



Minuta de Amnistía Internacional Sobre Legítima Defensa Privilegiada en proyectos que fusionan “Ley Nain 2.0” y “Ley Retamal”

1. Antecedentes

El Congreso ha acelerado la discusión de un proyecto refundido de las denominadas “Ley Nain 2.0”, que aumenta las penas por delitos cometidos contra funcionarios de Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería (Boletín N° 14.870-25)¹; junto con la llamada “Ley Retamal” que establece la legítima defensa privilegiada en actuaciones vinculadas al uso de la fuerza (Boletín N° 15.470-25). El lunes 27 de marzo de 2023, la Comisión de Seguridad Ciudadana resolvió trasladar el texto de la ley “Retamal” al proyecto de la ley “Nain”, combinando ambas en el Boletín N° 15.444-25².

2.- Consideraciones preliminares

El proyecto refundido pasó a segundo trámite legislativo en la Cámara de Diputadas y Diputados y fue votado este miércoles 29 de marzo. La iniciativa pasará al Senado, oportunidad en la que el Ejecutivo formulará observaciones según planteó hoy la Ministra del Interior Carolina Tohá³.

¹ Boletín N° 14.870-25. Tramitación en línea:
<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15374&prmBOLETIN=14870-25> [29 marzo 2023]

² Boletín N° Boletín N° 15.470-25 y Boletín 15.444-25. Tramitación en línea:
<https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15964&prmBOLETIN=15444-25> [29 marzo 2023].

³ <https://twitter.com/poirotos/status/1641140030109360128?s=20>

Esta celeridad en la tramitación legislativa surge tras el homicidio consecutivo de dos funcionarios de carabineros en los días 14⁴ y 26 de marzo⁵, y después de que el jefe de la policía uniformada hiciera públicamente un llamado al Congreso pidiendo que “se le entreguen herramientas a la institución”⁶ para evitar cuestionamientos, especialmente del ente persecutor penal. Esta tramitación legislativa se adelanta a la discusión de una ley sobre uso de la fuerza anunciada por el Ejecutivo a principios de marzo de este año⁷ y su urgencia ha sido sostenida por todos los sectores políticos como una medida necesaria para hacer frente a la inseguridad mediante la protección de la integridad de los policías⁸. Tampoco se ha considerado que ya actualmente están previstas en el Código de Justicia Militar algunas hipótesis, más acotadas, de legítima defensa privilegiada⁹.

⁴ BiobíoCHILE.CL. 14 de marzo de 2023. Por Manuel Stuardo. Muere Alex Salazar, carabinero atropellado por venezolano durante operativo en Concepción. Disponible en línea: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-del-bio-bio/2023/03/14/muere-el-carabinero-atropellado-por-venezolano-en-concepcion-durante-operativo.shtml> [29 marzo 2023].

⁵ BiobíoChile.cl. 26 de marzo de 2023. Por Verónica Reyes. Carabinera muere tras ser baleada en la cabeza durante un procedimiento en Quilpué. Disponible en línea: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2023/03/26/carabinera-muere-tras-ser-baleada-en-la-cabeza-durante-un-procedimiento-en-quilpue.shtml> [29 marzo 2023].

⁶ LA TERCERA. 13 de marzo de 2023. Por José Navarrete y Nicolás Escobar. “Ya basta”: Yáñez envía sentido mensaje al Congreso tras ataque a carabinero y pide entregar herramientas a la institución. Disponible en línea: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/yanez-afirma-que-hay-dudas-en-los-carabineros-para-usar-arma-de-servicio-y-enfatiza-llamado-al-congreso-por-proyectos-en-curso/WIIGQ3UCURCHNJBAPDWGZJC5VU/> [29 marzo 2023].

⁷ BiobíoChile.cl. 17 de marzo de 2023. Por Emilio Lara. Ley de reglas de uso de fuerza: “impunidad” preocupa a oficialismo y oposición pide apoyar a policías. Disponible en línea: <https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/03/29/carabineros-detectives-y-gendarmes-tendran-marco-especial-de-proteccion-legal/> <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2023/03/17/ley-de-reglas-de-uso-de-fuerza-impunidad-preocupa-a-oficialismo-y-oposicion-pide-apoyar-a-policias.shtml> [29 marzo 2023].

