a las Organizaciones Representativas de los Pueblos Indígenas, existentes al interior y aledañas al área protegida, de los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes.

52. Artículo 80. [...] b) Deberán evaluar la procedencia de la consulta previa de conformidad con el Convenio 169 de la

Como se indicó, el INDH valora positivamente el gran avance que ha tenido el proyecto de ley en su tramitación al incorporar formas de reconocimiento y participación de los pueblos indígenas y en general de la ciudadanía en la creación y gestión de las áreas protegidas, tal como fue recomendado por el INDH el año 2015. Ello va en la misma dirección que los estándares contenidos en la Convención de Diversidad Biológica ratificada por Chile, que reconocen y valoran el aporte de las prácticas y conocimientos tradicionales de estos pueblos a la conservación de la biodiversidad.

Por otra parte, es necesario que los Reglamentos que se proponen crear, artículos 55 inciso final⁵³ y artículo 68 inciso final⁵⁴, para la regulación de la participación de los pueblos indígenas en el Servicio, cuenten con su participación y sean sometido a su vez al Proceso de Consulta Indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Por otro lado, la redacción de los artículos 65 inciso final y 74 no se adaptan al estándar internacional contenido en el Convenio 169 que no reconoce el concepto de “organizaciones indígenas”, sino el de “instituciones representativas” (artículo 6.I Convenio 169 OIT). Es necesario que el proyecto de ley se adecúe al estándar internacional antes mencionado.

Otro de los temas que el INDH advirtió en su Informe Anual 2015, fue que la legislación no se hacía cargo de la superposición existente entre las áreas protegidas, cuando son parques nacionales, y las tierras de propiedad indígena, según la definición dada por el art. 14 del Convenio 169 de la OIT, respecto de las cuales –si bien no hay estudios detallados– hay antecedentes para pensar que sería significativa. Tal era el caso del Parque Nacional Lauca, emplazado en tierras de propiedad inscrita aymara; el Parque Nacional Villarrica, ubicado en

Organización Internacional del Trabajo, así como promover la participación de las comunidades locales e indígenas a que se refiere la ley N° 19.253, confiriendo prioridad, cuando corresponda, en el objeto de la concesión y sus beneficios.

53. Con el fin de apoyar la gestión del Sistema, el Servicio podrá crear, a nivel regional, comités público-privados, de carácter consultivos, conformados por autoridades regionales, locales y jefes de servicios públicos; propietarios o administradores de áreas protegidas privadas; representantes del sector académico y de organizaciones no gubernamentales; representantes de comunidades locales e indígenas; y representantes del sector productivo. Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente regulará el número mínimo de integrantes, su forma de designación, y demás normas necesarias para su adecuado funcionamiento. (artículo 55 inciso final).
54. Un reglamento dictado por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento y requisitos para la creación, modificación y desafectación de las áreas protegidas, el que deberá incluir una etapa de participación ciudadana, de consulta a los gobiernos regionales y municipalidades pertinentes, así como de consulta a Organizaciones Representativas de Pueblos Indígenas susceptibles de ser afectadas directamente, de conformidad con el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y demás disposiciones aplicables. Dicho procedimiento deberá, asimismo, contemplar el pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad en su finalización. (artículo 68 inciso final)

tierras de ocupación tradicional mapuche; el Parque Nacional Bernardo O'Higgins, localizado en territorio tradicional kawésqar; y el Parque Nacional Rapa Nui, en Isla de Pascua (p. 181). Esta situación también fue observada durante la tramitación legislativa por el Consorcio TICCA (Territorios y Áreas Conservadas por Pueblos Indígenas y Comunidades Locales), donde se señaló que "se dan situaciones como la superposición total o parcial con Áreas Protegidas que se crearon sobre territorios indígenas, sin dialogar con las comunidades y pueblos afectados" (Informe Comisión Medio Ambiente y Recursos Naturales, Cámara de Diputados, p. 41)

Cabe señalar que esta es una temática compleja, que excede con creces el ámbito de las áreas protegidas. Es deber del Estado establecer procedimientos adecuados para la reivindicación de tierras indígenas en la normativa nacional. En ese sentido, el INDH reitera su recomendación del año 2015, en orden a que la legislación nacional debe contemplar procedimientos adecuados para solucionar la reivindicación de tierras de propiedad indígena que hayan sido establecidas como áreas protegidas sin el consentimiento libre y previo de las comunidades⁵⁵.

Finalmente, cabe señalar que los estándares internacionales destacan la conveniencia de compartir equitativamente los beneficios que se derivan de la utilización de los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas pertinentes para la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Al respecto, cabe señalar que el proyecto de ley encomienda al SBAP la regulación del acceso a recursos genéticos en las áreas protegidas del Estado.

Artículo 95.- Acceso a recursos genéticos. Sin perjuicio del permiso referido en el artículo anterior, el Servicio deberá regular las condiciones de acceso a recursos genéticos en áreas protegidas del Estado, así como los beneficios que se deriven de su utilización, a través de convenios con los solicitantes.

55. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2015*, op. cit., p. 181.

5. CONCLUSIONES

En relación a los documentos internacionales revisados:

1. Son diversos los tratados, relatores, órganos de tratados, expertos y expertas independientes con diversos niveles de obligatoriedad para el Estado, que han subrayado la importancia inherente de la biodiversidad para la realización de derechos humanos como el acceso a la salud, a la libre determinación, a la vida digna, a la alimentación, la salud, la cultura, entre otros.

2. A su vez, la mayoría de ellos destaca que la diversidad biológica juega un rol trascendental en relación con la diversidad cultural, reconociendo la dependencia y vulnerabilidad en que se encuentran los pueblos indígenas y las comunidades locales respecto a estos recursos y a su deterioro. Por lo que es necesario un reconocimiento y protección adecuada.

3. El INDH señaló en el Informe Anual 2017 que Chile no ha ratificado el Protocolo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre Diversidad Biológica, conocido como Protocolo de Nagoya. Por ello, el Estado no está obligado a cumplir sus preceptos, lo que debilita la protección en el país de los derechos asociados al conjunto de saberes obtenido por comunidades locales e indígenas en el uso de especies, así como el aseguramiento de la equidad de beneficio de todo posible uso futuro que pueda ser descubierto en nuestro patrimonio natural. No obstante, dichas obligaciones del Estado están consagradas en el artículo 8.j del CDB. En el caso de los pueblos indígenas, además, la obligación de dar protección a la participación justa y equitativa en los beneficios derivados de la utilización de sus conocimientos tradicionales está consagrada también en el Convenio 169 de la OIT, en particular en sus artículos 4°, 5°, 13 y 15.

En relación al proyecto de ley que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas:

4. El INDH ha señalado consistentemente en sus Informes Anuales 2015, 2016 y 2017, la preocupación por la demora en la discusión parlamentaria del PL que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, instando a los poderes colegisladores, a acelerar la tramitación del proyecto de ley.

5. La demora en la creación del SBAP puede traer severas repercusiones, no solo en el ámbito del derecho a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, sino que también respecto al goce y ejercicio de derechos como el derecho a la salud, a la libre determinación, a la vida digna, a la alimentación, a la cultura, entre otros.

6. Preocupa especialmente que la falta de una institucionalidad como el SBAP pueda afectar particularmente a las personas en situaciones vulnerables, como son los pueblos indígenas y otras comunidades locales que dependen estrechamente del medio natural para satisfacer sus necesidades materiales y culturales.

7. El PL establece principalmente: (i) la creación de un Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, con personalidad jurídica y patrimonio propio, supervisado por el Ministerio del Medio Ambiente; (ii) la creación y regulación del Sistema de Áreas Protegidas; (iii) la facultad de dictar instrumentos para la conservación de la biodiversidad, y (iv) la facultad de fiscalización y sanción del Servicio en la protección de la biodiversidad, entre otros avances.

8. Para lo anterior, el Sistema propuesto comprenderá las siguientes categorías de Protección; a) Reserva de Región Virgen; b) Parque Nacional; c) Monumento Natural; d) Reserva Nacional; e) Área de Conservación de Múltiples Usos, y f) Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

9. El PL en discusión regula expresamente aquellos humedales de importancia internacional o sitios Ramsar, que de acuerdo al artículo 37 serán subsumidos en una de las categorías de protección establecidas en el artículo 56: Reserva de Región Virgen; Parque Nacional; Monumento Natural; Reserva Nacional; Área de Conservación de Múltiples Usos, y Área de Conservación de Pueblos Indígenas. Mientras que el párrafo 2° del Título III del proyecto de ley se refiere a los demás humedales.

10. En relación a la regulación de las actividades productivas en la Reserva de Región Virgen, Parque Nacional y Monumento Natural, el PL establece una prohibición general de la explotación productiva y comercial de los recursos naturales, quedando permitido solamente la investigación científica, educación y turismo.

11. Para las categorías de menor protección -Reserva Nacional Terrestre o Marina, Área de Conservación de Múltiples Usos, y Área de Conservación de Pueblos Indígenas-, se sigue una regla inversa a la señalada para las categorías de mayor protección, pues regula las actividades comerciales productivas o comerciales permitidas: en ellas podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos.

12. Para las Áreas de Conservación de Pueblos Indígenas, el Proyecto establece que podrán desarrollarse distintas actividades de usos ancestrales o consuetudinarios, así como actividades de uso sustentable, siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee (artículo 62, inciso final).

13. La consideración de modalidades de participación de los pueblos indígenas y comunidades locales en materia de áreas protegidas y protección de la biodiversidad han avanzado considerablemente en el proyecto de ley en discusión a raíz del último informe evacuado por la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Cámara de Diputados.

14. De esta forma, el proyecto de ley propuesto incluye disposiciones sobre participación y consulta indígena en las siguientes hipótesis: (i) la creación, modificación y desafectación de áreas protegidas (consulta indígena); (ii) gestión del Sistema, a través de Comités público-privados (participación); (iii) convenios de participación en la gestión de áreas protegidas (participación); (iv) elaboración de planes de manejo (participación), y (v) otorgamiento de concesiones de investigación científica, educación o turismo (consulta indígena).

15. El proyecto de ley establece un área de conservación de pueblos indígenas, lo que implica un avance en el derecho a la libre determinación, reconocimiento de tradiciones y valor de los usos ancestrales de pueblos originarios y comunidades locales en torno a la biodiversidad. Esta categoría es relevante, considerando que como establece el artículo 62 propuesto, puede crearse dentro de un área ubicada en tierras indígenas o incluso en espacios costeros marinos de pueblos originarios (ECMPO). Lo anterior representa un importante avance en la materia, considerando que el proyecto original no contemplaba a los pueblos indígenas en ninguna de sus disposiciones, tal como alertó el INDH el año 2015 y 2016.

16. Es necesario que los Reglamentos que se proponen crear para la regulación de la participación de los pueblos indígenas, artículos 55 inciso final y artículo 74 inciso final, sean sometido a su vez al Proceso de Consulta Indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

Aspectos que el INDH solicita se consideren en la tramitación legislativa:

17. La redacción de los artículos 65 inciso final y 74 no se adapta al estándar internacional contenido en el Convenio 169, que no reconoce la voz “organizaciones indígenas” sino que el concepto “instituciones representativas” (artículo 6.I Convenio 169 OIT). Es necesario que el proyecto de ley se adecúe a dicho estándar internacional.

18. Otro problema que el INDH advirtió en su Informe Anual 2015, fue que la legislación chilena no se hacía cargo de la superposición existente entre las áreas protegidas cuando son parques nacionales y las tierras de propiedad indígena, según la definición dada por el art. 14 del Convenio 169 de la OIT.

6. RECOMENDACIONES QUE EMANAN DE OBLIGACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. El INDH reitera la necesidad de crear el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, en atención a que dicha institución es importante para asegurar el goce y ejercicio de los derechos a vivir en un medio ambiente sano o libre de contaminación, y también otra serie de derechos, como el derecho a la libre determinación, a la alimentación, a la cultura, entre otros. Es urgente avanzar en su tramitación en el Poder Legislativo

2. El INDH recomienda que los Reglamentos que se proponen crear para la regulación de la participación de los pueblos indígenas en las áreas protegidas del Estado, cuente con la participación de los pueblos y que este sea sometido al Proceso de Consulta Indígena de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.

3. El INDH reitera su recomendación del año 2015 en Informe Anual (p. 181), en orden a que la normativa nacional debe contemplar procedimientos adecuados para

solucionar la reivindicación de tierras de propiedad indígena que hayan sido establecidas como áreas protegidas sin el consentimiento libre y previo de las comunidades, de conformidad con el derecho internacional aplicable.

