

## Ley Naín-Retamal y su impacto en el control del orden público

Pilar Lizana

*Investigadora de AthenaLab*

Constanza Araos

*Asistente de investigación de AthenaLab*

Desde su creación, Carabineros de Chile contabiliza 1.233 mártires, alcanzando, en el último tiempo, el lamentable récord de tres muertes de funcionarios en 23 días. Todo esto en un contexto de discusión legislativa sobre diversos proyectos de ley en materias de seguridad; uno de ellos, la Ley 21.560 publicada este 10 de abril en el Diario Oficial y conocida como la Ley Naín-Retamal.

Si bien luego de su aprobación en la Cámara de Diputados, la discusión en el Senado se retrasó y un sector del oficialismo afirmó su intención de recurrir al Tribunal Constitucional, la muerte del cabo primero Daniel Palma, sucedida en un control de identidad en Santiago Centro, marcó un punto de inflexión —a nivel nacional— que apuró la promulgación y entrada en vigor de dicha ley.

Dos son los aspectos clave de la nueva norma y que dicen relación con el aumento de penas para quienes agreden o asesinan a policías o a miembros de las Fuerzas Armadas en funciones de orden público y con la presunción de legítima defensa como causal

de eximición de responsabilidad criminal, conocida como legítima defensa privilegiada.

En el caso de las Fuerzas Armadas, la ley se aplica cuando los efectivos militares se encuentran ejerciendo su deber

*“en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, en protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras y funciones de policía, cuando correspondan o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones fiscalizadoras”.*

Sobre la agresión a policías o militares, la normativa plantea que cuando los delitos sean cometidos en contra de un funcionario debido a su cargo o con motivo del ejercicio de sus funciones, la pena que se aplicará se extiende desde el presidio menor en su grado mínimo<sup>1</sup> hasta el presidio mayor en sus grados medio a máximo<sup>2</sup>, dependiendo la gravedad de las lesiones. En caso de dar muerte a un

---

<sup>1</sup> El presidio menor en su grado mínimo va de los 61 hasta los 301 días.

<sup>2</sup> El presidio mayor en su grado medio va desde los 10 años y un día hasta los 15 años, mientras que en su grado máximo, desde los 15 hasta los 20 años.

funcionario, las penas van desde presidio mayor en su grado máximo hasta presidio perpetuo calificado<sup>3</sup>. Ahora bien, si la muerte se da en las siguientes circunstancias, la pena será de presidio perpetuo calificado:

1. Si se comete mediante precio, recompensa o promesa, o cualquier otro tipo de beneficio para sí o para un tercero.
2. Si se ejecuta con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad.
3. Si el imputado actúa con su rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad.

Sobre la legítima defensa privilegiada, justamente fue el punto que más debate político generó. Respecto de esto, la ley afirma:

*“El funcionario policial que en ejercicio de su cargo o con ocasión de este haga uso de su arma de servicio, armamento menos letal o elementos no letales, para rechazar alguna violencia o vencer la resistencia contra la autoridad, no podrá ser separado de sus funciones ni ver afectada su remuneración, mientras no concluya la investigación administrativa respectiva”.*

Lo anterior ha llevado a algunos sectores a plantear que esto podría llevar al abuso de la fuerza y al no respeto de los derechos

humanos, pero la misma ley puede rebatirlo, pues afirma que:

*“El empleado público que, en incumplimiento de los reglamentos respectivos actúe abusando de su cargo o que en el ejercicio de sus funciones, aplique, ordene o consienta en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen por su gravedad a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impida o no haga cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello y estando en posición para hacerlo.*

*Si la conducta descrita en el inciso precedente se comete en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez, la pena se aumentará en un grado”.*

Además, la ley trae una serie de disposiciones relacionadas con asegurar el entrenamiento del personal que hará uso de la fuerza, así como la facultad de hacer controles preventivos y penas accesorias<sup>4</sup> de expulsión a

---

<sup>3</sup> El presidio perpetuo calificado corresponde a la privación de libertad de por vida, con posibilidad de acceder a la libertad condicional una vez cumplido los 40 años de cárcel.

<sup>4</sup> Una pena accesoria es entendida como aquella que se impone en conjunto como una pena principal.

todo extranjero que agreda o asesine a los funcionarios policiales o militares. Por otro lado, esta norma otorga más herramientas de protección al incorporar las conductas de ataque tipificadas en la Ley de Armas, tales como el lanzamiento de elementos corrosivos, bombas molotov u otras similares, mientras que, además exime de la responsabilidad a los agentes del Estado que conducen vehículos empleados en una persecución policial.

### REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES

En el contexto de crisis de seguridad que se vive en Chile, esta nueva ley aborda de manera directa el problema de la protección de los funcionarios policiales y de Fuerzas Armadas en el cumplimiento de su deber, alineando las responsabilidades institucionales con las atribuciones necesarias para el desarrollo de su labor. Sobre todo, después de episodios como el sucedido en el caso del puente Pío Nono, donde sin esperar una investigación se acusó de homicidio frustrado al carabinero, acusación que quedó sin fundamentos luego del análisis de las imágenes que comprobó

que el efectivo se encontraba en el debido ejercicio de su labor.

Si bien la ley recién publicada viene a dar cumplimiento a principios y mandatos comprometidos frente a la comunidad internacional en el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”<sup>5</sup>, adoptado el 17 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución 34/169 y reforzados en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente<sup>6</sup>, es importante mencionar que en su articulado agrega categorías de protección no solamente a quienes son considerados policías por las leyes orgánicas constitucionales, sino que además a funcionarios de la Defensa Nacional mientras estos se encuentren realizando labores de orden público en el marco de un estado de excepción<sup>7</sup>.

Sin embargo, esta norma es más conocida por las presunciones procesales que incorpora en las leyes orgánicas; primero, combate una problemática sobre el debido proceso<sup>8</sup> que

---

<sup>5</sup> Organización de las Naciones Unidas, “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/code-conduct-law-enforcement-officials>

<sup>6</sup> Organización de las Naciones Unidas, “Informe del Octavo Congreso de las Naciones Unidas Sobre Prevención del Delito y Tratamientos del Delincuente”, La Habana, 1990. Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/congress/Previous\\_Congresses/8th\\_Congress\\_1990/028\\_ACON\\_F.144.28.Rev.1\\_Report\\_Eighth\\_United\\_Nations\\_Congress\\_on\\_the\\_Prevention\\_of\\_Crime\\_and\\_the\\_Treatment\\_of\\_Offenders\\_S.pdf](https://www.unodc.org/documents/congress/Previous_Congresses/8th_Congress_1990/028_ACON_F.144.28.Rev.1_Report_Eighth_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders_S.pdf)

<sup>7</sup> Cabe recordar que se le puede delegar funciones de orden público a otros funcionarios, de acuerdo con lo indicado en la Constitución y las Leyes, como es el caso de los guardias municipales, por ejemplo, en los estados de excepción constitucional. Para más información, revisar el dictamen de la Contraloría General de la República n.º 9.080. Fecha: 14-V-2020. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamen/es/009080N20/html>

<sup>8</sup> El debido proceso corresponde a una garantía protegida constitucionalmente en el artículo n.º 19, numeral 3, y ha sido una institución relevante como derecho fundamental mínimo dentro de todo procedimiento judicial o administrativo.

afectaba a los funcionarios involucrados en el uso de su arma de servicio, ya que se les desvinculaba de la institución y se les quitaba su sueldo y beneficios mientras duraba la investigación administrativa sancionatoria, lo que afectaba la garantía constitucional y procesal del principio de culpabilidad y la presunción de inocencia. Esto, porque antes de determinarse efectivamente su responsabilidad, ya se tomaban medidas que afectaban esas garantías.

Además de regular lo anterior, también no se le aplicarían otras medidas cautelares restrictivas de libertad al funcionario que imponga el orden, hasta que surjan antecedentes que prueben la existencia de un delito.

Otra modificación profunda tiene que ver con la hipótesis de legítima defensa privilegiada. Con respecto a ello, el funcionario que ejerce sus potestades de orden y seguridad, repeliendo o impidiendo una agresión que pueda afectar su vida o la de un tercero, tendrá una participación procesal de víctima o testigo, salvo que se pruebe su participación criminal. De esta forma, se presume que se han cumplido con todos los requisitos exigidos para que opere la legítima defensa como causal de eximición de responsabilidad criminal.

Este punto es especialmente relevante; sobre todo en un contexto de debilitamiento institucional que tiene sus antecedentes más contundentes en el estallido social de 2019,

donde se instaló un relato político que poco a poco fue minando las instituciones de seguridad y defensa, y en especial, la de Carabineros de Chile. De ahí que parte importante del debate que se dio durante el proceso legislativo buscó fortalecer los respaldos políticos a la institución de Carabineros, la que actualmente goza de una de las aprobaciones ciudadanas más altas, un 79%, de acuerdo con la última encuesta CADEM<sup>9</sup>.

Junto con la precisión en cuanto a la legítima defensa privilegiada, es importante mencionar que la ley establece que esto se da siempre y cuando no exista participación criminal, y especifica que quien incumpla aquello será sancionado. De esa manera, los argumentos esgrimidos sobre la protección de los derechos humanos y el abuso de la fuerza no serían válidos, pues de todas formas debe comprobarse dicha legítima defensa. La diferencia radica en la calidad en la que queda el carabinero mientras dura la investigación. Cuando antes se asumía su culpabilidad, ahora se presume su inocencia. Lo anterior es condición básica en toda democracia para proteger el Estado de derecho.

