

MINUTA AL / DEP

BOLETÍN N°15.444-25.

Modifica el Código Penal para establecer legítima defensa privilegiada en actuaciones vinculadas al ejercicio de la función policial

1. En general:

- a. Tal como se señala en los fundamentos del Proyecto de Ley (PDL), la “legítima defensa privilegiada” **es criticada por la doctrina**¹, por cuanto:
 - i. Se le considera expresamente “inútil”²: Advierte CURY que “debido a las dificultades que genera su entendimiento y a las exigencias implícitas que la desnaturalizan, la presunción ha sido hasta el presente prácticamente inútil, pues los tribunales la aplican raras veces; además, a medida que entra en vigencia la presunción de inocencia del inculpado, contenida ahora de manera expresa en el art. 4° CPP, va perdiendo toda significación”³. En este sentido, profundizan COUSO y HERNÁNDEZ, al referir que no es claro que exista una circunstancia privilegiada “para mejorar la posición del autor frente a la evidencia que la acusación logre reunir para comprobar que la agresión no era ilegítima o que el medio no era racionalmente necesario”.
 - ii. A pesar de su tenor, es una presunción sumamente limitada, por cuanto (a) **es simplemente legal**, de manera que acepta prueba en contrario, circunstancia que la reduce a los mismos estándares y consideraciones que aquellos previstos en la presunción de inocencia, en otras palabras, si bien se presume que la reacción del agente que defiende es “racional”, puede demostrarse en juicio que no lo fue; y (b) por su redacción, se ha entendido

¹ PDL. Pág. 3

² CURY, 2009. Derecho Penal Parte General. Pág.377

³ Ibid. Idem.

que lo único que se presumiría es la circunstancia prevista en el número 2° del art. 10 N°4, es decir, la “**necesidad racional para impedir o repeler el ataque**”, de manera tal que siempre se deberá investigar y determinar la existencia de una agresión ilegítima que funde el actuar defensivo legítimo⁴ y la inexistencia de provocación suficiente por parte de quien defiende, además de, producto del PDL, que no se obró bajo alguna de las hipótesis del art. 2° de la ley 20.609. Por lo anterior, los funcionarios que se amparen en esta presunción igualmente estarán sometidos en calidad de imputados a investigación y a un eventual juicio penal.

- iii. Se le considera conflictuada con principios constitucionales básicos, por cuanto, “de atentar contra la vida del agresor, merece reparos y reservas, pues el art. 19 N°1 de la Constitución ampara la vida – sin distinguir si se trata de un ciudadano probo o de un delincuente – y, de otro lado, el art. 5° del mismo texto impone al Estado cuando ejerce su soberanía, de limitar su acción en lo que dice relación con derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo el principal de ellos la vida; el legislador debería siempre tenerlo presente”⁵.
- b. No queda claro si la presunción opera en casos de funcionarios de Fuerzas Armadas que actúen realizando labores de seguridad y orden, como en los casos de estado de excepción constitucional.
- c. HERNÁNDEZ, reconoce que, a pesar de las críticas y la eventual inutilidad de la norma, existe una posible interpretación que de sentido a la inclusión de la legítima defensa privilegiada: facilitar una defensa eficaz y oportuna si no caben dudas sobre los presupuestos de hecho exigidos por la disposición, por medio de una evaluación *ex ante* de las circunstancias⁶. Básicamente, una suerte de

⁴ MATUS y RAMÍREZ, 2021, Manual de derecho penal chileno, parte general. Pág. 340.

⁵ GARRIDO MONTT, 1997, “Derecho Penal” P. 135.

⁶ COUSO y HERNÁNDEZ, “Código Penal Comentado”. P. 233

“señal de seguridad” ante situaciones que - eventual e hipotéticamente – pudiesen generar dudas sobre el actuar del funcionario.

