



## **Informe Sobre el Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que Inicia un Proyecto de Ley que Aumente las Protecciones Legales y Beneficios Aplicables a los Miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad (Mensaje 092-361)**

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 02 de diciembre de 2013 – Sesión 186

### **1. Introducción**

Con fecha 28 de mayo de 2013, el Presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que, según su propia denominación, aumenta las protecciones legales y beneficios aplicables a los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad. Estas normas de protección a funcionarios/as policiales están vinculadas fundamentalmente a beneficios sociales y laborales que se enmarcarían, según el proyecto, en la “Responsabilidad del Estado Frente a la Protección de los Funcionarios Policiales”.

En segundo término, el proyecto consigna sendas modificaciones al Código de Justicia Militar, Código Penal, Decreto Ley N° 2.460 de 1979 que establece la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile, Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile y Decreto con Fuerza de Ley N° 7912 del Ministerio del Interior.

Dentro de estas modificaciones, el proyecto crea nuevos tipos penales y agrava las penas de delitos ya existentes. Entre las medidas propuestas se contempla el agravamiento de figuras como el fingimiento de autoridad (art. 213 del Código Penal); aumenta las penas de los delitos de amenazas y lesiones graves gravísimas cometidas contra policías (arts. 416 bis y 417 del Código de Justicia Militar y arts. 17 bis y 17 quater del DL 2.460); crea un delito de daños especial y calificado cuando se cometa respecto de vehículos o recintos policiales ; e impone a todo aquel que insulte gravemente a un funcionario policial determinado, o bien lo maltrate o golpee sin provocarle lesiones, conociendo de su calidad de policía y mientras se encuentre en cumplimiento de sus funciones, una sanción de pena de prisión de hasta 60 días y multa de 4 a 8 UTM.

El INDH valora de manera positiva la idea general de legislar mejorando los aspectos asistenciales y relativos a las condiciones de trabajo de los miembros de las fuerzas de orden y seguridad<sup>1</sup>. Sin perjuicio de ello, observamos una serie de aspectos que merecen atención desde el punto de vista de los estándares internacionales de derechos humanos<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Al respecto el INDH ha afirmado que “una característica adicional del nuevo paradigma dice relación con el respeto y protección de los derechos fundamentales de quienes integran las Fuerzas de Orden y Seguridad. Esto en tanto forma parte esencial de la política de seguridad democrática fomentar la una cultura de derechos

También el Instituto considera que el proyecto merece reparos desde la perspectiva de la técnica legislativa utilizada puesto que tiene una pretensión de regular materias muy diferentes de una manera orgánica siendo que no parecen necesariamente vinculadas las propuestas de modificaciones en materia de protección laboral y previsional con la pertinencia de nuevos tipos penales o el aumento de penas en algunos delitos.

## **2. Necesidad y pertinencia de creación de nuevos tipos penales**

La idea central de las modificaciones legales propuestas es que “cada funcionario policial representa al Estado en el cumplimiento de una labor esencial y sensible, como lo es el control de la paz social, el cumplimiento de las leyes y la prevención e investigación de delitos” y que “por ello, cualquier atentado en contra de dichos funcionarios, cuando están cumpliendo sus funciones, representa un atentado en contra de los intereses del Estado e, indirectamente, de todos los ciudadanos, quienes han renunciado a favor de aquél, a su facultad de auto tutela”. Por lo anterior y de acuerdo al proyecto “los policías son merecedores de protecciones penales especiales” y por lo tanto se consagran legalmente figuras penales agravadas cuando ellos son los sujetos pasivos, para lograr en definitiva, fortalecer el orden público y la paz social<sup>3</sup>.

El proyecto crea nuevos delitos y convierte delitos comunes en delitos especiales con penas agravadas, con la finalidad de otorgar mayor protección jurídica a cierto tipo de agentes del Estado. Así, se busca cumplir con una doble función preventiva: desincentivar a un sector de la ciudadanía a cometer atentados de diverso tipo contra los policías y evitar que ante la impunidad o inadecuada sanción de dichos actos los policías tengan “una justificada sensación de abandono e injusticia que, inevitablemente, puede llevarlos a infringir sus propios deberes, exponiéndose a responsabilidad civil, penal y administrativa y, de paso, exponiendo también a su institución y al Estado”<sup>4</sup>.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el grueso de estos tipos penales ya se encuentran consagrados en el sistema penal vigente, y que además ya tienen un carácter reforzado respecto de la comisión de los mismos ilícitos en contra de particulares. Además, el mismo

---

tanto hacia fuera como hacia el interior de las instituciones”. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2012. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2012, p. 20.

<sup>2</sup> A dichos estándares se alude como justificación en dicho Proyecto, específicamente cuando se cita expresamente en el Mensaje lo dispuesto en el artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, única disposición de dicho tratado que establece deberes de las personas y que en dicho numeral señala que sus derechos “*están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*”.

<sup>3</sup> Mensaje del Proyecto de Ley que aumenta las Protecciones Legales y Beneficios aplicables a los miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad (Mensaje 092-361).

<sup>4</sup> *Ibíd.*

Mensaje del proyecto señala que “en aquellos delitos donde no se da esta característica, existe la posibilidad de aplicar la agravante general del artículo 12 N° 13 del Código Penal, esto es, ejecutar el delito 'en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones’”<sup>5</sup>.