4. Es necesario que el PL se adecúe al estándar internacional que establece el concepto de "instituciones representativas" (6.1 Convenio 169 OIT) y no el de "organizaciones indígenas".

Informe sobre el proyecto de ley que “Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental, y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (Boletín N° 12.714-12)

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 23 de agosto de 2021 - Sesión Ordinaria N° 625.

I. RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe aborda el análisis del proyecto de ley¹ que moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, instrumento de gestión que se encuentra establecido en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente, y que se define como el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normas vigentes, según señala el artículo 2, letra i) de la ley en comento.

En el informe se abordan los siguientes puntos: a) los estándares internacionales y nacionales sobre el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; b) el análisis del proyecto en relación a las modificaciones propuestas, y c) temáticas abordadas en cuanto a la materia en estudio. Finalmente, se formulan conclusiones y recomendaciones respecto del proyecto de ley.

1. Mensaje presidencial N° 097-367, de fecha 18 de junio de 2019, con el que inicia un proyecto de ley que introduce modificaciones en el sistema de evaluación de impacto ambiental. Tramitación legislativa disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

2. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

a. Marco jurídico nacional

El medio ambiente libre de contaminación como Derecho Humano encuentra su consagración normativa en el artículo 19 N° 8° de la Constitución Política de la República, que señala:

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente².

Por su parte, la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA), define el medio ambiente en el artículo 2, letra II) como:

[El] sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones.

Por su parte, el artículo 2, letra d) del mismo cuerpo legal, conceptualiza a un “contaminante” como:

[T]odo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental.

En relación con esta normativa, el Excelentísimo Tribunal Constitucional declara:

2. Chile. (1980). Constitución Política de la República de Chile. Santiago, Chile: Editorial Jurídica. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>

Al dictar una norma de emisión, como también al aprobar las normas de calidad ambiental, o un plan de prevención o descontaminación, los órganos del Estado competentes que intervienen en su génesis, lo hacen para cumplir el deber que el artículo 19 N° 8 CPR impone al Estado en su conjunto de velar por que el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza³.

A mayor abundamiento, este mismo tribunal ha señalado que:

La función social comprende la preservación del patrimonio ambiental. La propia CPR señala, en el N° 8 de su art. 19, que es deber del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el N° 24 del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento, en conformidad además con el art. 2°, letra b), de la Ley N° 19.300⁴.

En este mismo sentido, la Corte Suprema ha afirmado en relación con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación que este:

[Está] destinado a proteger y amparar derechos sociales de carácter colectivo, cuyo resguardo interesa a la comunidad toda, tanto en el plano local como en el nivel nacional, a todo el país, ello porque se comprometen las bases de la existencia como sociedad y nación, porque al dañarse los recursos naturales, se limitan las posibilidades de vida y desarrollo no sólo de las actuales generaciones sino también de las futuras. En este sentido, su resguardo interesa a la colectividad toda por afectar a una pluralidad de sujetos que se encuentran en una misma situación de hecho, y cuya lesión, pese a ser portadora de un gran daño social, no les causa daño significativo o apreciable claramente en su esfera individual⁵.

3. Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 577-06, considerando 11°.

4. Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 1309-09, considerando 6°.

5. Corte Suprema. Causa Rol de Ingreso N° 2732-96 caratulada "Guido Girardi y otros con Comisión Regional del Medio Ambiente de Magallanes".

De esta forma, la Corte desarrolla el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación como un derecho que no tiene una naturaleza meramente individual, sino también colectiva, debiendo incluso considerarse las afectaciones a las generaciones futuras.

En otro fallo, relacionado con la explotación de las aguas en el Lago Chungará, Rol N° 19.824, la Corte Suprema desarrolló aún más esta última idea, planteando que:

[U]n postulado de la ecología es entregar a las generaciones futuras un mundo por lo menos igual si no mejorado del recibido de generaciones poco preocupadas de la naturaleza, lo que motivó la declaración de Estocolmo (del año 1972), celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas, en que todas las naciones acordaron hacer las paces con la naturaleza pues hasta ese momento, todo desarrollo se hacía a costa de destruirla y es así como bosques, lagos, ríos y mares se han convertido en desiertos o porciones putrefactas de aguas, incapaces de sustentar la vida en su seno⁶.

Sin perjuicio de lo señalado respecto de la consagración constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, debe considerarse que la LBGMA es la normativa que operativiza dicha garantía constitucional.

i. Institucionalidad ambiental vigente en Chile (Leyes N° 19.300, 20.417 y 20.600)

Tal como ha referido el INDH, nuestro país cuenta con legislación medioambiental específica desde 1994, año en que se adoptó la LBGMA. La norma fue objeto de una importante reforma en 2010 con la promulgación de la Ley N° 20.417, que creó el Ministerio del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente. Estas disposiciones, junto con la Ley N° 20.285 sobre acceso a la información pública, constituyen la base normativa del país en estas materias⁷.

En cuanto al diseño institucional en materia ambiental, a la cabeza se ubica el Ministerio del Medio Ambiente (MMA), con la función de definir las políticas y normas de regulación ambiental, además de velar por el cumplimiento de las convenciones internacionales en que Chile sea parte en materia ambiental. El MMA es apoyado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, instancia multisectorial que aprueba dichas políticas y regulación.

6. Corte Suprema. (diciembre, 1985). *Revista Fallos del Mes*, N° 325, p. 826.

7. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 165.

Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) es el encargado de la gestión ambiental, específicamente de la administración del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). El objetivo último del SEIA es evaluar los impactos ambientales que pudieren generar los proyectos y/o actividades de inversión, de manera de establecer medidas de mitigación, compensación y/o reparaciones necesarias para que puedan desarrollarse. Este sistema considera dos modalidades de evaluación: la declaración de impacto ambiental (DIA) y el estudio de impacto ambiental (EIA), este último reservado a iniciativas que presentan algunos de los impactos y cargas ambientales reconocidos en el artículo II de la LBGMA⁸.

La coordinación del sistema de fiscalización ambiental, en tanto, corresponde a la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), órgano encargado de verificar el cumplimiento de las Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA), Normas de Calidad, Normas de Emisión, Planes de Prevención y/o Descontaminación, Programas de Cumplimiento y Planes de Reparación.

A esta institucionalidad administrativa se añadieron los Tribunales Ambientales (TA), creados por la Ley N° 20.600 (LTA) el año 2012. De conformidad con el artículo 1° de dicha ley, los TA son “órganos jurisdiccionales especiales, sujetos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es resolver las controversias medioambientales de su competencia y ocuparse de los demás asuntos que la ley somete a su conocimiento”.

Su implementación fue progresiva, partiendo en diciembre de 2012 con la constitución del Segundo Tribunal Ambiental de Santiago, continuando con el Tercer Tribunal Ambiental de Valdivia en el año 1993, y concluyendo con la instalación del Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta, en octubre de 2017.

En términos generales, estos tribunales son competentes para “conocer de recursos de reclamación judicial contra diversos actos de órganos del Estado que ejercen la función ambiental estatal, relacionados con instrumentos de gestión ambiental”⁹, es decir, conocen la reclamación de un acto administrativo como, por ejemplo, la revisión de una resolución

8. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2012). *Informe Anual 2012. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 28.

9. Boettiger, C. (enero, 2014). La relación de los Tribunales Ambientales con la Justicia ordinaria. *Revista Actualidad jurídica* N° 29, pp. 295-296.

de la SMA que aplique sanciones o resuelve la consulta de ciertas medidas provisionales adoptadas por la SMA. Adicionalmente, tienen competencia para conocer de manera directa la acción de reparación de daño ambiental¹⁰.

De esta forma, la regla general es que los TA operen como mecanismo de control judicial de los actos de la administración medioambiental. Sin embargo, la Ley N° 20.600 exige el agotamiento de la vía administrativa antes de admitir una reclamación judicial en dicha jurisdicción. En este sentido, el TA se pronunciará sobre las resoluciones de aspectos que ya han sido reclamados administrativamente y no se les puede solicitar que se aboquen al conocimiento directo de una Resolución de Calificación Ambiental, o que invaliden un acto administrativo de carácter ambiental. Por el contrario, los TA solo se pronunciarán sobre las resoluciones de las autoridades medioambientales.

Con respecto al SEIA, en particular, la OCDE en su Evaluación de Desempeño Ambiental del año 2016 señaló:

[EL] Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) sigue siendo el componente esencial de la reglamentación ambiental en Chile. Los proyectos a los que se les exige una completa evaluación del impacto ambiental (EIA), en lugar de una declaración sobre dicho impacto, representan más del 40% del valor de las nuevas inversiones, lo que refleja la efectividad de los controles.

Sin embargo, las disposiciones vigentes sobre participación de la ciudadanía en estas evaluaciones no contienen disposiciones que garanticen la adecuada consideración de proyectos alternativos o la minimización del impacto ambiental potencial, lo que puede dar origen a conflictos ambientales y sociales¹¹.

ii. Recomendaciones formuladas por el INDH respecto de la institucionalidad ambiental nacional

Recientemente, a raíz de los episodios de contaminación que afectaron al sector industrial de Quintero, Puchuncaví y Ventanas entre agosto y octubre de 2018, donde resultaron intoxicadas más de 1.600 personas por exposición ambiental a gases, el INDH recomendó al Estado que:

10. *Ibid.*, p. 295.

11. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y Naciones Unidas. CEPAL. (2016). *Evaluación de desempeño ambiental*. Chile. Santiago, Chile: OCDE, CEPAL p. 28

[Ingrese] un proyecto de reforma de ley con suma urgencia respecto de la actual normativa sobre Bases Generales del Medio Ambiente, Ley 19.300, que –atendida la actual crisis ambiental que nos convoca– ha evidenciado no cumplir con los actuales estándares internacionales que garantizan el derecho de la población a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Esto implica una contradicción con la Constitución Política de la República, así como los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado de Chile y vigentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, que aseguran a todos los habitantes del territorio nacional a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y obligan al Estado a resguardar la naturaleza. En este sentido, es sumamente necesario que la mencionada legislación establezca la tipificación de delitos ambientales, obligue a regular las emisiones de todo tipo de agentes contaminantes que pudiesen o no resultar nocivos a la población, adecuando dichas normativas a los estándares que establecen los organismos internacionales expertos en la materia, referentes a aguas dulces y saladas, aire y suelo; así como asegurar los mecanismos que permitan una participación efectiva y con incidencia por parte de la ciudadanía, lo que implicará para el Estado de Chile proceder con la debida diligencia que ameritan temáticas como estas, al mismo tiempo que otorgan un marco de acción legal que resguarde los derechos humanos de quienes habitan la zona, a las empresas e industrias que actualmente allí operan¹².

Con el objetivo de fortalecer la institucionalidad ambiental vigente y que permita garantizar de manera efectiva el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, es que el INDH recomendó también al Ejecutivo que:

Modifique, a la brevedad, los actuales instrumentos que rigen el ordenamiento territorial de la zona, el Plan Regulador Metropolitano de Valparaíso y se congelen las autorizaciones de inversión en las 754 hectáreas aún disponibles para actividades industriales peligrosas. Asimismo, considera necesaria la modificación del actual Sistema de Evaluación Ambiental, que no permite considerar la concentración de proyectos empresariales en los territorios ni ver sus impactos acumulativos, ambas cuestiones ya advertidas por el INDH en su Informe Anual del año 2014¹³.

12. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Misión de Observación. Zona de Quintero y Puchuncaví. 11 al 13 de septiembre de 2018. Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos en sesión ordinaria N° 446 del 1° de octubre de 2018. Santiago, Chile, p. 22.

13. *Ibid.* p. 23.

Anteriormente, el INDH ya había señalado la necesidad de robustecer la institucionalidad ambiental, justamente en razón de la crisis ambiental vivida el año 2016 en el seno de Reloncaví provocada por la marea roja, y posteriormente agravada por el vertimiento masivo de salmones el mes de mayo de ese mismo año. En ese sentido se había afirmado que:

El Estado debe fortalecer su institucionalidad de manera de garantizar los derechos fundamentales de la población. Desde la perspectiva de la Institucionalidad vigente, se recomienda al Estado que frente a situaciones de emergencia o catástrofe ambiental que implique riesgo para la población, reaccione prontamente para salvaguardar el derecho a la integridad de la población, actuando de manera eficiente e integral en beneficio de quienes resulten afectados/as¹⁴.