2. Problemas de redacción:

- a. El actual art. 10 N° 6 CP ya prevé una hipótesis de legítima defensa privilegiada (LDP), en una redacción casi idéntica a la propuesta por el PDL. La gran diferencia entre uno y otro es que, el actualmente vigente opera para cualquier persona y el que se propone para funcionarios de Seguridad y Orden.
- b. De este modo, parece sensato entender y esperar que la legítima defensa privilegiada “de toda persona” opere también para funcionarios policiales, dado que también son personas y que la ley no realiza distinciones. A su vez, según lo propuesto en el PDL, sería dable entender que hay casos expresos en los que la legítima defensa privilegiada solo opera para casos en los que el defensor sea funcionario de seguridad y orden.
- c. Sin embargo, **la propuesta no tiene una redacción armónica y que “converse” con sus incisos anteriores**, de modo tal que (i) se reiteran figuran en ambas hipótesis, (ii) la LDP “de todo ciudadano” prevé casos que no estarían contemplados para la LDP de funcionarios y (iii) se prevén casos de LDP de funcionarios policiales que no se explica por qué no se contemplan para la LDP de todo ciudadano.
- d. Lo anterior puede graficarse en el siguiente cuadro:

I. Circunstancias para LDP “DE TODA PERSONA”	1. Art. 440 N° 1 CP, bajo la hipótesis de escalamiento, en determinadas circunstancias específicas. 2. Art. 365 bis, abuso sexual con introducción de objeto o uso de animales
II. Circunstancias para ambos casos	1. Arts. 141 y 142 CP, secuestro y sustracción de menores. 2. Arts. 361 y 362 CP, violación propia e impropia. 3. Arts. 390 y 391 CP, homicidio y parricidio. 4. Arts. 433 y 436 CP, robos calificados, con intimidación, con violencia o por sorpresa.
III. Circunstancias para LDP exclusiva de de funcionarios de orden y seguridad y orden.	1. Art. 150 A, tortura 2. Art. 390 bis, femicidio 3. Art. 397, lesiones graves 4. Rechazar acometimiento 5. Vías de hecho mediante artes marciales 6. Agresión mediante arma contundente 7. Agresión mediante arma blanca 8. Agresión mediante armas de fuego

CONCLUSIÓN,

- a) Existen problemas interpretativos para determinar si, por ejemplo, un carabinero usa su arma de servicio y le dispara en la pierna a una persona que está realizando un robo en lugar habitado por escalamiento, o bien, abusando sexualmente bajo las hipótesis del art. 365 CP, obró bajo legítima defensa privilegiada o no.
- b) No se explica por qué no procedería la hipótesis de privilegio para casos en los que una persona se defiende de un parricidio, pero no procedería si se defiende de un femicidio, de torturas o de lesiones graves gravísimas, dado

que, según la propuesta, en esos casos, solo sería privilegiada la legítima defensa del funcionario de seguridad y orden.

- c) Parece redundante reiterar los delitos ya previstos en la legislación vigente. Resultaría más armónico incluir solo los casos para funcionarios de fuerzas de seguridad y orden, haciendo mención expresa a que los casos que operan para dichos funcionarios son aplicables además de los ya previstos en el inciso anterior.

3. Sobre el concepto de “acometimiento”:

- a. A partir de los fundamentos y de la redacción del proyecto de ley, es dable interpretar que la intención del legislador es que siempre prime el uso racional de la fuerza y que las armas de fuego no puedan ser empleadas en todos los casos, sino que en aquellos que lo ameritan, que sea con el objetivo de mantener la integridad y la vida tanto del funcionario como de terceros inocentes (ánimo defensivo) y que, además, no signifique excesos o abusos de los funcionarios por sobre los civiles.
- b. En ese sentido, uno de los términos que puede resultar problemático es el de “acometimiento”. Si bien es un concepto ya usado por la legislación nacional en los arts. 261 N°2 CP y 262 del Código Penal⁷, no por eso su aplicación está

ART. 261. Cometén atentado contra la autoridad:

2.° Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile, cuando aquélla o éstos ejercieron funciones de su cargo.

ART. 262. Los atentados a que se refiere el artículo anterior serán castigados con la pena de reclusión menor en su grado medio o multa de once a quince unidades tributarias mensuales, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1° Si la agresión se verifica a mano armada.