En relación a la agravante, el mensaje plantea objeciones que en rigor no pertenecen al nivel de la creación de tipos legales -el ámbito de decisiones y definiciones propias de la llamada “criminalización primaria”-, sino que al de aplicación de las mismas por el sistema judicial. En efecto, se dice en el Mensaje que si bien existe esta disposición del artículo 12 N° 13, “la aplicación de esta agravante depende de las circunstancias especiales de cada caso y el grado de convencimiento del tribunal respecto a su concurrencia”<sup>6</sup>. Esta última consideración no debiera servir para justificar la creación de nuevos tipos penales sino que para dar cuenta que la aplicación práctica de esta circunstancia agravante de la responsabilidad penal depende de que sea efectivamente invocada y acreditada en el proceso respectivo, lo cual es propio de un sistema penal democrático en el que impera la separación de poderes, las sentencias tienen efecto relativo y donde la magistratura falla respetando el estándar de la duda razonable.

La finalidad de las reformas penales propuestas se enmarca en lo que la doctrina denomina la función simbólica del Derecho penal así como en el modelo de la “seguridad ciudadana”<sup>7</sup>. Lo anterior queda en evidencia cuando se señala -en relación al castigo de las ofensas verbales- que “el objetivo de esta sanción es brindar cierto sentido de justicia en la labor policial, toda vez que, debido a los altos estándares de profesionalismo y disciplina que son exigibles a los funcionarios policiales, éstos deben abstenerse, en todo momento, de reaccionar frente a conductas insultantes, indignantes y provocativas de parte de ciertas personas (exponiéndose a sanciones de toda índole en caso de incumplir este deber), y esperar que dichas conductas sean efectivamente reprimidas y sancionadas por el Estado”<sup>8</sup>.

De esta forma, es la sensación de rigor punitivo asociado a la ocurrencia de estos hechos lo que se pretende incrementar y en base a ello obtener una serie de efectos. Tal como se señala en el Informe Anual 2011 del INDH, en algunos casos los proyectos de ley presentados en materia de política criminal se enmarcan en “anuncios de duras políticas contra la delincuencia” que “tienden a satisfacer lo que una parte de la sociedad demanda, tendencia que se ha llamado 'populismo penal’”<sup>9</sup>. Por ello, la primera apreciación que debe hacerse en relación a este proyecto dice relación con si se ajusta al criterio de la “necesidad

---

<sup>5</sup> *Ibid.*

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> García-Pablos, *Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos*, Lexis Nexis, 2008, p. 598.

<sup>8</sup> Mensaje, *ob. cit.*

<sup>9</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, p. 21.

de la intervención (penal)” en tanto constituye uno de los principales límites materiales del “ius puniendi” de un Estado moderno.

Adicionalmente, se puede observar que el Proyecto presta poca atención a los efectos prácticos de la implementación de estas modificaciones legales, tanto en el nivel más técnico de las cuestiones procesales que genera su aplicación, como en cuanto a lo que dice relación con la vigencia efectiva del conjunto de derechos fundamentales reconocidos a todas las personas. De esta forma, más que justificar razonablemente la necesidad del incremento de la intervención penal, corre el riesgo de enmarcarse en la existencia de “leyes, políticas y prácticas que responden a un modelo de seguridad ineficaz y a la vez riesgoso para el resguardo de los derechos de las personas, en vez de propugnar un modelo de seguridad ciudadana armónico con los derechos humanos, capaz de abordar de forma preventiva la complejidad de elementos (políticos, económicos, sociales, institucionales) involucrados en la violencia y la comisión de delitos”<sup>10</sup>.

### **3. Observaciones al proyecto**

En opinión del INDH los aspectos más importantes de observar a la luz de los estándares de derechos humanos, se concentran tanto en los aspectos de seguridad social, como en los aspectos de creación y agravamiento de figuras penales que contiene el proyecto.

#### **3.1. En lo relativo a las denominadas normas de protección policial laboral y previsional**

El Mensaje contiene normas de protección a funcionarios/as policiales que están vinculadas a incentivos laborales y beneficios previsionales, concretamente en el pago de gastos médicos, contribución a los fondos solidarios de los denominados fondos de desahucio y los pagos de pensiones con ocasión de fallecimiento o invalidez producto de actos de servicio policial.

En su artículo 5º, el proyecto introduce las siguientes modificaciones a la Ley Orgánica de Carabineros de Chile:

1) Se modifica el artículo 34 de la ley, concediendo a Carabineros/as en retiro por razones de invalidez el derecho a que se imputen a cargo fiscal todos los gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica, dental, ortopédica y similares, siempre que esta se haya originado con ocasión de un procedimiento policial, en el que él/a funcionario/a haya participado en cumplimiento de su deber,

---

<sup>10</sup> INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2012. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2012, p. 20.

2) Se reemplaza el artículo 72 de la ley, ampliando la cantidad de meses que se promedian para efecto de contabilizar el monto de desahucio en caso de pago de pensión de invalidez o fallecimiento; modificándose de 2 años a 30 meses.

En su artículo 6º, introduce modificaciones al Estatuto del Personal de Carabineros de Chile:

1) Se modifica el artículo 46 de la norma en cuanto a que el personal de Carabineros que se encuentre en retiro por razones de invalidez, siempre que ésta se haya originado con ocasión de un procedimiento estrictamente policial en el que haya participado en cumplimiento de su deber, gozará del derecho de asistencia médica.

3) Concede derecho a defensa jurídica por hechos derivados del servicio o con ocasión del mismo. Manteniendo vigente dicho derecho aun en situación de retiro, siempre que este se motive en los mismos hechos.

4) Descuenta el aumento de grado al que accede un Carabinero/a fallecido/a o inválido/a para efectos del cálculo de pensión y/o montepío.