Por último, en el capítulo sobre empresas y derechos humanos del Informe Anual 2018, el INDH señaló lo siguiente:

[Se recomienda] en particular a los poderes colegisladores, la inclusión de una perspectiva de derechos humanos en la tramitación de las iniciativas legislativas que se impulsen en los temas medioambientales, en particular en el proyecto de reforma al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, así como en el vinculado a la agenda pro inversión. Esto, de modo que se garanticen y protejan los derechos humanos de todas las personas que habitan el territorio nacional y no deriven en potenciales afectaciones por parte de actores estatales y no estatales.

En virtud de lo anterior, el INDH recomienda a los poderes colegisladores que refuercen las capacidades técnicas del SEIA para anticipar –en el marco de la evaluación de impacto ambiental– los impactos sinérgicos de las actividades productivas; así como las prerrogativas y capacidades institucionales de la Superintendencia del Medio Ambiente para su posterior fiscalización. Esto, teniendo especial cautela con aquellas zonas donde se han concentrado diversas actividades industriales, y que requieren de los debidos resguardos que permitan a la población aledaña el pleno goce de sus derechos humanos¹⁵.

14. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Informe Misión de Observación. Situación socioambiental Región de Los Lagos. Junio 2016. Publicado en julio 2017. Santiago, Chile.

15. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Anual 2018. Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 163.

b. Estándares internacionales de derechos humanos

i. Estándares interamericanos sobre el derecho a un medio ambiente sano

El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación ha sido fuertemente desarrollado en el ámbito regional interamericano. En particular, el artículo II del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”¹⁶, establece:

Derecho a un Medio Ambiente Sano. 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del Medio Ambiente.

Con posterioridad a esta consagración, los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han abordado las condiciones ambientales existentes en los países miembros de la OEA, dándole contenido y forma a las obligaciones estatales en la materia. En particular, la Opinión Consultiva N° 23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), reconoce la relación innegable entre la protección del medio ambiente y el disfrute de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático pueden afectarlos de manera efectiva. En tal sentido, la Corte:

[Resalta] la estrecha relación entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales –que incluye el derecho a un medio ambiente sano– y la de los derechos civiles y políticos, e indica que las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros¹⁷.

16. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. El Estado de Chile firmó el tratado el 5 de junio de 2001 y hasta la fecha no lo ha ratificado. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado tiene la obligación de “abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado” durante el periodo que medie entre la firma y la ratificación del mismo.

17. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-23/17 Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la

Y agrega:

De esta relación de interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales, como fue expresado por el Experto independiente, todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio. [...].

Como consecuencia de la estrecha conexión entre la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos, actualmente (i) múltiples sistemas de protección de derechos humanos reconocen el derecho al medio ambiente sano como un derecho en sí mismo, particularmente el sistema interamericano de derechos humanos, a la vez que no hay duda que (ii) otros múltiples derechos humanos son vulnerables a la degradación del medio ambiente, todo lo cual conlleva una serie de obligaciones ambientales de los Estados a efectos del cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de estos derechos. Precisamente, otra consecuencia de la interdependencia e indivisibilidad entre derechos humanos y la protección del medio ambiente es que, en la determinación de estas obligaciones estatales, la Corte puede hacer uso de los principios, derechos y obligaciones del derecho ambiental internacional, los cuales como parte del *corpus iuris* internacional contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de las obligaciones derivadas de la Convención Americana en esta materia¹⁸.

Luego, refiriéndose a los derechos a la vida y a la integridad personal en relación con la protección del medio ambiente, la Corte señala:

[En] virtud de las consideraciones anteriores, la Corte establece que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a la justicia, en relación con las obligaciones estatales para la protección del medio ambiente que han sido enunciadas previamente en esta Opinión. En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al

vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos), párrafo 47.

18. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 54-55.

acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental¹⁹.

Por último, dentro de los esfuerzos recientes de carácter regional, cabe destacar el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú) cuyo símil europeo se encuentra en el Convenio de Aarhus, de 1998.

Este acuerdo regional profundiza y da forma operativa al principio 10 establecido en la Cumbre de Río de 1992, sobre la participación, acceso a la información y la justicia ambiental, con el fin de que los temas ambientales sean abordados como región. Ha sido firmado por 15 países, y dentro de sus objetivos señala el de,

[...] garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible²⁰.

En cuanto al contenido del Acuerdo de Escazú en materia de Acceso a la Información Ambiental, participación pública y acceso a la Justicia en asuntos ambientales, que se regulan principalmente en los artículos 5º, 7º y 8º, profundiza en los estándares para que dicho acceso sea efectivo. Particularmente, establece obligaciones de acceso y participación, que deberán desarrollarse en igualdad de condiciones, respetando los principios ambientales de prevención, precaución, no regresión, entre otros mencionados en su artículo 3º. Sin embargo, cabe advertir y señalar que este instrumento no ha sido ratificado por Chile.

19. *Ibid.*

20. Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, p. 15. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf

ii. La interrelación del derecho a un medio ambiente sano y los demás derechos humanos

No obstante la ausencia de referencia al medio ambiente en la mayor parte de los instrumentos normativos internacionales, los órganos internacionales han recomendado una amplia gama de obligaciones estatales destinadas a mantener un estándar de protección del medio ambiente que permita como corolario disfrutar de los demás Derechos Humanos garantizados. En este sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y el medio ambiente, John Knox, señaló sobre las obligaciones de los estados relacionadas con el disfrute a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, que:

[Un] aspecto inusual del desarrollo de las normas de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente es el hecho de que tales normas no se basan primordialmente en el reconocimiento expreso de un derecho humano a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible o, más sencillamente, a un derecho humano a un medio ambiente saludable [...] Los órganos creados en virtud de tratados, los tribunales regionales, los relatores especiales y otros órganos internacionales de derechos humanos han aplicado más bien el derecho de los derechos humanos a las cuestiones ambientales mediante un 'ecologización' de los derechos humanos existentes, incluidos los derechos a la vida y a la salud²¹.

A mayor abundamiento, sobre la interrelación entre la degradación del medio ambiente y el goce y ejercicio de derechos humanos, y la consagración de la garantía a un medio ambiente sano, Knox expresó que:

[Los] daños ambientales afectan al pleno disfrute de una amplia gama de derechos humanos, y las obligaciones de los Estados de respetar tales derechos, de protegerlos de injerencias y de hacerlos plenamente efectivos se aplican en el contexto ambiental al igual que en los demás [...]. Así pues, el reconocimiento expreso del derecho humano a un medio ambiente saludable resultó ser innecesario para la aplicación de las normas de derechos humanos a las cuestiones ambientales. Paralelamente, es significativo que

21. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. (enero, 2018). *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*. A/HRC/37/59.

la gran mayoría de los países del mundo hayan reconocido ese derecho en el plano nacional o regional o ambos²².

iii. Estándares internacionales sobre el derecho de acceso a la información y participación en relación con la realización de otros derechos humanos en el contexto de la protección del medio ambiente

El derecho de acceso a la información se deriva explícitamente de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

A su vez, el Relator Especial Frank La Rue en su “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”²³ detalla los principios básicos que deben servir de guía para el diseño de una institucionalidad que garantice el derecho al acceso a la información, entre los que se encontrarían la máxima divulgación, la obligación de publicar, promoción de la transparencia en la administración pública, la existencia de un régimen restringido de excepciones, un procedimiento para facilitar el acceso, y protección para quienes denuncian actuaciones indebidas, entre otros.

Por su parte, el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en los siguientes términos:

22. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, *op. cit.*

23. Naciones Unidas. (septiembre, 2013). *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. (A/68/362).*

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

El derecho de acceso a la información forma parte del derecho de libertad de expresión, según ha establecido la Corte IDH:

[E]l artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a “buscar” y a “recibir” “informaciones”, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.

Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto²⁴.

En particular, en el contexto de la protección al medio ambiente, la Corte IDH ha especificado que,

[Constituyen] asuntos de evidente interés público el acceso a la información sobre actividades y proyectos que podrían tener impacto ambiental. En este sentido, la Corte ha considerado de interés público información sobre actividades de exploración y explotación de los recursos naturales en el territorio de las comunidades indígenas y el desarrollo de un proyecto de industrialización forestal²⁵ [...] el acceso a la información tiene una relación intrínseca con la participación pública con respecto al desarrollo sostenible y la protección ambiental²⁶.

Por otra parte, el artículo 23.I.a) de la CADH consagra el derecho a la participación ciudadana dentro del marco de los derechos políticos, estableciendo que todas las personas

24. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, párr. 77.

25. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva, *op. cit.*, párr. 214.

26. *Ibid.*, párr. 217.

tienen el derecho de “participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos”. Con respecto a los asuntos ambientales, la Corte IDH señala que:

[La] participación representa un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al medio ambiente. Asimismo, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales.

[...]

Por tanto, esta Corte estima que, del derecho de participación en los asuntos públicos, deriva la obligación de los Estados de garantizar la participación de las personas bajo su jurisdicción en la toma de decisiones y políticas que pueden afectar el medio ambiente, sin discriminación, de manera equitativa, significativa y transparente, para lo cual previamente deben haber garantizado el acceso a la información relevante²⁷.

Todo lo anterior queda definitivamente relacionado con el medioambiente en el principio 10 de la Declaración de Río (1992). Este establece la participación ciudadana, la información y la justicia ambiental relacionado con las diversas cuestiones medioambientales que les afecten, en donde se reconoce a la ciudadanía como un actor relevante a la hora de referirse al medio ambiente y sus territorios, y establece también lo siguiente:

Principio 10. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que ofrecen peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación del público poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes²⁸.

27. *Ibid.*, párr. 228 y 231.

28. Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Río 1992. Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>

Como se destaca en el sitio web del Ministerio de Relaciones Exteriores, Chile tuvo un papel preponderante a nivel regional en el intento de lograr un acuerdo vinculante que pusiera en práctica este principio. Al respecto, consigna explícitamente:

A 20 años de la aprobación del Principio 10 de la Declaración de Río, Chile -a través del Ministerio de Relaciones Exteriores y con el apoyo del Ministerio de Medio Ambiente- lideró una declaración regional en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20, Brasil junio 2012), iniciándose así un proceso de colaboración para la implementación cabal de los derechos de acceso a la información, participación y justicia ambiental. Con ello se manifiesta la voluntad de iniciar un proceso que explore la viabilidad de contar con un instrumento regional que puede ir desde guías, talleres y buenas prácticas hasta un convenio regional abierto a todos los países de la región y con la significativa participación de toda la ciudadanía²⁹.

El Relator Especial John Knox, en el informe citado, destaca la retroalimentación positiva que existe entre la promoción de derechos de acceso a la información junto a la participación y la protección de un medio ambiente sano. En particular, declara lo siguiente:

17. El derecho humano de todas las personas a buscar, recibir e impartir información incluye la información sobre cuestiones ambientales. El acceso público a la información ambiental permite que los individuos comprendan en qué medida el daño ambiental puede menoscabar sus derechos, incluidos sus derechos a la vida y la salud, y servir de apoyo al ejercicio de otros derechos, como los derechos de expresión, asociación, participación y reparación.

18. El acceso a la información ambiental tiene dos dimensiones. En primer lugar, los Estados deben reunir, actualizar y difundir periódicamente información ambiental, como la información sobre la calidad del medio ambiente, incluidos el aire y el agua; la contaminación, los desechos, los productos químicos y otras sustancias potencialmente nocivas que se introducen en el medio ambiente; los impactos ambientales reales o que constituyan una amenaza para la salud y el bienestar humanos; y las leyes y políticas pertinentes. En particular, en situaciones que entrañen una amenaza inminente de daño a la salud humana o al medio ambiente, los Estados han de garantizar que toda la

29. Principio 10: Acuerdo Internacional en favor de Derechos Ciudadanos. Disponible en <https://minrel.gob.cl/principio-10-acuerdo-internacional-en-favor-de-derechos-ciudadanos/minrel/2014-01-09/164310.html> (Revisado el 06/08/2019).

información que permita que la población adopte medidas de protección se difunda inmediatamente entre todas las personas afectadas, independientemente de que las amenazas obedezcan a causas naturales o humanas.

