



Minuta de Amnistía Internacional Ley 21.560 “Nain Retamal” (Boletín N°14.870-25)

1. Antecedentes

El proyecto de ley refundido “Nain Retamal”, también conocido como “Ley del gatillo fácil”, pasó desde la Cámara de Diputados al Senado el 27 de marzo. El sábado 1 de abril, la Comisión de Seguridad recibió las opiniones de expertos penalistas quienes expresaron sus reparos. Un día antes, la Secretaría General de la Presidencia hizo llegar indicaciones al Congreso, mediante el oficio 011-371, que fueron debatidas y desestimadas el lunes 3 de abril y que, luego, el gobierno repuso el martes 4 de abril¹. La votación en el Senado se efectuó ese mismo día. Al día siguiente, el 5 de abril, el presidente del Senado remitió el oficio N°183/SEC/23 al presidente de la Cámara de Diputadas y Diputados, estamento que aprobó la ley. La promulgación se realizó el jueves 6 de marzo y su publicación el 10 del mismo mes.

En cuanto a la eximente de responsabilidad privilegiada, la indicación gubernamental propuso disminuir las causales de presunción de licitud mediante la modificación del Código de Justicia Militar, estableció condiciones bajo las cuales esta no procedía, e instituyó que las y los funcionarios involucrados en incidentes que incluyeran el uso de la fuerza no podían ser dados de baja, ni privados de su sueldo mientras dure el sumario administrativo.

Sobre la base de las preocupaciones expresadas por expertos penalistas, las alarmas elevadas por organismos internacionales de derechos humanos, incluida la ONU² y la CIDH³,

¹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile / BCN. Historia de la Ley N°21.560. Modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de gendarmería de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/8142/> [12 abril 2023].

² https://www.cnnchile.com/lodijeronencnn/jefe-dd-hh-onu-ley-nain-retamal-entrevista_20230401/

³ <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/055.asp>

más organizaciones de sociedad civil⁴, así como en las propuestas realizadas por el gobierno, se consiguió, en primer lugar, acotar las causales de la presunción de licitud de la legítima defensa, dejándolas en el Código Penal y explicitando que sólo procedía en casos de riesgos para la vida y la integridad física de personas; y, en segundo lugar, que no se estableciera una presunción que favoreciera la elusión de responsabilidad de mando de las jefaturas de quienes emplean armas de fuego. Con todo, el resultado de la Ley N°21.560 de 10 de abril de 2023 aún plantea cuestionamientos desde el punto de vista de los derechos humanos.

⁴ <https://www.londres38.cl/1937/w3-article-109422.html>

2.- Tensiones de la ley con el estándar internacional de derechos humanos

2.1 Participación de militares en funciones policiales

La Ley 21.560 plantea en diversos artículos la posibilidad de participación de “funcionarios de las Fuerzas Armadas o de los servicios de su dependencia” en tareas de seguridad interior y orden público, lo cual en sí mismo no se opone al derecho internacional de los derechos humanos, en la medida que 1) “se justifica sólo las medidas de violencia militar no prohibidas por el derecho internacional, que son relevantes y proporcionadas para garantizar el pronto sometimiento del enemigo con el menor gasto posible de recursos humanos y económicos. su participación se realice de modo extraordinario, subordinado y complementario, regulado y fiscalizado”, como ha afirmado la Corte IDH⁵ y 2) su desempeño se sujete en todo a las normas establecidas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, según establece uno de los comentarios al artículo 1 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley⁶.

Este es un asunto que se debiera explicitar en el texto de la ley por dos razones: 1) desde el derecho internacional de los derechos humanos, para evitar dar lugar a posibles confusiones respecto del régimen jurídico aplicable al uso de la fuerza, entendiendo que la redacción actual podría dar a entender que en algunos casos de excepción podrían sujetarse a las normas del derecho internacional humanitario, lo que generaría una evidente desproporcionalidad en el uso de la fuerza; y 2) desde el derecho interno, para precisar el momento en que las fuerzas militares puedan estar desempeñando funciones de seguridad o “*labores de control o restablecimiento del orden público interior*”, cuestiones que son excepcionales en nuestro ordenamiento jurídico.

2.2 Investigación administrativa de violaciones a los derechos humanos

En el caso de las y los funcionarios de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería, se establece que aquel que se vea involucrado en casos de uso de la fuerza “no podrá ser separado de sus funciones ni ver afectada su remuneración, mientras no concluya la investigación administrativa respectiva” y agrega que “lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la autoridad respectiva para ordenar el desarrollo de labores distintas a las policiales mientras tal investigación se desarrolle”.

⁵ Caso Zambrano Vélez et al. vs. Ecuador (2007): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de julio de 2007 (Sentencia), párr. 85.

⁶ Comentario al artículo 1, letra b) “En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios”.