Respecto de los funcionarios/as de la Policía de Investigaciones de Chile, el proyecto establece en su artículo 7º:

1) El derecho para oficiales policiales y asistentes policiales en retiro por razones de invalidez con ocasión de un procedimiento policial en cumplimiento de su deber y que pertenezcan a la Planta de Apoyo General, el derecho a que se imputen a cargo fiscal todos los gastos de atención médica, hospitalaria, quirúrgica, dental, ortopédica y similares.

2) Descuenta el aumento de grado al que accede un/a funcionario/a policial antes mencionado/a, fallecido/a o inválido/a para efectos del cálculo de pensión y/o montepío.

### **3.1.1. Estándares de derechos humanos**

La reforma legal se visualiza como parte de una función protectora de los/as funcionarios/as públicos/as que se encuentran amparadas en normas de tratados internacionales de derechos humanos como el artículo 23 número 1 y 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los que señalan que “1) *Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo (...)*” y “3) *Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social*”.

Por su parte, el artículo 7 punto ii) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que, “*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: ... ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;*

*b) La seguridad y la higiene en el trabajo;*

c) *Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad; ...*”.

A lo anterior, se agrega a nivel del sistema interamericano lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, que en su Capítulo Tercero establece el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, afirmando que “*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*”.

Así, se pueden citar normas de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como el artículo 5 e) iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 11.1 e) y 14.2 c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; artículos 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; artículos 27, 45 y 54 de la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 12, 13 y 14 de la Carta Social Europea; y artículos 16,17, 23 y 30 de la revisión de la misma.

Por su parte, la OIT ha desarrollado el tema de la seguridad social principalmente en los Convenios 102<sup>11</sup> y 128<sup>12</sup>, fijando los estándares de derechos humanos en la materia.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha elaborado una serie de Observaciones generales en este sentido:

- [Observación General N° 20](#). La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, Comité DESC, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009.
- [Observación General N° 19](#). El derecho a la seguridad social, Comité DESC, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008.
- [Observación General N° 18](#). El derecho al trabajo, Comité DESC, E/C.12/GC/18, 6 de febrero de 2006.
- [Observación General N° 16](#). La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, Comité DESC, E/C.12/2005/4, 11 de agosto de 2005.
- [Observación General N° 14](#). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, Comité DESC, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- [Observación General N° 6](#). Los derechos económicos sociales y culturales de las personas mayores.

---

<sup>11</sup>[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312247:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312247:NO)

<sup>12</sup>[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312273:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312273:NO)

De éstas, la Observación General N° 19 es la que desarrolla de manera más detallada los estándares que configuran el marco de las obligaciones que deben respetar los Estados en esta específica materia. En este sentido, es menester recordar que *“Si bien el Pacto prevé una aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que plantean los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efectos inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la seguridad social, como garantizar el ejercicio de ese derecho sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2); la igualdad de derechos de hombres y mujeres (art. 3); y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) para lograr la cabal aplicación del párrafo 1 del artículo 11 y del artículo 12. Estas medidas deben ser deliberadas y concretas y tener por finalidad la plena realización del derecho a la seguridad social”*<sup>13</sup>.

### 3.1.2 Análisis

Las reformas propuestas, en tanto tienden a otorgar una protección especial a funcionarios/as públicos/as que por ejercer funciones policiales pueden quedar en situación de invalidez y/o tener que acogerse retiro, parecen en principio razonables de acuerdo a lo establecido en los estándares generales de derechos humanos en relación al derecho al trabajo y a la seguridad social.

No obstante lo anterior, el INDH ha constatado<sup>14</sup> en reiteradas ocasiones los integrantes de las fuerzas policiales han actuado abusivamente en contra de la población civil, lo que ha resultado en actos de tortura o en otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Como consecuencia de esta situación, ha habido personas afectadas con lesiones graves, algunas incluso resultantes en invalidez o muerte.

Preocupa al INDH que dichas personas no hayan contado con seguridad social o beneficios especiales, que les hayan permitido cubrir gastos de tratamiento médico, rehabilitación, o hayan recibido pensiones de invalidez u otras, para hacer frente a esta realidad. Debido a lo anterior y en virtud de la aplicación del principio de igualdad ante la ley, el Instituto insta a que cuando se produzcan actos abusivos a la población civil de parte de personal de las fuerzas policiales que generen lesiones o invalidez, las personas afectadas cuenten con prestaciones de seguridad social o beneficios especiales, que les permitan cubrir gastos de tratamiento médico, rehabilitación o, cuando sea pertinente, tengan acceso al otorgamiento de pensiones de invalidez u otras.

---

<sup>13</sup> Comité de DESC, Observación General N° 19, *El derecho a la seguridad social*, E/C.12/GC/19, 4 de febrero de 2008, párr. 40.

<sup>14</sup> Así se ha reflejado en los Informes Anuales, especialmente en: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp.47-48 y 76 a 81; INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 2012. Situación de los derechos humanos en Chile*, Santiago, 2011, pp.23-27 y 76 a 81. También se han abordado situaciones de abuso policial en los siguientes informes temáticos: *Informe anual 2011 del programa de derechos humanos y función policial*; el *Informe anual 2012 del programa de derechos humanos y función policial* y, por último, un informe sobre función policial con respecto a manifestaciones estudiantiles que abarcaron el período de enero a agosto

## **3.2. En relación con la creación de nuevos tipos penales**

### **3.2.1 Delito de insulto grave y malos tratos que no generen lesiones**

El proyecto introduce un artículo 417 ter nuevo al Código de Justicia Militar y agrega un artículo 17 septies nuevo al D.L. 2960, Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones Chile, configurando como delito el insulto grave a un/a funcionario/a policial determinado/a, o bien cuando se lo/la maltrate o golpee sin provocarle lesiones, todo ello, conociendo de su calidad de policía y mientras se encuentre en cumplimiento de sus funciones, con una pena de prisión de hasta 60 días y multa de 4 a 8 UTM<sup>15</sup>.