19. En segundo lugar, los Estados deben proporcionar un acceso asequible, efectivo y oportuno a la información ambiental en poder de las autoridades públicas, a petición de cualquier persona o asociación, sin necesidad de que demuestren un interés legítimo o de otra índole. Los motivos para denegar una solicitud deben establecerse claramente e interpretarse de manera restrictiva, teniendo en cuenta el interés público en favor de la divulgación. Además, los Estados deben orientar a la población sobre el modo de obtener información ambiental.

Finalmente, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-23/17 analizó en particular los derechos de acceso a la información y participación, llegando a las siguientes conclusiones:

221. Adicionalmente, conforme lo ha reconocido esta Corte, el derecho de las personas a obtener información se ve complementado con una correlativa obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocerla y valorarla. En este sentido, la obligación del Estado de suministrar información de oficio, conocida como la "obligación de transparencia activa", impone el deber a los Estados de suministrar información que resulte necesaria para que las personas puedan ejercer otros derechos, lo cual es particularmente relevante en materia del derecho a la vida, integridad personal y salud. Asimismo, este Tribunal ha indicado que la obligación de transparencia activa en estos supuestos, impone a los Estados la obligación de suministrar al público la máxima cantidad de información en forma oficiosa. Dicha información debe ser completa, comprensible, brindarse en un lenguaje accesible, encontrarse actualizada y brindarse de forma que sea efectiva para los distintos sectores de la población.

[...]

225. Por tanto, esta Corte considera que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar el acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente. Esta obligación debe ser garantizada a toda persona bajo su jurisdicción, de manera accesible, efectiva y oportuna, sin que el individuo solicitando la información tenga que demostrar un interés específico. Además, en el marco de la protección del medio ambiente, esta obligación implica tanto la provisión de mecanismos y

procedimientos para que las personas individuales soliciten la información, como la recopilación y difusión activa de información por parte del Estado. Este derecho no es absoluto, por lo que admite restricciones, siempre y cuando estén previamente fijadas por ley, responden a un objetivo permitido por la Convención Americana y sean necesarias y proporcionales para responder a un interés general en una sociedad democrática.

[...]

232. En lo que se refiere al momento de la participación pública, el Estado debe garantizar oportunidades para la participación efectiva desde las primeras etapas del proceso de adopción de decisiones e informar al público sobre estas oportunidades de participación. Finalmente, los mecanismos de participación pública en materia ambiental son variados e incluyen, entre otros, audiencias públicas, la notificación y consultas, participación en procesos de formulación y aplicación de leyes, así como mecanismos de revisión judicial³⁰

iv. Otros estándares internacionales aplicables

La preocupación internacional por la situación ambiental y la protección del medio ambiente tiene su punto de inicio en la Cumbre de la Tierra o Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en 1972. Dicha Declaración marcó un hito en la relación del ser humano con el entorno natural, al incorporar la idea de que el crecimiento de la población plantea continuamente problemas relativos a la preservación del medio. En ese sentido, la Cumbre de la Tierra abogó por el respeto a los límites del crecimiento de nuestro planeta y a los recursos que es capaz de entregar, en pos de su preservación en beneficio de las generaciones presentes y futuras.

A partir de ese momento se comenzó a discutir y gestar, tanto a nivel nacional como en la comunidad internacional, respuestas dentro del ordenamiento jurídico que pudieran hacer frente a las crisis ambientales del siglo XX. En tal sentido, la Constitución chilena fue pionera a nivel regional, en incorporar en el catálogo de garantías fundamentales el derecho constitucional a vivir en un ambiente libre de contaminación: artículo 19 N° 8, de 1980.

Así, en un breve periodo de tiempo, se evidenció un extenso desarrollo normativo de lo que se entiende por medio ambiente sano y las garantías a las que se encuentra vinculado en

30. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva, *op. cit.*

el Sistema Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido es importante destacar la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río +20) de 2012, y la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de 2015, entre otros instrumentos de *soft law*.

Si bien estos instrumentos reconocen de manera explícita la garantía de vivir en un medio ambiente sano, ninguno se traduce en normas internacionales vinculantes. Sin perjuicio de ello, estos instrumentos han ido consagrando un sistema de protección internacional del derecho a un medio ambiente saludable. Del mismo modo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación se encuentra contenido en otros instrumentos de carácter internacional, integrado por las siguientes Declaraciones y Conferencias internacionales:

I. Cumbre de Río +20 (2012): las naciones participantes, incluido Chile, ratificaron lo establecido en la Cumbre de Río de 1992 y destacaron la importancia del principio de la participación, el acceso a la información y la justicia ambiental como mecanismos que profundizan la democracia y la toma de decisiones relacionadas con el medio ambiente. Ello se materializó en la adopción del documento “El Futuro que Queremos”, donde se manifiesta que:

“[La] participación amplia del público y el acceso a la información y los procedimientos judiciales y administrativos son esenciales para promover el desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible requiere la implicación productiva y la participación activa de las autoridades legislativas y judiciales regionales, nacionales y subnacionales, y todos los grupos principales: mujeres, niños y jóvenes, pueblos indígenas, organizaciones no gubernamentales, autoridades locales, trabajadores y sindicatos, empresas e industria, comunidad científica y tecnológica y agricultores, además de otros interesados como las comunidades locales, los grupos de voluntarios y las fundaciones, los migrantes, las familias, las personas de edad y las personas con discapacidad. A este respecto, convenimos en trabajar más estrechamente con los grupos principales y otros interesados y alentar su participación activa, según proceda, en procesos que contribuyan a la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación de políticas y programas que fomenten el desarrollo sostenible a todos los niveles³¹.

31. Río +20. *El Futuro que Queremos*. Resolución aprobada por la Asamblea General el 27 de julio de 2012, p. 9. Disponible en <https://undocs.org/es/A/RES/66/288>

Las implementaciones del principio de participación por medio de los distintos instrumentos citados, buscan asegurar el disfrute de los derechos humanos tanto de las generaciones presentes como futuras, por medio del concepto de desarrollo sostenible, derecho entre los que se encuentra el disfrute de un medio ambiente sano, limpio y equilibrado, para lo cual es esencial incluir criterios de solidaridad intergeneracional en los distintos marcos jurídicos.

2. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El año 2015, líderes mundiales adoptaron un conjunto de objetivos globales como parte de una nueva agenda mundial a los que llamaron “Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030”, con el fin de operativizar una agenda con distintos lineamientos relacionados con el medio ambiente y con la concreción del desarrollo sostenible.

Es posible relacionar cada uno de los objetivos con la necesidad de protección del medio ambiente, sin embargo, donde esto se vuelve explícito es en los Objetivos 13 (Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos), 14 (Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible), 15 (Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad), y asimismo lo relativo a la necesidad de otorgar o ampliar los derechos de acceso a la información, en el Objetivo 16, el cual en su meta 7 establece:

16.7 Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades.

Todos estos instrumentos revelan una preocupación a nivel internacional por la cuestión ambiental que en el último siglo ha ido intensificándose. Actualmente se discute en las Naciones Unidas un Pacto Mundial por el Medio Ambiente, que tiene por objetivo proporcionar un marco general para el derecho ambiental internacional, con la aspiración de consolidar y potenciar aún más esta materia, teniendo en cuenta los apremiantes desafíos ambientales.

3. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Preliminarmente, cabe hacer presente que el SEIA es actualmente el Instrumento de Gestión Ambiental más importante en el ordenamiento chileno, permitiendo dar sustento y una orientación precisa al principio preventivo y de desarrollo sustentable. No obstante, desde su puesta en marcha en el año 1997 han surgido nuevos enfoques y requerimientos respecto al funcionamiento y finalidades, volviendo una necesidad el modernizarlo conforme a la situación actual del país.

Es posible apreciar dicha intención en el Mensaje presidencial N° 097/367, de fecha 18 de junio de 2019:

En efecto, la ciudadanía y los titulares de proyectos consideran que, en algunos casos, las resoluciones de calificación ambiental aprueban o rechazan proyectos por razones que no son estrictamente técnicas, o bien, estiman que los proyectos son aprobados sin considerar suficientemente la opinión de las comunidades y que los plazos de tramitación se extienden por largos periodos de tiempo, manteniendo situaciones de conflicto e incertidumbre.

En relación a esto, el propósito declarado de la reforma consiste en: “i) ampliar y mejorar los espacios de participación ciudadana dentro del sistema; ii) descentralizar la toma de decisiones, fortaleciendo el poder de las regiones y disminuyendo los plazos de tramitación; iii) aumentar el componente técnico de las decisiones y entregar certeza jurídica; y, iv) permitir un acceso más equitativo y eficiente a la justicia ambiental³².

a. Modificaciones procedimentales al SEIA

El proyecto de ley introduce varias modificaciones en la estructura orgánica del Servicio de Evaluación Ambiental, los efectos de la consulta de pertinencia de evaluación ambiental, la modificación de tipologías de ingreso al SEIA y la inclusión de la tramitación electrónica obligatoria, entre otras, que deben ser analizadas en detalle para poder vislumbrar los efectos que estas tendrán para la democracia ambiental, la participación ciudadana y los derechos humanos.

32. Mensaje presidencial N° 097/367, de fecha 18 de junio de 2019. Contenido del proyecto de ley. Disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

i. Tramitación electrónica obligatoria (modificación del art. 14 bis LBGMA)

El proyecto de ley incorpora la tramitación electrónica obligatoria de la evaluación ambiental para todas las partes que interactúen en el procedimiento, sin perjuicio de lo cual, de forma excepcional, podrá solicitarse al Servicio la posibilidad de hacer presentaciones en papel. Sin embargo, en este caso no se suspenden los plazos de tramitación entre la solicitud y la respuesta de la autoridad, lo cual, unido a la centralización de la estructura orgánica del SEIA, podría confluír en una traba o dificultad para el acceso a la información y a la participación respecto de localidades que no cuentan con acceso a medios electrónicos o conexión a internet. De acuerdo a cifras de la revista especializada *Tendencias Tecnológicas y Negocios*³³, cerca de un 14,7% de la población chilena no cuenta con ninguna clase de acceso a internet (ni móvil, ni fijo), mientras que un 44% no tiene una conexión fija a la red. Lo anterior debe ser contrastado con el hecho que un gran número de los proyectos con incidencia ambiental se desarrollan en zonas rurales, en donde el acceso a internet es aún menor.

Esta situación debe ser corregida al poder constituir un obstáculo al acceso a la justicia, pudiendo generar una discriminación no intencionada. Como bien destaca el Relator Especial John Knox:

En el contexto ambiental, la discriminación directa puede incluir, por ejemplo, el hecho de no garantizar que los miembros de grupos desfavorecidos tengan el mismo acceso que los demás a la información sobre cuestiones medioambientales, a participar en la adopción de decisiones relacionadas con el medio ambiente o a interponer recursos por daños ambientales³⁴.

El INDH considera que sería positivo que en la tramitación posterior del proyecto se flexibilice aún más la posibilidad de hacer presentaciones en soporte material asegurando su digitalización en tiempo y forma para efectos de facilitar el acceso a los procedimientos. Además, se recomienda al Estado avanzar en la disposición de medios electrónicos para que todas las personas que en la actualidad no tienen acceso a la plataforma digital del SEIA, puedan tenerlo.

33. Tecnología de acceso a Internet. (mayo, 2018). *Tendencias Tecnológicas y Negocios*. Disponible en <http://www.trendtic.cl/2018/05/chile-874-de-los-hogares-tiene-conexion-a-internet-pero-el-44-no-tiene-conexion-fija/>

34. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos, *op. cit.*

ii. Modificación de las tipologías de proyectos que ingresan a Evaluación de Impacto Ambiental (modificación del artículo 10 LBGMA)

Un titular es consciente de que su proyecto ha de ser evaluado en el SEIA si este último puede ser categorizado dentro de las tipologías que se encuentran en el artículo 10 de la LBGMA, el cual es complementado por el artículo 3 del Reglamento del Sistema. El proyecto introduce diversas modificaciones en este aspecto.

Debido a que la consideración de si un proyecto o actividad ha de generar un impacto ambiental está entregada la lista taxativa de los artículos mencionados, cualquier modificación a esta última genera efectos en la forma en que una comunidad puede accionar respecto a las afectaciones a su entorno, pudiendo ampliar o limitar sus derechos de información, participación y acceso a la justicia. En otras palabras, la revisión de estas modificaciones es importante en términos de la perspectiva de los Derechos Humanos, puesto que pueden repercutir directamente en su goce y ejercicio.