⁸ Cámara de Diputadas y Diputados. 29 de marzo de 2023. Carabineros, detectives y gendarmes tendrán marco especial de protección legal. Disponible en línea: <https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/03/29/carabineros-detectives-y-gendarmes-tendran-marco-especial-de-proteccion-legal/> [29 marzo 2023].

⁹
Art. 410. Además de las exenciones de responsabilidad establecidas será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.

Art. 411. Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Detrás de la iniciativa legislativa en cuestión subyacen dos ideas erradas, muy concordantes con la cuestionable intervención del general Yañez. Primero, que los policías, y particularmente los carabineros, no pueden hacer uso legítimo de la fuerza sin que resulten castigados penalmente; y, segundo que la actuación policial no requiere controles. Esto se contradice con los resultados en las investigaciones por la violencia policial ocurrida durante el estallido social de octubre de 2019. Como señaló Amnistía Internacional en el “Informe 2022/23. La situación de los derechos humanos en el mundo”, al finalizar ese año, la Fiscalía Nacional había presentado cargos solamente en 140 de las 10.938 denuncias de violaciones de derechos humanos y estas causas sólo dieron lugar a 19 sentencias, 17 condenatorias y dos absolutorias¹⁰. Amnistía Internacional, en su informe “Ojos sobre Chile”¹¹, concluyó que se registraron violaciones generalizadas de derechos humanos a través del uso excesivo e innecesario de la fuerza por parte de Carabineros en dicho periodo, no obstante lo cual la impunidad parece haber sido la norma y el efectivo castigo penal la rara excepción.

La iniciativa que está en discusión actualmente tiene varios problemas de técnica legislativa penal que hacen que las propuestas generen desarmonía con otras normas penales y que en algunos aspectos resulten redundantes con el ordenamiento punitivo chileno actual.

La iniciativa legal aborda sustancialmente dos materias. Una, que consiste en aumentar las penas a los autores de agresiones contra funcionarios de seguridad. Otra, que establece una causal de legítima defensa que puede validar un uso desproporcionado de la fuerza, lo cual contraviene los principios internacionales de necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza, la jurisprudencia internacional en el tema tanto de los órganos de los tratados de las Naciones Unidas como del sistema interamericano. Además, esta nueva

Esto no obstante, 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.

Art. 412. La disposición del artículo anterior se aplicará también al caso en que el Carabinero haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabinero tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla; como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc.

¹⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2023. “Informe 2022/23, Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo” (Londres: Propia). Página 147.

¹¹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2020. “Ojos sobre Chile: Violencia Policial y Responsabilidad de Mando durante el Estallido Social”. Páginas 52 y 107.

causal de legítima defensa podría limitar indebidamente el ejercicio de las garantías judiciales para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Ello, debido a su redacción vaga e interpretación subjetiva por parte del funcionario que lleva a cabo la conducta.

El precepto que establece la nueva legítima defensa privilegiada establece lo siguiente:

Artículo 7.- Incorporáse en el numeral 6 del artículo 10 del Código Penal los siguientes párrafos tercero y cuarto:

“Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, si un miembro de las Fuerzas de Orden y Seguridad en el ejercicio de sus funciones rechaza mediante el uso de arma letal:

1. La agresión mediante uso o amenaza de uso de arma blanca, armas de fuego, o cualquier otro objeto cortante, punzante o contundente que sea apto para provocar la muerte o lesiones corporales graves al funcionario policial u otra persona.

2. La agresión perpetrada mediante vías de hecho, por un grupo de dos o más personas, en que el funcionario estime razonablemente que el acometimiento tiene potencialidad mortal o lesiva.

3. Para impedir o tratar de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 150 A, 361, 362, 390, 390 bis, 391, 395, 396, 397, 433 y 436, así como el contemplado en el artículo 8 14 D de la ley N°17.798 sobre control de armas, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto N°400, de 1977, del Ministerio de Defensa Nacional.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará cualquiera sea el daño que se ocasione al agresor.”.

Ambas propuestas de normas penales –la referente al aumento de pena y la que establece una nueva legítima defensa privilegiada- han sido planteadas como mecanismos o estatutos “de protección” para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Ello, desde un punto de vista operativo, resulta evidentemente erróneo porque las normas penales funcionan “ex post facto” y una protección real para estos funcionarios es la que puedan brindarles sus propias autoridades entregándoles preparación, espacios de trabajo seguros, herramientas adecuadas para ejercer la fuerza cuando sea necesario, de forma proporcional y progresiva. También es importante que se avance en una disposición fortalezca legal y reglamentariamente la obligación de delimitar las funciones y las responsabilidades que asume cada jefatura de la cadena de mando involucrada en la gestión de recursos y en la planificación y ejecución las operaciones policiales.

