

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

1. 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:

1. 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 1º 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 1 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 (“1 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 1º. 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 1 bis A nuevo, en el Título VI del Libro II del Código Penal: “1 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 hiriere, golpeare 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 produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

3° Con presidio menor en su 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:

1°. 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;

2° 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;

3° 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 1 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 1 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 1 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°. Deróganse 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°. Deróganse 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 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.

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:

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

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. 111.

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 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

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.

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”.

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.

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:

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

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.

¹¹ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, Christof Heyns. 25º 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.

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:

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:

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.

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.

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.

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.

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

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

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.

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 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 1.1. de la CADH, según ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

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.

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.

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.

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:

- a. Oficiosidad: la investigación debe desarrollarse de oficio por parte de las autoridades competentes²⁶.
- b. 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.
- c. Competencia: la investigación debe ser realizada por profesionales competentes y empleando los procedimientos apropiados³⁰.

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.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia., *op. cit.*, párr. 143; Caso de la Masacre de Mapiripán 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 Costas), 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 Mapiripán 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

- d. Independencia e imparcialidad de los órganos encargados de la investigación.
- e. Exhaustividad: la investigación debe agotar todos los medios para esclarecer la verdad de los hechos y proveer castigo a los responsables.
- f. 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 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 24.1 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:

[...] 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

la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 177; y Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, *op. cit.*, párr. 224.

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.

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 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.

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.

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.

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 hiere, golpear 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”.

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.

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.

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)

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.

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

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&lID=2>> [Consulta: 18 de diciembre de 2020].

⁴² *Id.*

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

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 11 del artículo 20 del Decreto Legislativo N° 635, Código Penal Peruano, quedando redactado de la siguiente manera:

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

[...]

11. 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.

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

⁴³ Comunicado disponible en: <https://acnudh.org/peru-nueva-ley-de-proteccion-policial-abre-espacios-de-impunidad-alerta-onu-derechos-humanos/>

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.