Sobre este punto, el INDH considera relevante formular las siguientes observaciones:

- a. Modificación del literal e) del artículo 10 LBGMA: el proyecto pretende excluir de la evaluación de impactos la construcción de estaciones de servicio y caminos públicos que puedan afectar áreas protegidas.

Ante esto, cabe tener en consideración el fallo del Segundo Tribunal Ambiental de Chile, en la causa R-30-2014, donde señaló expresamente en sus considerandos³⁵:

Sexágésimo quinto. Que por otra parte, los impactos negativos que generan los proyectos de infraestructura para la fauna silvestre pueden ser clasificados en tres tipos: (i) fragmentación de hábitat y poblaciones; (ii) pérdida parcial o total de poblaciones por acción directa de las obras o modificación severa de hábitat; y (iii) cambio del ambiente biótico y abiótico, modificando los parámetros de reproducción y sobrevivencia (V. SAG, División de Protección de los Recursos Naturales Renovables (2004) Medidas de mitigación de impactos ambientales en fauna silvestre).

35. En esta causa el Ministerio de Obras Públicas era titular del Proyecto "Mejoramiento Ruta D-705, Sector Illapel-Aucó-Los Pozos, IV Región", camino que une la ciudad de Illapel con Combarbalá y que atraviesa "la reserva nacional las chinchillas". La RCA N° 42 de 2012 incluyó como medida de compensación la adquisición de terrenos por parte del MOP para aumentar el tamaño de la Reserva Nacional: "como una forma de compensar los impactos ambientales de la construcción y operación del camino sobre los objetivos de la Reserva, el titular proporcionará en el medio plazo los recursos para aumentar el tamaño de ésta en una zona aledaña con presencia de colonia de chinchillas".

Sexagésimo sexto: Que, existe creciente evidencia sobre los efectos de los caminos y el tráfico en la reducción de las poblaciones de muchas especies mediante los siguientes mecanismos: (i) aumentando la mortalidad directamente por colisiones y atropellos, lo cual a su vez genera rutas menos seguras, (ii) disminuyendo la cantidad y calidad del hábitat, y; (iii) fragmentando las poblaciones en sub-poblaciones más pequeñas, las cuales son más vulnerables a la extinción” (Rytwinski, T. & Fahrig L., 2015. *The impacts of roads and traffic on terrestrial animal populations*. IN: *Handbook of Road Ecology*. Van Der Ree, Smith & Grillo (Eds). Wiley and Sons (traducción propia). [...] es uno de los mayores impactos de [la] infraestructura de transporte en los espacios naturales, que incluyen la amenaza visual y la perturbación directa por ruido y polución, las cuáles actúan sinérgicamente para reducir la habilidad para la vida silvestre de las áreas adyacentes a las vías. Además el efecto barrera de la infraestructura vial contribuye a la fragmentación del hábitat, limitando el movimiento de animales, lo cual resulta en aislamiento y extinción de especies vulnerables. Esta pérdida de biodiversidad, redundando en una devaluación del paisaje y la naturaleza para la recreación humana, que puede constituir un importante factor económico negativo [...].

Sexagésimo octavo: Que, en síntesis, de lo señalado extensamente en los considerandos del acápite primero de esta sentencia, desde el punto de vista de su integridad funcional y el objetivo de conservación de la Reserva Nacional Las Chinchillas, se colige que la existencia y/o ampliación de la Ruta D-705 constituye una causa relevante del aumento de la fragmentación del hábitat y, por lo tanto, de la declinación de las poblaciones de la especie Chinchilla Lanigera, que el Estado de Chile ha reconocido oficialmente en peligro de Extinción y parte de cuyo hábitat declinó proteger en 1983.

Esta distinción –entre caminos públicos y privados- pareciera carecer de una justificación objetiva y razonable de acuerdo a los términos del principio de igualdad ante la ley y el derecho de todas las personas a la igual protección de la ley.

b. Modificación del literal ñ) del artículo 10 LBGMA

El INDH observa con preocupación que se elimine la evaluación ambiental respecto del transporte, disposición o reutilización habituales de sustancias tóxicas, explosivas, radioactivas, inflamables, corrosivas o reactivas, considerando los diversos peligros que involucra el transporte y disposición de estas sustancias. Es importante clarificar el objetivo

de esta medida, dado que para el INDH no reviste la suficiente claridad que estos proyectos queden necesariamente incluidos en el nuevo literal o) propuesto donde se integran las “plantas industriales, sistemas de tratamiento o valorización de residuos industriales líquidos o sólidos y las operaciones de residuos peligrosos”.

Lo anterior es de suma importancia ya que se han reportado regularmente episodios de contaminación por transporte de sustancias nocivas y peligrosas en el país. El último de estos hechos de mayor gravedad fue el derrame de pintura ocurrido en el Río Trainel, en la isla de Chiloé, situación que puso en peligro la biodiversidad del lago Huillinco. Otro ejemplo de ingente gravedad es lo ocurrido en la Planta de Recuperación de Plomo Los Alcones, donde la SMA formuló cargos (expediente D-039-2019) contra el titular por producción, reutilización, almacenamiento, tratamiento y eliminación final de sustancias tóxicas y/o residuos peligrosos provenientes de baterías de plomo en desuso, sin contar con RCA que la habilitara a ello y generando efectos adversos a la salud de la población y a uno o más componentes ambientales³⁶.

c. Incorporación de un literal s), nuevo, en el artículo 10 LBGMA.

El INDH valora positivamente la inclusión de plantas desaladoras o desalinizadoras. Este tipo de proyectos se ve, por parte de la gran industria minera, como la alternativa más eficiente para hacer frente al creciente uso del agua que se proyecta. A su vez, este tipo de proyectos suelen ser de dimensiones considerables, como se observa por ejemplo en el caso de Minera Escondida Ltda. que inauguró el año pasado una segunda instalación en puerto Coloso, con capacidad de 2.500 l/s, siendo una de las más grandes del mundo.

Por lo demás, hay que considerar que el empleo de esta técnica no es inocuo: se ha demostrado que por cada litro de agua de mar o salobre obtenida con la técnica de desalinización se obtiene un litro y medio de barro salado (salmuera), considerada de alta toxicidad al estar compuesta por productos químicos utilizados en este proceso³⁷.

36. Cabe destacar que, en este caso, el 19 de noviembre de 2015 la empresa presentó una consulta de pertenencia, indicando que el proyecto no debía ingresar al SEIA por haber sido construido entre 1995 y 1996, antes de la entrada en vigencia del SEIA conforme al artículo 3° transitorio de la LBGMA. En esta ocasión el SEA resolvió que el proyecto no debía ingresar al SEIA.

37. Ver datos en <https://digital.elmercurio.com/2019/01/15/A/CC3HA2NO>

b. Participación Ciudadana en la Declaración de Impacto Ambiental

A través del proyecto de ley en estudio, se modifican los artículos 30 bis y 81 literal h), los cuales están relacionados con la participación ciudadana y sus instancias, particularmente la relativa a los proyectos que ingresan al sistema de evaluación a través de una DIA.

La normativa actual contempla dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental una etapa de participación, con el propósito de que la ciudadanía pueda realizar observaciones a los proyectos y/o actividades ingresados al SEIA, si lo estima conveniente. En el caso de los proyectos presentados por EIA, el proceso de participación ciudadana es obligatorio, considerándose un requisito esencial del procedimiento. Por el contrario, en el caso de las DIA, la participación es facultativa, ya que este *podrá* iniciarse solo si se cumplen dos requisitos copulativos: que existan cargas ambientales y que lo soliciten al menos diez personas naturales directamente afectadas o dos personas jurídicas a través de sus representantes.

La reforma en estudio plantea eliminar el requisito de que en la DIA se deba comprobar la existencia de cargas ambientales por parte de las personas interesadas en iniciar un proceso de participación ciudadana, *debiendo* iniciarse este si así lo solicitan al menos veinte personas naturales directamente afectadas o dos personas jurídicas a través de sus representantes.

El INDH valora que el proyecto de ley elimine el requisito de cargas ambientales³⁸ para la procedencia de la participación ciudadana, facilitando de esta forma el acceso ciudadano a la participación dentro del procedimiento. Asimismo, valora positivamente que se disponga al servicio de la comunidad una oferta de programas y cursos gratuitos con el objeto de orientar la participación ciudadana en las evaluaciones de proyectos.

La modificación que se propone se adecúa a los estándares internacionales en esta materia. En particular, en relación con el Principio 10 de la Declaración de Río de 1992, la inserción en esta reforma de una obligación para el SEA de poner a disposición de la comunidad "una oferta de programas y cursos gratuitos, presenciales o en línea, tanto a nivel central como en regiones, que tengan por objeto orientar la participación ciudadana en la evaluación de proyectos, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental". Se puede deducir

38. Esta modificación va en línea con la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema que indicaba lo difícil de vislumbrar un proyecto calificado en la tipología del artículo 10 de la LBGMA en que no se generara una carga ambiental (sentencia de la Corte Suprema dictada en el Rol N° 55.203-2016).

al tenor de esta formulación que es una medida especialmente positiva, puesto que su implementación permitiría aumentar la capacidad de las comunidades para estructurar de forma integral e idónea su participación dentro del sistema.

Al respecto, es esperable que estos programas y cursos gratuitos aporten a la comunidad contenidos no solo referente a los proyectos, sino que herramientas respecto a cómo deben enfocar sus observaciones incorporando una perspectiva de derechos humanos, de forma que estas tengan una mayor incidencia dentro de la evaluación ambiental.

Sin perjuicio de lo anterior, el INDH considera que resulta un retroceso y contradictorio con el objetivo de fortalecer la participación ciudadana el aumento del número de personas naturales directamente afectadas como solicitantes.

Lo anterior, junto a la falta de asesoría experta con enfoque de Derechos Humanos, sumado a la ausencia de estándares sustantivos, dejan al alero de la discrecionalidad administrativa las respuestas y las debidas consideraciones de estas observaciones, planteando un desafío que no es resuelto por la reforma.

c. Justicia Ambiental. Modificación del sistema recursivo e institucional

En materia de acceso a la justicia ambiental, las modificaciones propuestas merecen un escrutinio particular, puesto que existe una serie de modificaciones al contencioso administrativo que plantean dudas respecto a la posibilidad de un mayor acceso a la justicia ambiental por parte de la población.

i. Modificaciones al actual contencioso-administrativo ambiental (Artículo 17 N°5,6,8,9 y 20 LGBMA)

La importancia del actual contencioso-administrativo ambiental radica en que es una instancia que permite a la población reclamar en contra de aquellas resoluciones dictadas por la autoridad que han podido afectar sus intereses en el ejercicio del derecho a vivir en un medio ambiente sano.

Actualmente, y en el contexto del SEIA, este comprende dos fases o vías, la puramente administrativa y la judicial. La primera se encuentra normada en el actual artículo 20 de la LBGMA, donde se regula la reclamación administrativa ante el Comité de Ministros, en

el caso de los EIA, y ante la Dirección Ejecutiva del SEA, en el caso de las DIA. Una vez agotada esta vía se puede recurrir a los Tribunales Ambientales, conforme a las causales que se encuentran en el artículo 17, números 5) y 6) de la Ley N° 20.600.

Es relevante la existencia de una instancia de reclamación, puesto que es una forma en que el derecho de acceder a la justicia se vuelve concreto, como lo ha reconocido la Corte IDH en la Opinión Consultiva 23/17:

237 [...] En este sentido, los Estados deben garantizar que los individuos tengan acceso a recursos, sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, para impugnar cualquier norma, decisión, acto u omisión de las autoridades públicas que contraviene o puede contravenir las obligaciones de derecho ambiental; para asegurar la plena realización de los demás derechos de procedimiento, es decir, el derecho al acceso a la información y la participación pública, y para remediar cualquier violación de sus derechos, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones de derecho ambiental.