2° Si los delincuentes pusieron manos en la autoridad o en las personas que acudieren a su auxilio.

3° Si por consecuencia de la coacción la autoridad hubiere accedido a las exigencias de los delincuentes.

Sin estas circunstancias la pena será reclusión menor en su grado mínimo o multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Para determinar si la agresión se verifica a mano armada se estará a lo dispuesto en el art. 132.

libre de problemas. Por ejemplo, la definición de “acometer” en la RAE acepta 7 acepciones distintas, que van desde “embestir con ímpetu y ardimiento” a “cometer yerros y malas acciones”.

- c. De este modo, considerando que se trata de (i) una circunstancia excluyente de responsabilidad penal y, por tanto, excepcional; (ii) que se busca limitar y evitar excesos; (iii) que se trata de un concepto ambiguo y que podría generar problemas, (iv) que la técnica escogida por el legislador es la de enumerar tipos penales respecto de los cuales el funcionario puede actuar para repeler o intentar evitar, parece oportuno que, en el caso del acometimiento, se elimine el término, o bien, se haga una hacer remisión expresa a los casos previstos en los arts. 261 N°2 y 262 N° 1, 2 y 3.

4. Proceso penal

- a. La circunstancia eximente que se propone **NO EVITARÁ que funcionarios de seguridad y orden puedan ser imputados penalmente por su actuar**. De este modo, ante casos en los que la eximente sea invocada, deberá existir un proceso penal en el que se acrediten las circunstancias bajo las que opera la causal de justificación.
- b. Se trata de una **presunción simplemente legal**, de modo tal que ante un hecho en el que se invoque haber actuado en legítima defensa privilegiada, se podrá recibir prueba en contra que acredite que el funcionario obró fuera de esa hipótesis. Independientemente de la presunción, siempre podrán existir denuncias, querellas o investigaciones de oficio por parte el ministerio público.
- c. Por lo demás, la propuesta admite que la presunción no opere cuando la conducta se funda en los motivos indicados en el inciso primero del art. 2° de la Ley. 20.609⁸ (discriminación arbitraria), lo que ratifica la afirmación realizada anteriormente.

⁸ Artículo 2°.- Definición de discriminación arbitraria. Para los efectos de esta ley, se entiende por discriminación arbitraria toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación razonable, efectuada por agentes del Estado o particulares, y que cause privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o

- d. Una vez sujetos al proceso penal, nada impedirá que en contra de los funcionarios en cuestión se impongan medidas cautelares o penas, en caso de ser necesario.

5. Normas especiales del Código de Justicia Militar (CJM)

Es posible advertir que pueden existir problemas de interpretación al momento de tener a la vista las normas del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM) y la Ley N° 2.640 orgánica de la Policía de Investigaciones (en adelante, LOC PDI) que consagran hipótesis de legítima defensa: si bien en el apartado sobre los fundamentos, el proyecto hace referencia a las causales de justificación reguladas en el CJM y en la LOC PDI, calificándolas como “problemáticas”, el proyecto no se hace cargo del destino de dichas normas en caso de aprobarse la modificación propuesta, ya sea planteando su derogación expresa, una aplicación conjunta de ambas o una aplicación preferente en virtud de la especialidad de las normas del CJM y de la LOC PDI.

En el caso del CJM, los artículos 410 al 412⁹ consagran diversas eximentes de responsabilidad aplicables a Carabineros que hacen uso de sus armas en ciertos supuestos, entre los que se encuentran el actuar en defensa propia o inmediata de un extraño al cual por razón de su cargo deba prestar protección o auxilio. El

etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el sexo, la maternidad, la lactancia materna, el amamantamiento, la orientación sexual, la identidad y expresión de género, el estado civil, la edad, la filiación, la apariencia personal y la enfermedad o discapacidad.

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.