### **3.2.2. Estándares de derechos humanos relacionados**

#### **a. Principio de legalidad**

Una conducta típica debe cumplir con la exigencia del principio de legalidad establecida en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece que: *“Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”*. En exactamente los mismos términos se expresan el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Dando aplicación a ello, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido que *“la ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”*<sup>16</sup>.

Uno de los órganos de tratados que se ha referido expresamente a problemas de incumplimiento de la obligación de describir de manera clara los comportamientos delictivos a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, si bien en relación a un tema diferente, es el Comité de Derechos Humanos, que en sus observaciones al Quinto Informe Periódico de Chile señaló entre sus motivos de preocupación *“la definición de terrorismo contemplada en la Ley Antiterrorista 18.314, que podría resultar demasiado amplia”*, y en relación a ella recomendó *“adoptar una definición más precisa*

---

<sup>15</sup> *“Artículo 417 ter: El que insultare gravemente a un miembro determinado de Carabineros de Chile en el ejercicio de sus funciones, conociendo su calidad de tal, o lo maltratare o golpearle sin provocarle lesiones, será castigado con las penas de prisión en cualquiera de sus grados o multa de cuatro a ocho unidades tributarias mensuales”*.

*“Artículo 17 septies: El que insultare gravemente a un miembro determinado de la Policía de Investigaciones en el ejercicio de sus funciones, conociendo su calidad de tal, o lo maltratare o golpearle sin provocarle lesiones, será castigado con las penas de prisión en cualquiera de sus grados o multa de cuatro a ocho unidades tributarias mensuales”*.

<sup>16</sup> Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C N° 52, párr. 121.



*(...) de tal manera que se asegure que individuos no sean señalados por motivos políticos, ideológicos o religiosos”<sup>17</sup>.*

Por su parte, y también en relación al tema señalado en el párrafo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló a fines del año 2010 que: “[l]a determinación de las conductas que van a ser calificadas como delitos y respecto de las cuales se activa el poder punitivo del Estado, corresponde en principio a éste último en el ejercicio de su política criminal, con base a sus particularidades históricas, sociales y de otra índole. Sin embargo, del artículo 9 de la Convención Americana se derivan ciertos elementos que deben ser observados por los Estados al momento de ejercer la potestad de definir tipos penales. En lo relevante para el presente caso, y tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia interamericana, el principio de legalidad trae como corolario la regla según la cual la legislación penal debe estar formulada sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos y unívocos, 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”<sup>18</sup>.

Por su parte, la Constitución señala dentro del artículo 19 N°3, incisos séptimo y octavo, en relación con las garantías y derechos fundamentales que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración” (“a menos que una nueva ley favorezca al afectado”), y que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella” haciéndose eco de los estándares previamente referidos.

Se trata de uno de los aspectos más relevantes y característicos del Derecho penal moderno: su carácter de Derecho Público, expresado tanto en el hecho de que son instituciones públicas quienes lo definen como los que lo ejecutan. Por lo tanto, en un Estado de Derecho la definición de los comportamientos prohibidos y amenazados con una pena está entregada a la actividad que exclusivamente le corresponde al legislador: no hay delito ni pena sin ley previa (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*)<sup>19</sup>.

Dada la función de garantía que cumple para todos/as los/as ciudadanos/as, la descripción legal del delito debe ser lo más precisa posible, de manera que no dejar lugar a arbitrariedades en la aplicación del tipo penal. Esto se conecta con la triple exigencia de que

---

<sup>17</sup> Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales al Quinto informe periódico de Chile, CCPR/C/CHL/5, 17 de abril de 2007, párr. 7. En el mismo sentido se orientan dentro del Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Chile. A/HRC/12/10, 4 de junio de 2009, las recomendaciones contenidas en los numerales 68, 69 y 70 del párr. 96, y 97 numeral 4.

<sup>18</sup> Comisión IDH (2010), Comisión IDH. OEA/Ser.L/V/II.140 Informe de Fondo N° 176/10. Casos 12.576, 12.611 y 12.6112. Segundo Aniceto Norín Catrimán, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupe y Otros Vs Chile. 5 de noviembre de 2010, p. 116.

<sup>19</sup> En el lenguaje del mensaje del Código Penal, esta idea se refuerza al anunciar que la función de la legislación propuesta, verdadero pilar de una República, viene a fijar “las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito” (Mensaje del Gobierno acompañando el Código Penal al Congreso, Federico Errázuriz y José María Barceló, 29 de octubre de 1873.) Un siglo antes César Beccaria hablaba de un “código fijo de leyes” que estableciera “la regla de lo justo y de lo injusto”, y de que el derecho de castigar entregado al soberano implica que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador” (César Beccaria, *De los delitos y las penas*, FCE, 2000, pp. 218-222).

la ley penal debe ser escrita, estricta, y previa, de la cual emanan las garantías de reserva de legalidad, el principio de tipicidad, y la irretroactividad de la ley penal. El fiel apego al principio de legalidad en todas estas dimensiones caracteriza y distingue al Estado de Derecho de las dictaduras y regímenes totalitarios.