Las principales modificaciones que propone el proyecto de ley en cuanto al procedimiento contencioso administrativo ambiental son las siguientes:

- Artículo primero N° 10 del proyecto de ley: deroga el artículo 20 LBGMA, con lo cual se elimina la reclamación administrativa antes reseñada.
- Artículo tercero N° 1 letra a) del proyecto de ley: reemplaza el numeral 5) del artículo 17 de la LTA, estableciendo un recurso de reclamación para el titular de un proyecto o actividad en contra de la RCA que califique desfavorablemente su proyecto o le imponga condiciones.
- Artículo tercero N° 1 letra b) del proyecto de ley: reemplaza el numeral 6) del artículo 17 de la LTA, estableciendo un recurso de reclamación que podrá interponer cualquier persona natural o jurídica que haya realizado observaciones ciudadanas dentro del SEIA, en contra de la RCA, cuando en aquella no hubiere considerado adecuadamente sus observaciones, en el plazo de 30 días, contados desde la notificación de la respectiva resolución.
- Artículo tercero N° 1 letras c) y d) del proyecto de ley: modifica el artículo 17 N° 8 y 9 de la LTA, estableciendo dos acciones de carácter general, la primera en contra de las resoluciones de calificación ambiental que califiquen favorablemente un proyecto o actividad, y la segunda –a modo de norma de clausura– en contra de un acto

administrativo de carácter ambiental que no se encuentre contemplado en el artículo 17 de la ley en comento.

Sobre el Artículo primero N° 10 del proyecto de ley: deroga el artículo 20 LBGMA, con lo cual se elimina la reclamación administrativa antes reseñada.

Al respecto, como indica el informe de productividad del proyecto de ley, esta modificación tendrá como beneficio probable permitir que: “Se descentralice la toma de decisiones y se disminuya los plazos de tramitación. Dada la eliminación del recurso de reclamación administrativa y en consecuencia el Comité de Ministros, se tecnifiquen las decisiones, disminuyendo el componente político”.

En este punto el INDH considera que lo propuesto no significa un avance en el acceso a la justicia ambiental. Primero, porque se establece un recurso directo a los Tribunales Ambientales con plazo demasiado acotado (30 días) en consideración de las complejidades técnicas de los Proyecto o Actividades en evaluación y la inexistencia de asistencia técnica especializada para las comunidades. Asimismo, de conformidad con el artículo 20 de la Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en sede administrativa, no es necesario concurrir representado por un letrado al momento de impetrar la reclamación administrativa, a diferencia de lo que ocurre ante Tribunales Ambientales, en donde es necesario contar con la representación de un abogado o abogada. Lo anterior se traduce en una barrera al acceso a la justicia ambiental, pues pone la traba de contar con medios suficientes para procurarse la respectiva representación judicial.

Sobre el Artículo tercero N° 1 letra a) del proyecto de ley: reemplaza el numeral 5) del artículo 17 de la LTA, estableciendo un recurso de reclamación para el titular de un proyecto o actividad en contra de la RCA que califique desfavorablemente su proyecto o le imponga condiciones.

Respecto del artículo 17 N° 5 de la Ley N° 20.600, se señala expresamente que el Tribunal podrá conocer “de la reclamación que se interponga por el Titular del proyecto”. Asimismo, da cuenta de las causales específicas que autorizan para impugnar la resolución de calificación ambiental, esto es: cuando se califique desfavorablemente el proyecto o se impongan condiciones a este. Adicionalmente, la disposición contempla una acción en contra de la resolución a que se refiere el artículo 25 quinquies.

En relación a este último punto -resolución del artículo 25 quinquies- cabe destacar que la impugnación propuesta por la modificación legislativa se transforma en una traba al acceso a la tutela judicial efectiva, pues contempla únicamente al titular del proyecto como legitimado activo para accionar en contra del acto administrativo que realice la revisión de la RCA de conformidad al artículo 25 quinquies de la Ley N° 19.300, privando a las personas interesadas de impugnar la determinación que se adopte luego de dicha revisión, no obstante ser titulares de la acción.

Como contrapartida, se valora que la modificación propuesta para la revisión extraordinaria se extienda no únicamente a los EIA, sino que también a las DIA; asimismo, es más amplia en sus supuestos, no circunscribiéndose a las variables ambientales “incorporadas al plan de seguimiento”, sino que en el caso de que dichas variables hayan resultado en uno o más de los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley N° 19.300 -respecto de las DIA- o cuando estas hayan variado sustantivamente en relación a lo proyectado o no se hayan verificado –respecto de las EIA.

Sobre el Artículo tercero N° 1 letra b) del proyecto de ley: reemplaza el numeral 6) del artículo 17 de la LTA, estableciendo un recurso de reclamación que podrá interponer cualquier persona natural o jurídica que haya realizado observaciones ciudadanas dentro del SEIA, en contra de la RCA, cuando en aquella no hubiere considerado adecuadamente sus observaciones, en el plazo de 30 días, contados desde la notificación de la respectiva resolución.

Por su parte, respecto a la modificación propuesta para reclamación por participación ciudadana, se agrega que la persona observante podrá reclamar cuando sus observaciones no hayan sido consideradas “adecuadamente”, calificativo que no existe en la legislación actual. Precisamente, el parámetro que se utiliza tanto en sede administrativa como judicial para evaluar las observaciones ciudadanas es que se dé a aquellas una “debida consideración”, mientras que con la redacción actual se habla de la “adecuada consideración”, pareciendo el segundo término empleado más laxo.

Sobre el Artículo tercero N° 1 letras c) y d) del proyecto de ley: modifica el artículo 17 N° 8 y 9 de la LTA, estableciendo dos acciones de carácter general, la primera en contra de las resoluciones de calificación ambiental que califiquen favorablemente un proyecto o actividad, y la segunda -a modo de norma de clausura- en contra de un acto administrativo de carácter ambiental que no se encuentre contemplado en el artículo 17 de la ley en comento.

En cuanto a las modificaciones propuestas para el artículo 17 N° 8 y 9 de la Ley N° 20.600, esta tiene por principal finalidad eliminar la incertidumbre y poca utilidad que ha tenido la estructuración de un contencioso-administrativo ambiental por referencia a la potestad invalidatoria de la Administración, así como evitar la incertidumbre respecto al plazo que asiste al solicitante para impetrar dicha acción.

En lo referente a la modificación introducida al numeral 8°, se otorga a los Tribunales Ambientales la competencia para conocer de las reclamaciones en contra de las resoluciones que califiquen favorablemente un determinado proyecto o actividad evaluada. En la versión anterior, la modificación que se intentaba introducir consistía en una eliminación de la potestad invalidatoria de la Administración en sede ambiental, mientras que la versión actual parece no hacer mención de este punto, entregando una posibilidad a las personas interesadas, conforme al artículo 21 de la Ley N° 19.880 de reclamar en un plazo de 40 días. No es clara la intención de entregar esta posibilidad de reclamación general, por lo cual su sentido y alcance quedará restringido a los Tribunales Ambientales, lo que es problemático si se piensa que cada uno ha desarrollado doctrinas diferentes y hasta contrapuestas respecto a la forma de interpretar cierta normativa ambiental.

Respecto a la inclusión del numeral 9°, la vertiente subjetiva del acto reclamable -órgano emisor del acto- se mantiene en los mismos términos que el actual numeral 8°, desaprovechando una oportunidad para incluir actos emitidos por entes que no componen la Administración Pública pero que tiene importante injerencia en la gestión ambiental, como es el caso de la Corporación Nacional Forestal. Así, la definición podría modificarse, de manera que los actos emitidos por estas entidades no estén exentos de control judicial.

El nuevo numeral indica además que es necesario el establecimiento de un reclamo de ilegalidad en las respectivas leyes que regulen aquellos actos. Dicho requisito limita significativamente las posibilidades de acceder a los tribunales ambientales pues casi no existen cuerpos normativos que los contemplen como el órgano jurisdiccional competente para conocer de la respectiva impugnación, salvo el caso de normativa reciente, como la Ley de Responsabilidad Extendida del Productor. De tal manera, sería conveniente establecer una norma de competencia residual, que disponga la posibilidad de accionar ante los tribunales ambientales en el caso de que no exista un órgano jurisdiccional definido por el legislador. Así, esta modificación, no se hace cargo de las necesidades en materia de democracia ambiental, en relación a la ciudadanía, reduciendo las posibilidades de utilizar mecanismos de control jurídico sobre la Administración por parte de los distintos interesados.

Por último, respecto a las modificaciones que propone el proyecto para el artículo 18, la eliminación de los numerales 5° y 7° resulta natural tomando en cuenta que se suprimen las reclamaciones administrativas del artículo 20, 25 quinquies, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300 y la acción de reclamación respecto de lo resuelto en el procedimiento de invalidación. Consecuentemente, la creación de dos acciones de reclamación en los numerales 8° y 9° del artículo 17 de la Ley N° 20.600 trae aparejado la inclusión de los numerales 7° y 8° del artículo 18 de la precitada ley, que regulan la legitimación activa.

ii. Se elimina el ejercicio de la potestad de invalidación en el SEIA (Artículo 19 N°7 LGBMA).

La modificación que propone el proyecto de la ley es que la administración no podrá ejercer la potestad invalidatoria en relación a las Resoluciones de Calificación Ambiental. A su vez, se modifica la potestad de conocer la resolución que resuelve el procedimiento administrativo de invalidación de actos de carácter ambiental (particularmente en lo que respecta a la modificación del N° 7 del artículo 19, en cuanto a la restricción de la legitimidad de personas naturales y jurídicas para reclamar la invalidación administrativa), por parte de los tribunales ambientales. La modificación aboga por reducir la discrecionalidad del Estado y sus organismos en la decisión al establecer como vía de impugnación general la reclamación ante los Tribunales Ambientales.

d. Aspectos no abordados por la Reforma al SEIA

Preocupa al INDH que existen temas trascendentales y urgentes que la reforma propuesta no ha incorporado a la discusión parlamentaria, muchos de ellos sugeridos en sus diversos informes anuales, misiones y acciones judiciales.

Un tema crucial no abordado por la reforma es adecuar el estatuto recursivo aplicable a los grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que participan en procesos de consulta indígena en el marco de la evaluación ambiental de proyectos. Lo anterior es de primera importancia, ya que esto es discutido a nivel jurisprudencial, no existiendo claridad respecto a sus posibilidades de impugnación de los actos administrativos en sede judicial. Este tema ha sido relevado en varias instancias que han revisado el funcionamiento del SEIA, como la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA cuyo informe fue emitido en el año 2016.

Otro tema no abordado en la reforma, es la modificación de las reglas del *onus probandi* o la carga de la prueba en los casos de acción por daño ambiental, en atención a las graves asimetrías y desproporciones que existen dentro del procedimiento judicial para las personas demandantes que alegan toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El proyecto de ley que moderniza el Sistema de Estudio de Impacto Ambiental propuesto por el Ejecutivo se caracteriza por realizar modificaciones de aspectos procedimentales al SEIA, concentrándose principalmente en tres temáticas: la primera en relación con una modificación institucional; en segundo lugar la participación ciudadana, y en tercer lugar el acceso a la justicia ambiental.

2. La obligatoriedad de la tramitación electrónica, tal como está planteada en la actualidad, podría conllevar discriminación en los territorios con mayores índices de pobreza y menos acceso a internet, lo que a su vez podría repercutir en los índices de participación efectiva de la ciudadanía en la evaluación de impactos ambientales. Las excepciones planteadas, si bien corresponden a un avance respecto a la versión anterior, todavía no permiten asegurar que se aborde adecuadamente dicha situación, por lo que se espera que la tramitación legislativa permita otorgar mayores luces, en especial atención a que este tema versa sobre un derecho de acceso.

3. Se recomienda al Estado avanzar en la adopción de medidas que permitan al total de habitantes que en la actualidad no tiene acceso a la plataforma digital del SEIA, que puedan tenerlo.

4. A través del proyecto de ley en estudio, se modifican artículos relacionados con la participación ciudadana y sus instancias. Del análisis de las modificaciones se puede concluir que si bien se han superado algunas trabas respecto a la participación en los proyectos que ingresan al sistema por medio de una DIA (eliminación del requisito de "cargas ambientales") se aumentó el número de solicitantes para llevar a cabo esta participación. Aunque el número específico de solicitantes es un tema discutible desde una perspectiva de Derechos Humanos, es más consistente con el principio de

favorecer la participación ciudadana el no elevar dicho número de solicitantes.

5. Se valora positivamente que una vez iniciado una PAC, el SEA deba poner a disposición de la comunidad los cursos o programas respectivos para orientar su participación.

6. Se valora la modificación respecto a la facultad de revisión de las RCA que se encuentra en el artículo 25 quinquies, conforme a lo expuesto (incorporación de la DIA). Sin embargo, no es correcto que la posibilidad de impugnar el acto administrativo que surja de dicha revisión quede únicamente en manos del titular de la RCA, ya que desestima el aporte que pueden efectuar las personas interesadas en esta sede, quienes además son titulares de la acción de revisión. Se sugiere que el numeral 6° del artículo 17 se refiera expresamente a la reclamación del 25 quinquies, tal como hace el nuevo numeral 5° propuesto.