Esta norma puede parecer justa en cuanto busca que se respete el debido proceso en el ámbito administrativo, pero omite instituir obligaciones relevantes contempladas en el estándar internacional de uso de la fuerza, en particular: 1) omite que el principio de responsabilidad⁷ impone tanto la exigencia de practicar este tipo de indagaciones administrativas de manera “pronta, exhaustiva e imparcialmente”⁸, como de rendir cuentas⁹ y que esta obligación debiese alcanzar tanto a Carabineros, Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería, Policía Marítima, como a las Fuerzas Armadas; 2) contraría los principios de legalidad y de igualdad ante la ley el que esta norma sobre debido proceso sólo sea aplicable a dos de las policías nacionales y al personal del servicio penitenciario y se omita al personal de la Policía Marítima y a las y los funcionarios militares que cumplan tareas de seguridad; 3) no considera derogar la suspensión de los procedimientos administrativos mientras dure la investigación penal, una figura reciente que entorpece la rendición de cuentas de las instituciones ante la justicia¹⁰ y que perjudica el derecho de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación¹¹; y 4) en todos estos casos, se debiera implementar como una exigencia y no como una opción que las autoridades respectivas ordenen “por resolución fundada, el desarrollo de labores distintas a aquellas por las cuales se inició el respectivo procedimiento disciplinario”. No resulta adecuado, por ejemplo, que existiendo indicios de que un agente haya disparado de forma inadecuada un arma de fuego en una protesta, este siga ejerciendo las mismas funciones.

⁷ Números 7, 8, 22, 23, 24, 25 y 26 de los Principios Básicos.

⁸ De Rover, Ces y Bienert, Anja (2018): *Servir y proteger. Derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad* (Ginebra: CICR), página 384.

⁹ Artículo 3 comentario c) del Código de Conducta y Números 22, 23, 24, 25 y 16 de los Principios Básicos.

¹⁰ El artículo 83 ter inciso final de la Ley 18.961 y el artículo 138 bis del decreto con Fuerza de Ley N°1 de 1980, fueron modificados por la Ley N°21.427, estableciendo que en ambas policías los procesos administrativos se suspenden cuando existen investigaciones penales: “Con todo, se suspenderá la tramitación del procedimiento disciplinario y el plazo de prescripción de su acción si respecto de los hechos que lo motivaron se formula denuncia o querrela por un hecho constitutivo de delito, en los términos que establece la ley, hasta el término de la causa penal”

¹¹ El derecho a una investigación administrativa y penal de las violaciones a los derechos humanos está garantizada por el artículo 8 de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, el artículo 2 del “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, el artículo 6 de la “Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, el artículo 14 de la “Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, el artículo 39 de la “Convención sobre los Derechos del Niño” y los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” de la Asamblea General de Naciones Unidas de 16 de diciembre de 2005.

2.3 Presunción de licitud del empleo de la fuerza letal

(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) Examen de la ley.

La ley establece que *“Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6°”* de la legítima defensa del artículo 10 del Código Penal, y *“se entenderá que concurre el uso racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa”*. La norma consagra una causal de legítima defensa “privilegiada”, porque establece una presunción, simplemente legal, acerca de la ocurrencia de los requisitos legales que habilitan la legítima defensa¹⁴, cuando se emplea la fuerza para repeler una agresión que pueda afectar gravemente la integridad o la vida de alguien. En la práctica, esta norma establece un supuesto de licitud del empleo de armas de fuego cuando se

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).

¹⁴ Politoff, Sergio; Matus, Jean; Ramírez, María (2006): *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), página 226.

protege la vida, porque la manera más efectiva de neutralizar un ataque posiblemente letal es empleando armas de fuego.

Esta presunción contraría los derechos humanos por varias razones. En primer lugar, porque el primer paso para emplear la fuerza es que el agente reconozca la legalidad de su uso para un caso específico, esto es, que reconozca que su ejercicio obedece al cumplimiento de un objetivo legítimo, empleándolo con moderación y en proporción a la gravedad del delito¹⁵, entonces una ley no puede eliminar este primer escalón de discernimiento, sin el cual los demás principios no tienen validez. En segundo lugar, porque la proporcionalidad implica causar el menor daño posible en relación con la amenaza sufrida por una persona o grupo de personas y este juicio debe considerar tanto la gravedad del delito como el objetivo legítimo que se persigue, entonces lo relevante es que se pueda identificar la magnitud del ataque para luego decidir la necesidad cualitativa, cuantitativa y temporal del arma o medio de defensa que resulte pertinente. En tercer lugar, porque cuando se lesiona o da muerte a una persona por las y los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, la obligación estatal básica consiste en investigar el evento para determinar la licitud o ilicitud del hecho y determinar las responsabilidades individuales y de mando¹⁶; y en cuarto, y último lugar, porque una presunción de licitud puede enmascarar ilícitos que atenten gravemente contra el derecho a la vida y la integridad, como tortura o ejecuciones extrajudiciales, que obligan al Estado a investigar y castigar a los responsable o, de lo contrario, podrían quedar impunes graves violaciones de derechos humanos, generando posibilidades de repetición de las mismas¹⁷.