3. Examen de normas conflictivas con los derechos humanos.

(a) Revisión del estándar internacional para el uso de la fuerza¹².

Para una interpretación adecuada de los principios internacionales para el uso de la fuerza es fundamental tener en vista los siguientes conceptos centrales:

1) “Legalidad”: significa perseguir un fin lícito y contar con un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación;

2) “Necesidad”: el uso de la fuerza debe limitarse a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para alcanzar un objetivo legítimo. Dentro del principio de necesidad, se establece la necesidad cualitativa, cuantitativa, y la temporal: qué fuerza, cuánta fuerza y cuándo debe cesar, lo que incluye cuando un objetivo no puede ser logrado;

3) “Proporcionalidad”: los medios y el método empleados deben ser acordes con la resistencia ofrecida y el peligro existente; y

4) “Responsabilidad”: cumplimiento de ciertos deberes individuales e institucionales específicos para un uso adecuado de la coerción física¹³.

(b) Problemas más graves del proyecto de ley para los derechos humanos.

El proyecto tiene dos problemas importantes que colisionan con los estándares internacionales de derechos humanos:

1. Busca legitimar actuaciones en que se utilice la fuerza sin cumplir con los estándares de derechos humanos

Se debe entender que una eximente de responsabilidad penal es una condición que exculpa de la pena al autor de un delito cuando las circunstancias están descritas en la ley penal; y que se trata de una causal “privilegiada” cuando se establece una inversión en la carga de la prueba, porque ya no sería la defensa la que tendría que probar la aplicabilidad de la eximente, como es norma, sino que debería ser la fiscalía o los querellantes quienes

¹² “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” de 1979 y los “Principios básicos sobre empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley” de 1990 y las “Guidance on Less-Lethal Weapons in Law Enforcement” de Naciones Unidas de 2020.

¹³ AMNISTÍA INTERNACIONAL (2015). Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (Madrid: Propia),

deban probar que no aplica tal causal exculpatoria. Para el caso de los funcionarios policiales y penitenciarios se trata de justificar un evento en el que causan daño empleando la fuerza mientras se encuentran cumpliendo con un deber de servicio.

Sin embargo, es problemático que en Chile no se haya regulado a través de una norma legal¹⁴ la coerción estatal en materias de aplicación de la ley y, por tanto, que no se hayan aún definido conceptos básicos como la “proporcionalidad”, que es la condición que determina cuál es la magnitud de fuerza aceptable en un evento específico.

En otras palabras, si estos límites no están definidos: a) Se generan dificultades para determinar cuál es el armamento o equipo conexo idóneo, cuál es el entrenamiento y cuál es la certificación que debe tener el personal policial; y b) no permite identificar qué resultados son aceptables y pueden quedar cubiertos por una eximente penal, porque sin definir la proporcionalidad, es difícil determinar cuándo un policía empleó correctamente la fuerza en el cumplimiento del deber y, por tanto, resulta ilusoria la posibilidad de aplicar cualquier causal que lo exima de responsabilidad.

En concreto, los párrafos tercero y cuarto del artículo 7, establecen que la legítima defensa privilegiada se presumirá si un funcionario en el ejercicio de sus funciones rechaza mediante el uso de arma letal “una agresión mediante uso o amenaza de uso de arma blanca, armas de fuego, o cualquier otro objeto cortante, punzante o contundente que sea apto para provocar la muerte o lesiones corporales graves”. Esto podría traducirse en que un funcionario pueda hacer uso de un arma letal de forma altamente discrecional, a pesar de que no exista riesgo real o inminente para su vida, sino simplemente una amenaza con cualquier objeto que pudiera provocar lesiones. El estándar internacional exige que el uso de armas letales por parte de funcionarios sea excepcional, y siempre que exista un riesgo real e inminente para la vida o integridad del funcionario o de terceros. Es por ello que el requisito objetivo del riesgo debe existir en cualquier definición de legítima defensa.