En ese sentido, resulta relevante la modificación del artículo 150 D del Código Penal, que otorga una pena grave de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente a los funcionarios que abusen de la norma y los que tengan conocimiento de dicho abuso y no lo impidan, con la agravante de un grado más de pena si el

---

<sup>9</sup> CADEM, “Encuesta Plaza Pública”, estudio 482, primera semana de abril. Disponible en: <https://cadem.cl/wp->

abuso recayere sobre una persona considerada como vulnerable. Esto es una respuesta determinante a los sectores que han criticado la ley, indicando que esta se prestará para abusos, ya que las sanciones son bastante claras y graves.

Otro aspecto de interés que también llama la atención es que en diversas partes de su articulado se cambia la frase “(el funcionario) que se encontrare en el ejercicio de sus funciones” por la siguiente: “en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”. Esto puede ser relevante para proteger a los funcionarios que actúan debido a su cargo, fuera de una misión o instrucción particular; por ejemplo, los que se encuentran de franco con su arma de servicio.

Todas estas medidas no derogan ni afectan en nada las sanciones que la ley ya ha determinado en cuanto a responsabilidad personal y de Estado en el abuso de derechos y garantías por parte de sus agentes, tanto a nivel administrativo como las sanciones penales o civiles. Sin embargo, es una ley que va a facilitar la acción policial, que ha tenido evidencia de estar siendo fuertemente impactada por la intensidad delictual presente en nuestra sociedad.

El texto aporta un robustecimiento a la función del Estado, en cuanto a garantizar el orden y la seguridad, acatando principios del derecho internacional, con el legítimo monopolio del uso de la fuerza que sigue estando limitado por las garantías fundamentales y los derechos humanos, lo que doctrinaria y jurídicamente no es sinónimo de violencia.

Con este texto se otorgan penas más graves, se protege la integridad y la propiedad de los agentes que hacen cumplir la ley. Además, en materia de legítima defensa u otras eximentes de responsabilidad penal, estas herramientas ya se inferían de las leyes existentes, por lo tanto, este texto viene a explicitar y a uniformar un criterio orientador al juez, al fiscal e incluso al mismo superior jerárquico del funcionario, que en materia penal o administrativa, en la práctica, habían abandonado la presunción de inocencia y el debido proceso al adelantar medidas necesarias de aplicar con culpabilidad. Asimismo, esta ley viene a evidenciar un problema de carácter profundamente político y también de valorización social de esas normas, las que por ahora tendrán una interpretación y aplicación más acotada y favorable al funcionario para que, efectivamente, pueda cumplir con su deber.

En materia de orden público, la norma refleja también el sentir de la población frente a una institución que es un pilar fundamental para el Estado y que, más allá de la discusión sobre su modernización, ha recuperado la percepción del valor social que tiene para la seguridad, el desarrollo y el bienestar. El desafío ahora lo tiene el Poder Judicial, el cual deberá aplicar las leyes y sancionar a quien(es) corresponda.

Finalmente, la ley otorga las atribuciones legales a las Fuerzas de Orden y Seguridad, extensibles a las Fuerzas Armadas, cuando estas se encuentren en cumplimiento de misiones de seguridad interior, alineando las responsabilidades otorgadas por el Estado con las correspondientes facultades. Ello, con la finalidad de fortalecer el ya alicaído Estado de

derecho, sin el cual no es posible otorgar un adecuado grado de seguridad a los ciudadanos, lo que en esencia es claramente una responsabilidad política.

No obstante todo lo planteado anteriormente, el reciente proyecto de ley sobre reglas de uso de la fuerza, no viene más que a anular en gran medida lo aquí descrito, dado el contenido y la forma en que está redactado. Lo que se avanzó con la ley recientemente promulgada, se retrocede con esta nueva iniciativa que se suponía sería complementaria. Se percibe más un efecto político de “empate” que un real interés de respaldo a la función de las fuerzas de orden y seguridad. En términos simples, se estima que para un policía o militar su actuación en control del orden público es mandatada por las autoridades correspondientes (según sea el caso, poder judicial, ministerio público o autoridad política a cargo del orden público para las policías o el Presidente de la República para las FFAA). Al ser mandatadas, es responsabilidad del mandante que dispone el empleo de la fuerza legítima del Estado generar reglas que sean real y efectivamente habilitantes para el desempeño de su función. Reglas eximentes de responsabilidad son una muestra de la débil voluntad política que en el fondo existe para enfrentar al crimen y al desorden.

**Pilar Lizana**

*Investigadora de AthenaLab*

**Constanza Araos**

*Asistente de investigación de AthenaLab*

12 DE ABRIL 2023