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.

artículo 208 del CJM¹⁰ amplía su aplicación a los funcionarios de Fuerzas Armadas que cumplan funciones de guardadores del orden y seguridad públicos, además de consagrar como eximente de responsabilidad para los militares¹¹ el uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida. Por otro lado, la LOC PDI¹² contempla una eximente similar para los funcionarios de dicho estamento que, con el objeto de cumplir un deber que establezca la misma ley orgánica, se viera obligado a hacer uso de armas para rechazar alguna violencia o vencer alguna resistencia contra la autoridad.

De esta manera, actualmente –y también en caso de aprobarse la modificación propuesta- existen diversas normas que contemplan eximentes de responsabilidad para el funcionario policial que utiliza su arma de servicio en ciertos escenarios que podrían a su vez circunscribirse dentro de las eximentes de responsabilidad generales que contempla el Código Penal, no siendo pacífico cómo debiesen operar las eximentes del CMJ y LOC PDI respecto de las del Código Penal, cuestión que resulta relevante pues repercutirá en los requisitos que deben estimarse como concurrentes –o no- en el caso concreto para tener por justificada la conducta. La problemática se ve acrecentada si se tiene presente las diversas interpretaciones y efectos que se le han dado a las

¹⁰ Art. 208. *Será causal eximente de responsabilidad para los militares, el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida.*

Serán, asimismo, causales eximentes de responsabilidad penal para el personal de las Fuerzas Armadas que cumplan funciones de guardadores del orden y seguridad públicos, las establecidas en los artículos 410, 411 y 412 de este Código

¹¹ Al respecto resulta relevante tener en consideración que el artículo 6 del CJM contempla un concepto amplio de “militar”: Art. 6° *Para los efectos de este Código y de las demás leyes procesales y penales pertinentes, se considerarán militares los funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas y de Carabineros de Chile, constituidos por el personal de planta, personal llamado al servicio y el personal de reserva llamado al servicio activo.*

Además, se considerarán militares los soldados conscriptos; los Oficiales de Reclutamiento; las personas que sigan a las Fuerzas Armadas en estado de guerra; los prisioneros de guerra, que revistan el carácter de militar, los cadetes, grumetes, aprendices y alumnos regulares de las Escuelas Institucionales y de Carabineros de Chile. Con todo, los menores de edad siempre estarán sujetos a la competencia de los tribunales ordinarios, de acuerdo a las disposiciones de la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal.

Para efectos de determinar la competencia de los tribunales militares, la calidad de militar debe poseerse al momento de comisión del delito.

¹² Artículo 23 bis.- *Estará exento de responsabilidad criminal, el funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, que con el objeto de cumplir un deber que establezca este decreto ley, se viere obligado a hacer uso de armas, para rechazar alguna violencia o vencer alguna resistencia contra la autoridad.*

eximentes consagradas en estos cuerpos legales, especialmente respecto del artículo 410 del CJM, que algunos consideran como un caso especial de legítima defensa propia privilegiada respecto del uso del arma de servicio, privilegio que correspondería a que no se exigiría el requisito de falta de provocación suficiente pues nunca el cumplimiento del deber de mantenimiento del orden público pueden considerar provocación para terceros¹³, mientras que otros señalan que dicha norma no exigiría que la agresión sea ilegítima, bastando que sea actual, presumiéndose su ilegitimidad, ni requeriría que no exista provocación suficiente por parte de quien se defiende, ya que el carabinero estaría actuando en razón de sus funciones, en cumplimiento de un deber.¹⁴

Las problemáticas anteriormente señaladas ciertamente se verán acrecentadas con la introducción de una nueva hipótesis de legítima defensa privilegiada sin que exista una regulación o pronunciamiento respecto al destino de las normas que actualmente contempla el CJM y la LOC PDI que podrían concurrir conjuntamente con la legítima defensa del Código Penal, por lo que debiese instarse por la derogación de las normas especiales o, al menos, su armonización y unificación en un único cuerpo normativo.

¹³En este sentido Matus y Ramírez en “Derecho penal parte general” (2021) pág. 341

¹⁴ Astrosa Rodrigo “Código de justicia militar comentado”