7. Finalmente, se recomienda incorporar una nueva causal de reclamación en el artículo 17 de la Ley N° 20.600 para aquellos grupos humanos pertenecientes a pueblos indígenas que hayan participado en un proceso de consulta indígena y que consideren que su derecho de consulta no fue respetado y/o que sus observaciones durante dicho proceso no fueron adecuadamente ponderadas. Lo anterior resulta relevante sobre todo para aquellos procesos de consulta indígena que concluyan con un "no acuerdo".

3 Reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas mayores

Informe sobre el proyecto de ley que promueve el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores y el fortalecimiento de la institucionalidad respectiva. Boletín N° 13.822-07

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2021 - Sesión Ordinaria N° 635.

I. RESUMEN EJECUTIVO

El 6 de octubre de 2020, el Ejecutivo envió el Mensaje presidencial N° 174-368 al Congreso Nacional para iniciar el trámite del proyecto de ley que promueve el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad respectiva.

El proyecto de ley se encuentra en su primer trámite constitucional en la Comisión Especial del Adulto Mayor del Senado, sin urgencia en la tramitación legislativa.

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El Mensaje presidencial¹ destaca que “asume una visión respetuosa de la autonomía de la persona mayor, dado que se respetan sus preferencias y opciones de acuerdo a la propia identidad biográfica”, a la vez que se pretende “avanzar hacia una cultura inclusiva de la vejez”. También se reconoce la heterogeneidad de la vejez y que esta etapa de la vida es afectada por diversas barreras de variada naturaleza, entre ellas las legales, que terminan mellando la “calidad de vida de este grupo y que son invisibles, lo que se puede llegar a traducir en prácticas discriminatorias y ausencia de medidas que fomenten su inclusión en la sociedad”.

1. Proyecto de ley iniciado en mensaje de S.E. el Presidente de la República, para promover el envejecimiento positivo, el cuidado integral de las personas mayores, y el fortalecimiento de la institucionalidad del adulto mayor. Disponible en <https://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?#>

También destaca los avances normativos en el ámbito internacional que han tendido a reconocer específicamente los derechos humanos de las personas mayores, su dignidad, autonomía e independencia, particularmente la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, ratificada en 2017 por el Estado de Chile.

El objetivo del proyecto es “la promoción del envejecimiento positivo y del cuidado integral de los adultos mayores, considerando la diversidad del envejecimiento con un enfoque territorial a lo largo del país, fortaleciendo especialmente la institucionalidad del Servicio Nacional del Adulto Mayor”².

El proyecto se estructura en torno a cuatro títulos: i. Aspectos preliminares (objetivos, principios y criterios de interpretación de la ley); ii. Cuidados (se reconocen a nivel legal ciertas líneas de acción que desarrolla el Servicio Nacional del Adulto Mayor, SENAMA); iii. Participación (se crea el Sistema de Cuidados Amigables con los Adultos Mayores y los Consejos Asesores Regionales de Adultos Mayores), y iv. Modificaciones a distintos cuerpos legales (Ley de Tribunales de Familia, Código del Trabajo, ley que crea el SENAMA y ley que crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia).

La presente minuta pretende satisfacer el objeto de la citación dirigida por la presidenta de la Comisión Especial del Adulto Mayor, senadora Ximena Órdenes Neira, de 22 de septiembre de 2021 al INDH, con el fin de conocer la opinión del Instituto sobre una posible vulneración de derechos de las personas mayores relativos al reconocimiento de su plena capacidad jurídica.

3. MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL

i. Reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas mayores

Conforme a los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de los derechos humanos, las personas mayores gozan de todas las prerrogativas reconocidas en los diversos instrumentos de derechos humanos, ya sean universales o regionales, generales o referidos a otros grupos específicos. Sin perjuicio de esto, ciertos aspectos que son propios de la vejez y del envejecimiento revelan la necesidad de otorgarles un

2. Proyecto de ley, *op. cit.*, p. 5

abordaje específico, a fin de asegurar que en la medida que una persona envejezca pueda seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, o recibir los cuidados que requiera, ya sean residenciales o en instituciones especializadas, asegurando siempre el derecho a la salud, seguridad, integración y participación en las esferas económica, social, cultural y política.

A fin de dar prioridad a la temática del envejecimiento en las políticas públicas, la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIPM), el 15 de junio de 2015. El Estado de Chile ratificó este tratado el 11 de julio de 2017, incorporándose de tal modo al ordenamiento jurídico nacional.

En el preámbulo de la CIPM se reconoce que “la persona mayor tiene los mismos derechos humanos y libertades fundamentales que otras personas”, tal como se ha planteado, y que “los asuntos de la vejez y el envejecimiento [deben ser abordados] desde una perspectiva de derechos humanos”. De este modo, el artículo I de la CIPM establece que su objeto es:

[...] promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

El inciso tercero del artículo I de la CIPM establece que:

Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Lo anterior significa un límite para el Estado, ya que cualquier restricción debe respetar el principio de reserva legal, es decir, no puede establecerse por una fuente formal de menor jerarquía que la ley, y también compromete un límite a la actividad del ente legislador, puesto que la adopción de una norma que limite los derechos y libertades de las personas mayores debe estar suficientemente justificada en el “bienestar general de una sociedad

democrática” y dicha limitación o restricción no puede implicar una desnaturalización del contenido de la misma CIPM³.

El artículo 3 de la CIPM menciona diversos principios aplicables a la Convención:

- a. La promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor.
- b. La valorización de la persona mayor; su papel en la sociedad y contribución al desarrollo.
- c. La dignidad, independencia, protagonismo y autonomía de la persona mayor. La igualdad y no discriminación.
- d. La participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad. El bienestar y cuidado.
- e. La seguridad física, económica y social. La autorrealización.
- f. La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida.
- g. La solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria. El buen trato y la atención preferencial.
- h. El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor. El respeto y valorización de la diversidad cultural. La protección judicial efectiva.
- i. La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

A su vez, el artículo 4 de la CIPM establece los deberes generales de los Estados Parte, indicando que estos se “comprometen a salvaguardar los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor enunciados [en la misma Convención], sin discriminación de ningún tipo”. Esta obligación importa la adopción de “medidas afirmativas y [realización de] los ajustes razonables que sean necesarios para el ejercicio de los derechos establecidos en la [...] Convención y se abstendrán de adoptar cualquier medida legislativa que sea incompatible con la misma”.

3. Esta prevención es coherente con distintas disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en el sentido de que un Estado parte no puede invocar su derecho interno para desconocer el cumplimiento de un tratado (artículo 27) y la regla general de interpretación de los tratados, es decir, que estos deben interpretarse de buena fe (artículo 31), de manera que no es posible invocar una disposición del mismo tratado para justificar el incumplimiento de otra. En caso de que un Estado quisiera excluir o modificar los efectos de ciertas disposiciones de un tratado, debe formular una reserva (artículos 2.d. y 19), facultad que está expresamente permitida en el artículo 38 de la CIPM; sin embargo, el Estado de Chile la ratificó sin haber formulado reserva alguna.

Entre los derechos reconocidos en la CIPM se encuentra el de igualdad y no discriminación por razones de edad (artículo 5); el derecho a la vida y a vivir con dignidad en la vejez hasta el final de los días de la persona mayor en igualdad de condiciones con otros sectores de la población (artículo 6); derecho a la independencia y autonomía, lo que abarca el derecho de la persona mayor a tomar sus propias decisiones en todo ámbito y a realizarlas libremente, definir su plan de vida y desarrollarlo autónoma e independientemente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones que el resto de las personas, y a disponer de mecanismos para ejercer estos derechos.

De modo específico, respecto al reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas mayores, el artículo 30 de la CIPM dispone:

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona

mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

Las distintas obligaciones y estándares de cumplimiento dispuesto en el artículo 30 de la CIPM importan un cambio de paradigma en lo que respecta al reconocimiento y regulación de la capacidad jurídica que debe ser recogida a nivel doméstico por los estados que la han suscrito.

ii) Sistema de capacidad jurídica: el paradigma binario de la sustitución de las personas consideradas incapaces

La Constitución Política contempla, en primer lugar, como base de la institucionalidad, que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, estableciendo posteriormente como derecho esencial de toda persona –en el artículo 19 N° 2– la igualdad ante la ley, asegurando que ni esta ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias respecto de ningún habitante de la República.

Nuestro sistema de capacidad legal se estructura sobre las normas del Código Civil (en adelante, CC). El artículo 1445 de este cuerpo normativo establece, entre otros requisitos, que las personas deben ser legalmente capaces para celebrar actos jurídicos; a continuación, este mismo artículo en su inciso final, agrega que “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Por regla general, todas las personas son legalmente capaces (artículo 1446 CC). Sin embargo, se admite que determinada categoría de personas, en virtud de ciertas características que le son inherentes, carecen de la aptitud de ejercer por sí mismas los derechos de los que son titulares: las personas dementes, impúberes y sordas o sordomudas⁴ que no pueden darse a entender claramente (artículo 1447, inciso primero CC).

4. El concepto de “sordomudos” es impropio, ya que la sordera por sí misma no impide el desarrollo del habla; además, debe considerarse que las personas sordas pueden comunicarse mediante lengua de señas (siendo esta su medio de comunicación natural, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley N° 20.422) y/o lengua oral al recibir las ayudas técnicas necesarias para ello.

Los términos utilizados en el artículo 1447 CC son imprecisos en la actualidad, sin embargo, bajo el concepto de demencia se ha entendido que se encuentran comprendidas diversas categorías de personas, como aquellas con discapacidad mental (tanto de origen psicosocial como intelectual) y las personas que, en sentido estricto, se encuentran afectadas por una demencia en tanto pérdida de memoria y otras habilidades cognitivas de forma suficiente para interferir con la vida diaria, más allá de lo que podría considerarse una consecuencia natural del envejecimiento⁵.

Como las personas incapaces no pueden actuar por sí mismas en la vida, el ente legislador ha dispuesto que estén sujetas a curaduría general (artículo 342 CC). El artículo 338 CC indica que,

[...] las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad del padre o madre, que pueda darles la protección debida.

El artículo 340 CC agrega que “la tutela y las curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ella”.

De acuerdo con el artículo 373 CC, “toda tutela o curaduría debe ser discernida”, es decir, autorizada judicialmente, aspecto que se regula en el Título VI del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, denominado “Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos”. Además de este procedimiento, la Ley N° 18.600, que establece normas sobre personas deficientes mentales, en su artículo 4, inciso segundo, dispone que:

[...] cuando la discapacidad mental de una persona se haya inscrito en el Registro Nacional de la Discapacidad, su padre o madre podrá solicitar al juez que, con el mérito de la certificación vigente de la discapacidad [...] y previa audiencia de la persona con discapacidad, decrete la interdicción definitiva por demencia y nombre curador definitivo al padre o madre que la tuviera bajo su cuidado permanente.

5. Organización Mundial de la Salud. (2019). *Demencia*. Recuperado el 23 de septiembre de 2020, de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/dementia>

Además, el artículo 18 bis de la Ley N° 18.600 establece que las personas naturales o jurídicas que se encuentren inscritas en el Registro Nacional de la Discapacidad y que tengan a su cargo personas con discapacidad mental, cualquiera sea su edad, serán curadoras provisorias de los bienes de estas, por el solo ministerio de la ley.

Las consecuencias de la declaración de la interdicción y el nombramiento de tutor/a o curador/a van mucho más allá de las meramente patrimoniales. A modo de ejemplo se puede citar el artículo 16 N° 1 de la Constitución, que dispone que el derecho a sufragio se suspende por interdicción en caso de demencia. A su vez, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil dispone que no son hábiles para declarar como testigos los que se hallen en interdicción por causa de demencia. El artículo 10, inciso segundo, de la Ley N° 20.584 sobre derechos y deberes de los o las pacientes, indica que “cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal”.