El Tribunal Constitucional ha resuelto al respecto que *“el principio de reserva legal obliga a que tanto la descripción de la conducta cuya infracción se vincula a una sanción, al menos en su núcleo esencial, como la sanción misma, se encuentren establecidas en normas de jerarquía legal y no de rango inferior”*<sup>20</sup>. El principio contendría una dimensión formal (necesidad de que sea la ley quien contemple estas conductas) y material (necesidad de que las describa expresamente)<sup>21</sup>. Más aún, el mismo tribunal diferencia entre principio de legalidad y principio de tipicidad, sosteniendo que *“el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero”* y que mientras *“la legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley (...) la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta”*<sup>22</sup>.

## **b. Libertad de Expresión**

El Derecho Penal sanciona actos, no opiniones. Además, tiene un carácter subsidiario: las penas sólo deben ser empleadas cuando el ataque a bienes jurídicos no pueda sancionarse de manera apropiada acudiendo a otros medios de solución propios de otras ramas del ordenamiento jurídico. La criminalización realizada por el legislador no puede incluir todo aquel ámbito de comportamientos que parezcan reprobables desde distintos puntos de vista, sino que aquellos respecto de los cuales no queda otra forma de intervención, dado el carácter de ataque intolerable contra ciertos bienes jurídicos. Al realizar esta valoración, debe tenerse en cuenta que no se pueden afectar derechos fundamentales cuyo ejercicio queda entregado a los ámbitos de discrecionalidad y actuación autónoma propias de las personas a cuyo servicio están los órganos públicos y el Estado.

Uno de esos derechos es la libertad de expresión, contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 19, que señala que *“todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*. En el mismo orden de ideas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reafirma el derecho en comento en su artículo 19 *“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 a su elección”*.

---

<sup>20</sup> STC Rol 479-06, de 8 de agosto de 2006, c. 20,

<sup>21</sup> STC Rol 1443-09, de 26 de agosto de 2010, c. 23; STC rol1432-09, de 5 de agosto de 2010, cc. 26 y 28.

<sup>22</sup> STC Rol 244-96, de 26 de agosto de 1996, c. 10.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13 que *“toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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”*. La libertad de expresión constituye, según la Corte IDH *“una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*<sup>23</sup>.

En la Constitución chilena es el artículo 19 N° 12 el que consagra *“la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”*. Al respecto el Tribunal Constitucional ha entendido que el alcance de dicho derecho *“... comprende las declaraciones sobre hechos y las meras opiniones independiente de su fundamentación, alcanzando su protección tanto a las ideas como a la forma de expresarlas, pudiendo incluso ser causal de justificación de imputaciones por afectación a la honra o el honor”*<sup>24</sup>.

### **3.2.3. Análisis**

En primer lugar, en cuanto a la redacción del tipo penal, resulta evidente que se está frente a un tipo abierto, lo que genera espacios de obligación de llenado de contenido para el/a sentenciador/a, con una latente esfera de discrecionalidad y eventual arbitrariedad, característica de esta forma de configuración del elemento tipicidad en los delitos y afectándose el principio de legalidad como garantía de fondo. En efecto, una tipificación abierta genera espacios de discrecionalidad judicial que afectan el debido proceso al vulnerarse la garantía judicial de imparcialidad del juez/a, dado que lo puede obligar a llenar de contenido la ausencia del legislador/a, incurriendo en situaciones de falta de objetividad y a la postre de desigualdad ante la ley

En efecto, el que el tipo penal propuesto para el art. 417 ter del Código de Justicia Militar consista en proferir un “insulto grave”, y que la acción de “insultar” sea definida por la Real Academia de la Lengua Española como “ofender a alguien provocándolo e irritándolo con palabras o acciones”, no se ajusta a la obligación que para el Estado existe en orden a describir de manera precisa los comportamientos que por constituir delitos son sancionados penalmente. El que la apreciación inicial de si un comportamiento puntual se enmarca o no dentro de este tipo penal quede entregada precisamente a la policía, que es también el sujeto pasivo de este ilícito, complica aún más la operatividad y legitimidad de dicha disposición legal<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C N° 177, párr. 76

<sup>24</sup> STC Rol 1463-09, de 26 de septiembre de 2010, cc. 16 y 17.

<sup>25</sup> Baste al efecto con considerar que el hecho de designar a un miembro de Carabineros como “paco” goza de distintas apreciaciones y genera diversos efectos según quién y en qué contexto emita la expresión, que

De esta forma, la tipificación de este comportamiento -insulto grave- como delito cumpliría solamente con el aspecto formal del principio de legalidad, pero al no describirse precisa y adecuadamente el núcleo esencial del comportamiento amenazado de sanción penal, no cumpliría con la dimensión material del principio..

En efecto, el sólo proferir una expresión, aun cuando ella pueda ser considerada desde diversos puntos de vista como inadecuada, grosera o denostante, no puede ser en sí mismo constitutivo de delito. En este sentido, resulta preocupante que un ordenamiento jurídico cimentado sobre un Estado de Derecho acoja la idea de castigar “delitos de opinión”, entendiendo por tales aquellos tipos penales que se refieren a la manifestación pública de opiniones políticas o de otra índole, confundiéndolos con los denominados delitos de expresión que son aquellos proferidos a través de la palabra y que no obstante ello pueden afectar bienes jurídicos de relevancia, como por ejemplo la libertad en el delito de amenazas.

Por otra parte ya existen conductas tipificadas que permiten subsumir las hipótesis que pretende cubrir la nueva norma, tales como:

1) El delito de injurias establecido en el Código Penal, y que incluye “*toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona.*” (Art. 416) Además el Código Penal establece la falta cometida por “*el que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad*” (496 N° 11).