2.4. Alteración de coherencia del delito de torturas.

La ley modifica el delito de torturas del artículo 150 D del Código Penal de dos maneras: 1) agregando una nueva condición en el sentido que el funcionario público debe efectuar el abuso “en incumplimiento de los reglamentos respectivos”; y 2) eliminando la agravación de penas cuando la víctima “se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público”.

¹⁵ Caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de octubre de 2012 (fondo, reparaciones y costas), párr. 85; Caso *Cruz Sánchez y otros vs. Perú* (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de abril de 2015 (fondo, reparaciones y costas), párr. 265.

¹⁶ 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).

¹⁷ Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de noviembre de 2003 (Sentencia), párr. 156.

La redacción propuesta contraviene tanto la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” de 1984, como la “Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura” de 1985 porque se traduce en incumplimiento de las obligaciones estatales de proteger adecuadamente los derechos a la vida y la integridad personal de las personas que se encuentran privadas de libertad por agentes de seguridad.

Por una parte, la modificación desconoce que el sujeto pasivo del derecho a la vida y la integridad personal es la persona, el ser humano y que el sujeto a quien protege la prohibición de la tortura es especialmente “quien se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público”, de modo que la eliminación de esta agravante de esta frase es improcedente y nada tiene que ver con las ideas matrices del proyecto de ley de proteger a las policías.

Por otra, el agregado en torno a un abuso que al mismo tiempo implique un “incumplimiento de los reglamentos respectivos” altera inadecuadamente la formulación de la conducta típica al establecer como requisito el no cumplimiento de preceptos contemplados en normativas infra legales. La expresión que se propone agrega un requisito innecesario al sujeto activo a quien habría que sumar junto a la calidad de “empleado o funcionario público”, el “incumplimiento de un reglamento”, lo que excluiría como autores a las personas que actúan por instigación o inducidas y que no tienen la obligación de sujetarse a un reglamento.

3. Conclusiones

3.1 Diagnóstico errado.

Detrás de la Ley N°21.560 de 10 de abril de 2023 subyacen dos ideas erradas, muy concordantes con una cuestionable intervención efectuada por el General Director de Carabineros, Ricardo Yáñez, con ocasión del fallecimiento de un carabinero¹⁸. Primero, que los policías 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

¹⁸ 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].

derechos humanos y estas causas sólo dieron lugar a 19 sentencias, 17 condenatorias y dos absolutorias¹⁹. Amnistía Internacional, en su informe “Ojos sobre Chile”²⁰, 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.

3.2 Posibles consecuencias.

La ley relativiza el valor de los principios internacionales para el uso de la fuerza y desestructura el examen de adecuación de la actividad estatal al estándar internacional de derechos humanos. Los principios funcionan como una matriz que permiten medir el desempeño policial en la medida que se cumplan progresivamente las condiciones de cada uno: si se verifica la legalidad (fin lícito), se sigue a la necesidad (inexistencia de otros medios), continuando con la proporcionalidad (magnitud mínima) y finalizando con la responsabilidad (obligación de reportar y comprobar). Si las actuaciones policiales dañinas parten del supuesto de su licitud en ciertos escenarios, se alientan reacciones desproporcionadas de las fuerzas de seguridad, se dificulta la supervisión interna y se obstaculiza la comprobación de los ilícitos.

Desde el punto de los derechos humanos, la Ley N°21.560, de 10 de abril de 2023, es un intento contextualizado de regular la fuerza y cuya aplicación práctica puede causar confusión sobre los límites de la coerción estatal y sobre las obligaciones de cuidado de las personas privadas de libertad.

Amnistía Internacional considera que una forma eficaz de proteger tanto a la ciudadanía como a los policías es implementando una reforma integral a Carabineros²¹. 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 operativa y de mando por los resultados de las intervenciones. Por otra parte, debe considerar un mayor control civil y en base a protocolos que tengan como eje central el respeto de los derechos humanos.

¹⁹ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2023. “Informe 2022/23, Amnistía Internacional. La situación de los derechos humanos en el mundo” (Londres: Propia). Página 147.

²⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL. 2020. “Ojos sobre Chile: Violencia Policial y Responsabilidad de Mando durante el Estallido Social”. Páginas 52 y 107.

²¹ Esto ya fue recomendado en 2020 por Amnistía Internacional y reiterado recientemente. Amnistía Internacional. 2020. Ojos sobre Chile: violencia policial y responsabilidad de mando durante el estallido social (Propia: Santiago), página 108. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2023/03/chile-bill-could-increase-police-abuses-impunity/>