De igual forma, se establece que la legítima defensa privilegiada se aplicará siempre “que el funcionario estime razonablemente que el acometimiento tiene potencialidad mortal o lesiva”. Esta redacción no solo es vaga y da margen a una amplia interpretación, sino que supone innecesario analizar el hecho de forma objetiva en base a si la actuación fue legítima, necesaria y proporcional, y más bien supedita dicho análisis a la subjetividad del oficial que llevó a cabo la conducta, independientemente de si objetivamente fue o no adecuada. En este sentido el estándar internacional exige que todo ejercicio de análisis sobre la idoneidad en el uso de la fuerza, se realice en base al riesgo objetivo, y no subjetivo.

¹⁴ El uso de la fuerza por parte de Carabineros de Chile está regulado en la Circular 1832, de 19 de marzo de 2019.

Normas de este tipo podrían dar carta blanca frente a muertes arbitrarias o incluso ejecuciones extrajudiciales, que quedarían enmascaradas como operaciones lícitas por la desmesurada presunción legal que se pretende adoptar.

2) Relativiza las obligaciones estatales de sancionar violaciones de derechos humanos y de rendir cuentas por el uso de la fuerza.

Si bien la eximente que se propone no evita que los funcionarios puedan ser imputados penalmente y que cualquiera sea la causal que se invoque, esta deba alegarse en un proceso penal, la existencia de esta causal exculpatoria y el hecho de que el análisis del uso de la fuerza se base en la opinión subjetiva del oficial al momento de usar la fuerza, puede dificultar que se cumpla con el deber de sancionar violaciones a los derechos humanos, pues bastaría con que un oficial alegue que a su entender, la fuerza era necesaria, independientemente de si objetivamente lo era.

Por otra parte, esta presunción de licitud contraviene el deber estatal de determinar las responsabilidades individuales e institucionales frente a violaciones a los derechos humanos derivadas del uso de la fuerza¹⁵. Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego de la ONU, así como la jurisprudencia internacional en la materia establecen que las violaciones de derechos humanos por uso excesivo de la fuerza, sobre todo aquellas que tienen que ver con la privación de la vida o la violación del derecho a la integridad personal, deben ser investigadas de forma pronta, independiente y exhaustiva, tomando en cuenta no sólo la posible responsabilidad de los oficiales que llevaron a cabo la conducta, sino también de aquellos mandos que la ordenaron o toleraron. También es preocupante la intención de no aplicar medidas cautelares gravosas en contra de los imputados, pues se excluye expresamente la prisión preventiva y el arraigo nacional. Lo anterior puede vulnerar el principio de igualdad ante la ley y, además, no se hace cargo de los deberes de proteger a la víctimas y garantizar el acceso a la justicia en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

4. Conclusiones

- Avanzar en el refuerzo de las policías y la prevención del delito en el país, es necesario; pero un problema tan complejo requiere ser abordado con seriedad, responsabilidad y en base a estándares internacionales de derechos humanos. La

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, “Observación General N°31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto”. UN doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, N°15. Asamblea General de Naciones Unidas. “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” (Reglas Nelson Mandela). Res. 70/175, anexo, aprobado el 17 de diciembre de 2015. Regla 57(3).

tramitación exprés del llamado 'proyecto Nain Retamal', lejos de atender los problemas estructurales que aquejan a Carabineros y que afloraron de manera dramática en la crisis de 2019, es una respuesta oportunista, que implicaría un enorme retroceso en materia de derechos humanos.

- El proyecto Nain Retamal valida un uso desproporcionado de la fuerza, transgrediendo los principios de necesidad y proporcionalidad y la jurisprudencia internacional en el tema tanto de los Órganos de Tratado de las Naciones Unidas como del Sistema Interamericano de derechos humanos. Además, la nueva causal de legítima defensa puede limitar el ejercicio de las garantías judiciales para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, debido a que la redacción de la normativa es muy ambigua y privilegia la interpretación subjetiva del funcionario involucrado en los hechos, a la hora de establecer si se legitima o no la defensa propia.
- Amnistía Internacional considera que una forma eficaz de proteger tanto a la ciudadanía como a los policías es implementando una reforma integral a Carabineros. Una reforma policial debe contemplar, entre otros aspectos, preparación, recursos y herramientas adecuadas para ejercer la fuerza, cuando sea necesario de forma proporcional y progresiva, y asumiendo la responsabilidad de mando por los resultados de las intervenciones. Por otra parte, debe considerar un mayor control civil y una actualización de protocolos que tengan como eje central el respeto de los derechos humanos.