2) La falta del Art. 496. N° 1 del Código Penal, que se refiere a “*el que faltare a la obediencia debida a la autoridad dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere, en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este Código o por leyes especiales*”, y que cubre suficientemente las situaciones en donde un/a ciudadano/a se rehúse a cumplir con las exigencias de carabineros.

3) El delito de atentado contra la autoridad (Art. 261 inciso segundo) respecto de aquellos que resistan o acometan con violencia, fuerza o intimidación contra funcionarios que ejercen su cargo. Este delito cubre el contacto físico violento, pero también contempla la intimidación.

La posible responsabilidad por abusos en el ejercicio de la libertad de expresión podría de acuerdo a Enrique Cury, “traer aparejada una tendencia a castigar manifestaciones ideológicas”<sup>26</sup>. Por eso se debe ser restrictivo a la hora de tipificar penalmente acciones verbales, exigiendo que dañen o pongan en peligro concreto bienes jurídicos determinados<sup>27</sup>. Así, la libertad de expresión podría verse amenazada por este proyecto en

---

podiera ser considerada ofensiva, neutra, o hasta cariñosa, a pesar de que según Oreste Plath la denominación proviene simplemente del color de los ponchos que antiguamente usaban los gendarmes en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador y Panamá (Oreste Plath, *Folklore lingüístico chileno*, Editorial Nascimento, 1981, p. 116).

<sup>26</sup> Enrique Cury, *ob. cit.*, p. 264-265.

<sup>27</sup> De lo contrario, como ha expresado Gerardo Nicolás García, estamos ante delitos de opinión: “aquellos tipos penales que habilitan poder punitivo por la manifestación pública de opiniones políticas. Así sucedió en los regímenes totalitarios, que penaban la manifestación del pensamiento que fuera contrario al Estado

tanto no se deslinda adecuadamente si se está frente al ámbito de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos concretos y determinados. A ello se agrega que la aplicación práctica queda entregada a los mismos ofendidos, corriéndose el peligro que cualquier crítica públicamente emitida a la labor policial en general o en un caso puntual, o incluso una opinión negativa sobre la institución policial en sí misma, puedan ser en principio sancionadas.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que en relación a los tipos penales existentes ya referidos, el que se propone como artículo 417 ter tiene una clara desventaja para el imputado, puesto que al estar sancionado con penas de falta procede aplicar el procedimiento monitorio de acuerdo al artículo 392 del Código Procesal Penal, es decir, ante el sólo mérito de un parte policial es posible en principio aplicar sanciones evitando un juicio, el que tan sólo podrá verificarse si el imputado manifiesta expresamente su disconformidad con este procedimiento ante un Juez de garantía. Con esto, sumado a lo ya dicho sobre lo complejo que resulta que la apreciación inicial de los hechos como encuadrables en este delito queda entregada a los mismos ofendidos, que constituyen a su vez en principio la única prueba de cargo.

### **3.3. En relación con el agravamiento de penas de figuras ya existentes**

#### **3.3.1 En lo relativo al aumento de penas en los delitos de lesiones y amenazas cuyos sujetos pasivos/as sean funcionarios/as policiales, como también al de daños, creando el delito de daños calificados de cuarteles, unidades y vehículos policiales**

El proyecto pretende modificar los artículos 417 y 416 bis del Código de Justicia Militar, como también, el artículo 17 y 17 bis del D.L. 2.460, aumentando las penas aplicables al delito de amenazas y lesiones respectivamente, en contra de funcionarios/as policiales. También establece una pena diferenciada en casos de daños en contra de la propiedad de algún objeto mueble o inmueble policial, fijando un delito de daños calificados, en el artículo 17 sexies del D.L. 2460 y en el artículo 417 bis del Código de Justicia Militar<sup>28</sup>.

---

totalitario. Manifestación de ello ha sido en Italia el código fascista que divinizó al Estado y también en Alemania el nazismo. La Argentina no ha sido una excepción en cuanto a la persecución de las ideas y opiniones políticas. Esta ha sido la concepción –por llamarla de alguna manera- tradicional de los delitos de opinión. Actualmente esta concepción debe ser ampliada, incluyendo la punición de opiniones distintas de las políticas. Es decir incluyendo todo tipo de opiniones” Gerardo NICOLAS GARCIA, *Los Delitos de Opinión en el Estado Constitucional de Derecho*, p. 3, [www.alfonsozambrano.com/doctrina.../dp-delitos\\_opinion\\_derechos.doc](http://www.alfonsozambrano.com/doctrina.../dp-delitos_opinion_derechos.doc).

<sup>28</sup> “Incorpórase, en el número 1° del inciso primero del Artículo 416 bis, entre la expresión “medio” y la coma que le sigue, la expresión “a máximo”.

“Artículo 417. El que amenazare a un miembro de Carabineros de Chile, en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal, conociendo su calidad de tal y en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con el máximo de la pena o el grado máximo de las penas previstas en dichos artículos, según correspondiere.”

“Artículo 417 bis. El que atentare por medio de armas de fuego o cortopunzantes, elementos químicos o cualquier medio contundente capaz de producir daños, contra un recinto, unidad o vehículo de Carabineros de Chile, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.”

### 3.3.2. Estándares de derechos humanos

#### a. Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación se encuentra a la base de todo el sistema de garantías y protección de derechos humanos. Frecuentemente se ha señalado que el principio de no discriminación consiste en una especie de corolario negativo del principio de igualdad dado, además, que las normas internacionales no obligan al Estado a lograr una estricta igualdad de trato entre las personas, sino que exigen que las personas sean tratadas sin discriminación<sup>29</sup>.