Del panorama jurídico descrito en lo que respecta a nuestro sistema de capacidad legal, se puede concluir que este es de carácter binario en el sentido de que distingue únicamente entre personas capaces e incapaces, desconociendo las múltiples realidades que de hecho existen entre esos dos extremos. Esta realidad se refleja en múltiples esferas de la vida de la persona que es considerada incapaz, de modo que se le priva de modo absoluto del derecho a desarrollar un plan de vida y ejecutarlo autónomamente, adoptar decisiones libres y ser reconocidas, en pie de igualdad, en lo que respecta a su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio.

iii) La capacidad jurídica ante el derecho internacional de los derechos humanos: paradigma del reconocimiento bajo un modelo gradual de apoyo para la toma de decisiones y salvaguardias

En la segunda sección de la presente minuta fueron destacados diversos aspectos de la CIPM, entre ellos el artículo 30 sobre igual reconocimiento de la persona mayor ante la ley, cuestión que abarca a la capacidad jurídica. En otro instrumento del Derecho Internacional de Derechos Humanos –de carácter universal y no regional, como la CIPM–, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD), existe una norma idéntica al artículo 30 de la CIPM. En efecto, el artículo 12 de la CRPD manifiesta:

Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Los artículos mencionados –30 de la CIPM y 12 de la CRPD– plantean que las restricciones a la capacidad jurídica no pueden basarse en la discapacidad ni en el envejecimiento per se, por tanto, las personas mayores y las con discapacidad podrán ejercer su derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás.

En este sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos consagra la obligación de los estados de reformar sus ordenamientos jurídicos civiles a fin de permitir que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica de conformidad con la normativa ya citada. Para ello, los estados deben establecer un sistema de apoyos para la toma de decisiones, que en ningún caso pueden significar la sustitución de la voluntad de quien los recibe, junto a un esquema de salvaguardias que permitan controlar los efectos de tales apoyos, a fin de evitar abusos e intromisiones indebidas.

Para iluminar más la materia en comento, de modo analógico puede citarse lo que ha planteado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre el artículo 12 de la CRPD, que, según se dijo, plantea las mismas obligaciones del artículo 30 de la CIPM: “El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas”⁶.

Asimismo, el Comité ha observado que:

Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o una condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente⁷.

Esta obligación específica se relaciona con la de carácter genérica dispuesta en el artículo 4.1.a de la CRPD, mediante la cual los estados se comprometen a “adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención”, que también encuentra un correlato en el artículo 4 de la CIPM, mencionado en el segundo apartado de este documento.

El Comité CRPD, al interpretar el artículo 12 de la CRPD, ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad mental, señalando que la “capacidad jurídica es la capacidad de ser titular

6. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1. (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11° periodo de sesiones, CRPD/C/GC/1, párr. 17.

7. *Ibid.*, párr. 32.

de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)”⁸. Por otro lado, ha precisado que:

[la] capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales [sin embargo] los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica⁹.

Un nuevo modelo de capacidad jurídica que supere los supuestos de la sustitución de la voluntad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 de la CRPD y 30 de la CIPM, debe configurarse sobre la base de dos conceptos esenciales: los apoyos y las salvaguardias. A pesar de que las disposiciones internacionales indicadas no entregan un concepto de apoyo, el Comité CRPD ha indicado que esta voz se refiere a un “término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades”¹⁰. Doctrinariamente se ha planteado que los apoyos para la toma de decisiones pueden ser definidos como una serie de relaciones, prácticas, medidas y acuerdos, de mayor o menor intensidad, diseñados para apoyar a una persona a tomar y comunicar a otros decisiones sobre su propia vida¹¹.

El Comité CRPD ha mencionado que algunas medidas de apoyo consisten en:

[...] escoger a una o más personas [...] en las que [se confíe] para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o puedan recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse¹².

Otras medidas de apoyo pueden guardar relación con,

[...] el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen

8. *Ibid.*, párr. 13.

9. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1, *op. cit.*

10. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General N° 1, *op. cit.*

11. Dinerstein, R. (2012). *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*. *Human Rights Brief*, 19(2), 8–12. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief>

12. *Ibid.*, p. 17.

información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones¹³.

En lo que respecta a las salvaguardias, el Comité CRPD ha señalado que su objetivo principal “debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para lograrlo, las salvaguardias deben proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas”¹⁴.

En términos más específicos, el propósito de las salvaguardias es evitar la influencia indebida sobre las personas que reciben medidas de apoyo para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad jurídica. De conformidad con la interpretación del Comité CRPD,

[...] se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido el derecho a asumir riesgos y a cometer errores¹⁵.

En el caso específico de Chile, en el contexto del primer examen de cumplimiento de la CRPD, desarrollado en 2016, el Comité recomendó al Estado que:

[...] derogue toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adopte medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la Convención y la observación general núm. 1 (2014) del Comité¹⁶.

13. *Ibid.*, p. 17.

14. Dinerstein, R., *op. cit.*, p. 20.

15. Dinerstein, R., *op. cit.*, p. 22.

16. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. 15° periodo de sesiones, 2016, CRPD/C/CHL/CO/I, párr. 24.

La problemática que el Comité trata de resolver mediante esta recomendación –denegación de la capacidad jurídica por una consideración subjetiva– también se hace extensiva a las personas mayores en virtud de la categoría “demencia” que el artículo 1447 estatuye como causal de incapacidad.

4. ANÁLISIS DE LA ADECUACIÓN DEL PROYECTO DE LEY A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Luego de destacar algunos derechos de las personas mayores que se han reconocido en el ámbito internacional a través de la CIPM, de describir el sistema doméstico de capacidad jurídica, que contempla la posibilidad de declarar incapaces a determinadas categorías de personas, y de explicar cómo ha evolucionado el reconocimiento de la capacidad legal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que proscribire los sistemas clásicos de sustitución de la voluntad –como el chileno– en aras de uno basado en apoyos graduales para la toma de decisiones y salvaguardias, se expresará una opinión respecto a las normas del proyecto de ley que presentan incompatibilidades con las obligaciones y estándares internacionales.

En el título preliminar del proyecto de ley en análisis, que trata sobre su objeto y principios, se dispone:

Artículo 2.- Los principios que inspiran esta ley y la protección del adulto mayor son el mejor interés del adulto mayor; la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía del adulto mayor; la igualdad y no discriminación; la participación, integración e inclusión plena y efectiva del adulto mayor en la sociedad; la internación como medida de última ratio y la igualdad de género en la vejez.

El primer principio que indica el citado artículo 2 del proyecto es el “mejor interés del adulto mayor”. Al omitirse un concepto de qué debe entenderse en virtud de este principio, surgen dudas respecto a su sentido y alcance que, en caso de ser aprobado por el ente legislador en los términos del proyecto, deberá ser dotado de sentido y utilidad por la judicatura en los casos concretos que le sean sometidos a su conocimiento, lo que podría dar resultados y efectos diversos, incluso contradictorios. ¿Qué significa este concepto?, ¿quién determina el mejor interés?, ¿es un tercero en sustitución de la persona mayor violando el alcance del artículo 30 de la CIPM?, ¿cuál es el parámetro para determinar ese interés?, ¿el del sustituto

acorde a sus propios valores e ideas o los de la persona mayor?, son interrogantes que advierten la deficiencia de la técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 2 del proyecto.

La denominación de este principio lo conecta con el del interés superior de niños y niñas, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley que crea los Tribunales de Familia, y ampliamente desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina, pero inadecuado para resolver cuestiones que afectan a personas adultas. Especialmente cuando el artículo 4.a de la CIPM establece que los estados deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar diversas formas de discriminación que afectan a las personas mayores, entre ellas la infantilización, conducta que abarca la denegación de la capacidad jurídica de estas personas.

El artículo 5 del proyecto en comento, indica:

Los directores de los Establecimientos de Larga Estadía sin fines de lucro que reciban financiamiento del Servicio Nacional del Adulto Mayor, tendrán la representación legal de los residentes que ingresen al establecimiento, solo para efectos de cobrar las pensiones básicas solidarias, pensiones de retiro, montepíos y todo otro beneficio previsional, incluidas las pensiones que considera el decreto ley N° 3.500, de 1980, así como también para demandar cuando corresponda la pensión de alimentos en beneficio del adulto mayor. Dichos recursos deberán destinarse a solventar los gastos de la estadía de la persona en el respectivo establecimiento, así como sus gastos personales, en conformidad a lo que disponga un reglamento dictado por el Ministerio de Desarrollo Social y Familia.

Los directores de los Establecimientos de Larga Estadía que ejerzan esta facultad, tendrán la obligación de rendir cuenta, una vez al año al tutor del adulto mayor que resida en dicho establecimiento, del uso de los dineros obtenidos por las vías señaladas en el inciso precedente, en conformidad a lo señalado en el reglamento referido. Los directores serán responsables hasta la culpa leve inclusive, y les serán aplicables las normas establecidas en el Título XXIX, del Libro IV del Código Civil.

De acuerdo al artículo 5 del proyecto, el solo ingreso de una persona mayor a un establecimiento que reciba financiamiento público a través del SENAMA tendrá por efecto

una suerte de incapacidad parcial y obligatoria de orden patrimonial, que ni siquiera será sometida al control jurisdiccional del discernimiento de tutelas y curadurías conforme a las normas civiles. Además, en el inciso segundo del artículo 5 del proyecto se asume que la persona mayor cuenta con un tutor o tutora a quien se le rendirá cuenta del uso del dinero, y no a la persona mayor misma, lo que implica su discriminación y sustitución, atentando en contra de los artículos 4, 5 y 30 de la CIPM.

5. CONCLUSIONES

La vejez y el envejecimiento son realidades sociales cada vez más relevantes. Es ampliamente sabido que los indicadores demográficos dan cuenta del rápido crecimiento de este grupo etario y, por lo tanto, es menester adoptar medidas para asegurarles mayores y mejores estándares de vida.

La adopción de la CIPM en el ámbito del sistema regional de protección de derechos humanos también da cuenta de la importancia de la vejez y el envejecimiento en las sociedades contemporáneas. En la presente minuta uno de los aspectos más destacados de la CIPM fue el artículo 30 sobre igual reconocimiento ante la ley de la persona mayor; lo que abarca su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio. También se mencionó que el artículo 12 de la CRPD, en el dominio del sistema universal de protección de derechos humanos, plantea el mismo derecho para las personas con discapacidad e idénticas obligaciones para el Estado.

Los artículos 30 de la CIPM y 12 de la CRPD importan avanzar hacia una profunda modificación de nuestro sistema de capacidad jurídica para terminar con la sustitución propia de los esquemas clásicos, como el vigente en Chile, y que importe la adopción de un ecosistema de apoyos graduales para la adopción de decisiones y salvaguardias o formas de control para evitar abusos e influencias indebidas. En la región, países como Argentina, Costa Rica, Perú y Colombia han avanzado en el sentido descrito.

Respecto al objeto de la citación que motiva la presente minuta, esto es, conocer la opinión del INDH sobre una posible vulneración de derechos de las personas mayores relativos al reconocimiento de su plena capacidad jurídica, debe considerarse que al menos los artículos 2 y 5 del proyecto en análisis serían incompatibles con distintos artículos de la CIPM (1, 3, 4, 5 y 30).

6. RECOMENDACIONES

I. Respeto del proyecto de ley en concreto:

a. Ajustar la redacción de los artículos 2 y 5 del proyecto de ley para que sean congruentes con el contenido de la CIPM, especialmente con su artículo 30 que considera el derecho al igual reconocimiento ante la ley de la persona mayor, lo que incluye su capacidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio.

b. Se recomienda ajustar la nomenclatura utilizada en el proyecto con la propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente se insta a sustituir las voces “adulto mayor” o “adultos mayores” por “persona mayor” o “personas mayores”, según corresponda.

2. Respeto de cuestiones generales relativas a un nuevo sistema de capacidad legal:

a. Tal como se ha recomendado en otras instancias legislativas, por ejemplo, a propósito del trámite del proyecto de ley Boletín N° 12.441-17, se debe otorgar un tratamiento integral y sistemático al sistema de capacidad jurídica aplicable a las personas mayores y personas con discapacidad, de conformidad con los estándares de los artículos 30 y 12 de la CIPM y CRPD, respectivamente, y los demás estándares internacionales aplicables.

b. Un nuevo sistema de capacidad legal, que cumpla con los estándares de los artículos 30 y 12 de la CIPM y CRPD, debe establecer bases conceptuales claras respecto a qué se entenderá por apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y salvaguardias que aseguren el respeto, la voluntad y las preferencias de las personas que reciben medidas de apoyo, a fin de evitar que se ejerza influencia indebida sobre ellas.