En el sistema universal, la mayoría de los tratados de derechos humanos contienen disposiciones que reconocen el principio de igualdad y no discriminación, en algunos casos en forma subordinada y en otros de manera autónoma. Su forma subordinada hace referencia a la obligación de los Estados Partes de un tratado sólo a reconocer, garantizar o satisfacer los derechos reconocidos en el respectivo instrumento sin discriminación, mientras que la cláusula autónoma establece el principio general de no discriminación en sí mismo, no restringiéndose al ámbito cubierto por la declaración o tratado, sino que puede ser aplicado justamente a otras situaciones<sup>30</sup>.

Entre las cláusulas subordinadas se puede mencionar el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>31</sup>, que prescribe que toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados *sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*. Fórmula que se repite en el artículo 2º la Convención de los Derechos del Niño (CDN), en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y en el artículo 2 de la Carta Africana, a través de la cual en

---

“Incorpórase, en el número 1º del inciso primero del Artículo 17 bis, entre la expresión “medio” y la coma que le sigue, la expresión “a máximo”.

“Artículo 17 quáter.- El que amenazare a un integrante de la Policía de Investigaciones de Chile, en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal, conociendo su calidad de tal y en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con el máximo de la pena o el grado máximo de las penas previstas en dichos artículos, según correspondiere”.

“Artículo 17 quáter.- El que amenazare a un integrante de la Policía de Investigaciones de Chile, en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal, conociendo su calidad de tal y en razón del ejercicio de sus funciones, será castigado con el máximo de la pena o el grado máximo de las penas previstas en dichos artículos, según correspondiere.”

“Artículo 17 sexies: El que atentare por medio de armas de fuego o cortopunzantes, elementos químicos o cualquier medio contundente capaz de producir daños, contra un recinto, unidad o vehículo de la Policía de Investigaciones de Chile, siempre que dicha condición sea conocida del hechor, será castigado con la pena de presidio menor en su grado medio a máximo.”

<sup>29</sup> Cfr. PALACIOS, Patricia, *La No Discriminación. Estudio de la jurisprudencia del comité de Derechos Humanos*, Santiago, Universidad de Chile, 2006, p.29.

<sup>30</sup> Cfr. PALACIOS, Patricia, *op. cit.*, p.30.

<sup>31</sup> Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948

definitiva todos los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de los tratados respectivos para todos sin ningún tipo de discriminación e incluso a contrarrestar algunas formas de distinción que, como se dijo, debido a experiencias pasadas son fuertemente desaprobadas, como las distinciones en términos de raza, color, idioma, nacimiento y religión, sexo, origen social o nacional.

En cambio, en las formas autónomas, destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>32</sup> (en adelante PIDCP), que en su artículo 26 establece la igualdad de todas las personas ante la ley, prohibiéndose toda discriminación y garantizándoseles una protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. De la misma forma, la CIEDR<sup>33</sup>, dispone en su artículo 5 el compromiso de los Estados Partes de prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley. Asimismo, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>34</sup>.

El Comité de Derechos Humanos, para resolver los casos de supuesta discriminación presentados a dicho organismo en relación con el Pacto, ha señalado que esta *“debe entenderse referida a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”*<sup>35</sup>.

Por su parte, la Corte IDH en una Opinión Consultiva ha hecho notar que *“la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con*

---

<sup>32</sup> Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966; suscrito por Chile en esa misma fecha y el instrumento de ratificación depositado en la Secretaría General del referido organismo el 10 de febrero de 1972. Se promulgó por el decreto supremo N° 778, de Relaciones Exteriores, de 1976, y se publicó en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

<sup>33</sup> Adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), del 21 de diciembre de 1965, cuyo instrumento de ratificación fue depositado por Chile el 20 de octubre de 1971, y promulgado por el decreto supremo N° 747, de Relaciones Exteriores, de 1971, cuya publicación en el Diario Oficial se hizo el 12 de noviembre de 1971.

<sup>34</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, fue suscrita por Chile el 17 de julio de 1980, ratificada en 1989, y su promulgación se hizo por el decreto supremo N° 789, de Relaciones Exteriores, de 1989, que se publicó en el Diario Oficial del 9 de diciembre del mismo año

<sup>35</sup> Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, *Observación General N°18: No Discriminación*, 11 de septiembre de 1989, párr. 7.

*privilegio”. Así, “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”<sup>36</sup>.*

De esto no se colige necesariamente que toda distinción de trato sea ofensiva de la dignidad humana, puesto que *“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón, o a la naturaleza de las cosas”*. Por ello es que según la Corte IDH señale que *“no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de a naturaleza humana”<sup>37</sup>.*

En síntesis, 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 proporcionalidad.

### **3.3.3 Análisis**

De acuerdo a los estándares indicados, no parece existir una necesidad racional de aumentar las penas en relación a los delitos señalados cuando cierta categoría de trabajadores sea el sujeto pasivo. Tampoco se advierte una necesidad racional y justificable en una sociedad democrática en orden a aumentar estas penas considerando que los policías son representantes de la autoridad.

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.

Por otra parte, hasta el día de hoy la eventualidad de que este tipo de agentes del Estado – Carabineros- atente contra particulares, activa el fuero o justicia militar que aplica tipificaciones contenidas en el Código Militar y que contempla, en general, penas más bajas que las aplicables a delitos cometidos entre particulares. Es respecto de dicha actividad jurisdiccional que la Corte IDH en el caso Palamara Iribarne ha instado al Estado de Chile a derogar la justicia militar, o mantenerla exclusivamente respecto a delitos militares cometidos por militares en servicio activo<sup>38</sup>. En esta materia, al INDH le parece pertinente

---

<sup>36</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 54.

<sup>37</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva 4-84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Párr. 57.

<sup>38</sup> Sentencia de la Corte IDH, de 22 de noviembre de 2005, en cuyo párrafo 256 se establece que *“en caso de que el Estado considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delito de función cometidos por militares en servicio activo”*. En el mismo



reiterar en este contexto su interés en que se desarrollen reformas legislativas que aseguren que los delitos cometidos por los integrantes de las fuerzas policiales en el uso abusivo de sus funciones en contra de la población civil, sean de competencia de los tribunales civiles.

Paralelamente 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/as y Policías de la PDI, con lo que quedó reforzada su protección penal en el ordenamiento jurídico nacional y en consecuencia resulta innecesario volver legislar sobre la materia.

Desde una perspectiva más general, hay que tener en cuenta que si el Estado está al servicio de la persona humana como establece el artículo 1 de la Constitución Política de la República, y si los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos están establecidos también a favor de la persona humana, el desvalor es mayor cuando un agente del Estado atenta contra la vida, integridad o seguridad de un particular que cuando el particular (que no tiene, a diferencia del funcionario policial, el encargo de dar eficacia al derecho) atenta contra un agente del Estado. De lo contrario nos estaríamos alejando tanto del sentido y fin de las garantías consagradas en favor de las personas, como del sentido más básico de una adecuada proporcionalidad en la fijación de las penas.

En síntesis, no parece justificable ni razonable que frente a ciertos atentados -verbales o físicos- que puedan sufrir las personas en general, el ordenamiento jurídico reaccione considerando algunos más graves en atención a la condición de funcionarios/as públicos de algunos/as, máxime cuando se trata de un tipo de funcionarios que entre otras cosas están autorizados para hacer uso de la fuerza en resguardo del orden público.

Si lo que se quiere asegurar es una protección reforzada de los agentes del Estado en tanto tales, dicha justificación se sale del ámbito de los estándares sobre derechos fundamentales para situarse más bien en una línea de defensa reforzada del Estado. Este tipo de fundamento ya se ha tenido a la vista para adoptar modificaciones legislativas que ya garantizan un agravamiento de delitos comunes cuando se cometan en contra de funcionarios/as policiales, lo que lleva a considerar a este Instituto que la protección que se propone en este proyecto es excesiva a la luz de la ponderación que se hace en relación con los derechos humanos involucrados.

Estas mismas consideraciones son aplicables en relación a la creación del delito especial de daños que afecten a los objetos utilizados por los/as policías en su función.

---

sentido se han pronunciado órganos de tratados desde el nivel internacional. El Comité de Derechos Humanos (2007), recomendó que el país debe “[a]gilizar la adopción de la ley que modifique el Código de Justicia Militar, limitando la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter militar exclusivamente; verificando que esta ley no contenga ningún precepto que pueda permitir violaciones de los derechos establecidos en el Pacto”. Del mismo tenor, el Comité contra la Tortura expresó su “[p]reocupación [por] las demoras que retrasan la adopción definitiva de la reforma del Código de Justicia Militar, que ha recomendado el Comité insistentemente al Estado parte.” reiterando que se: “[a]gilice el proceso de adopción de la ley que modifica el Código de Justicia Militar, por medio del cual se establecen límites a la competencia material y personal de los tribunales militares (...)”.

Para ilustrar lo explicado anteriormente, es pertinente incorporar la siguiente tabla demostrativa, respecto de lo que actualmente existe en nuestro ordenamiento jurídico punitivo.

<b>Delito</b>	<b>Pena por delito cometido contra un particular</b>	<b>Pena por delito cometido contra un/a policía</b>
Amenazas	Desde 61 a 540 días	Desde 61 días a 3 años
Lesiones leves	Multa	Multa o pena de 61 a 540 días
Lesiones menos graves	Multa de 11 a 20 UTM o 61 a 540 días	Desde 541 días a 5 años
Lesiones graves	Desde 541 días a 3 años	Desde 3 años y un día a 10 años
Lesiones gravísimas	Desde 3 años y un día hasta 5 años	Desde 10 años y un día hasta 15 años

#### **4. Conclusiones**

1. En materia de seguridad social el proyecto contiene aspectos positivos y justificables.
2. La tipificación como delito de los insultos a funcionarios/as policiales, implica un grave retroceso en materia de política criminal, al pretender punir inobservancia a normas de trato social, las que, por definición no se caracterizan por ser susceptibles de exigir cumplimiento mediante coerción estatal, de una manera que afecta potencialmente el ejercicio de la libertad de expresión.
3. Asimismo, se contraviene la obligación de describir en detalle las conductas tipificadas como delito y plantea importantes problemas en su aplicación práctica al dejar entregada la apreciación inicial de los hechos a los ofendidos y posibilitar la aplicación de sanciones sin juicio.
4. En cuanto al aumento de penas en el delito de lesiones gravísimas, amenazas y la calificación del delito de daños que afecta a objetos que se utilizan para la realización de la función policial, es menester indicar en primer término, que la Ley N° 20.064 del año 2005 contempla un aumento considerable de las penas asignadas a los delitos de amenazas y lesiones en los que sea víctima un/a policía. Así las cosas, resulta conveniente recordar que esta reciente modificación legal, significa una afectación al principio de igualdad y al de no discriminación, por una parte, y es un tema que ya fue normado. En consecuencia, volver a revisar dicha situación resulta poco eficaz. Por otra parte, insistir en el aumento de penas y su falta de proporcionalidad en estos casos vulnera de manera injustificada el principio de igualdad ante la ley.