

## MINUTA SOBRE LA “LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA”

(Minuta preparada para la senadora Yasna Provoste Campillay por el abogado Luis Eduardo Thayer Morel. 3 de abril de 2023)

1. La Constitución de 1925 y la de 1980 reconocen como derecho fundamental la igualdad ante la ley, estableciendo además que el Chile no hay persona ni grupo privilegiado y que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.
2. De este modo al señalar que la ley no podrá establecer diferencias “arbitrarias”, está disponiendo que las normas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren **en las mismas circunstancias o condiciones**. Así, podemos ver que no se trata de una igualdad absoluta, sino que la ley debe contemplar o aplicarse en cada caso, conforme a **las diferencias específicas**. La igualdad supone, entonces, la distinción racional y razonable entre quienes no se encuentran en una misma condición, cuestión que permite que **la normativa contemple en forma distinta situaciones diferentes**.
3. Ahora, frente a la norma que pretende establecer la legítima defensa “*privilegiada*”, debemos preguntarnos si hay o no un problema de constitucionalidad cuando se pretende “*privilegiar*” la legítima defensa de las policías más allá de la que corresponde a todas las personas. Todo ello, debe considerar -además de las disposiciones de la Constitución- los tratados internacionales que Chile ha suscrito y que tienen plena vigencia por disposición del artículo 5° de la misma Carta Fundamental.
4. Entendamos que las policías están en una condición distinta y superior a la del común de las personas, porque están investidas como la autoridad encargada de resguardar el orden y la seguridad de todos. Y se diferencian en que, por eso, tienen una formación y muchas herramientas para ese control, entre ellas, armas letales que podrán utilizar en legítima defensa

propia o de otras personas cuando racional, proporcional o necesariamente deban hacerlo. Así se le reconoce expresamente a los carabineros en el artículo 410 del Código de Justicia Militar que establece la regla básica de la legítima defensa de la policía uniformada expresando que “...**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**”.

5. El problema que ha venido afectando a los carabineros es que el Ministerio Público y los Tribunales del orden Penal **han preferido no aplicar dicha norma del Código de Justicia Militar** y han optado por aplicar -pensamos erróneamente- las disposiciones sobre la eximente de legítima defensa del Código Penal que rigen para todas las personas, sin excepcionar a los carabineros, pese a la función que cumplen. Todo lo cual, muchas veces, termina en procedimientos administrativos y penales en que el policía es suspendido de su cargo y de sus remuneraciones por largo tiempo<sup>1</sup>.
6. Frente a esta situación, en lugar de legislar para que se aplique efectivamente la norma vigente del artículo 410 del Código de Justicia Militar que es muy clara, una moción parlamentaria presentada por una mayoría de sectores de derecha y centro derecha, propuso la llamada “**legítima defensa privilegiada**” que consiste, en síntesis, en la **presunción que el policía actúa correctamente cuando que hace uso de su arma letal frente a cualquier agresión o amenaza, sea o no, con arma blanca, de fuego o con cualquier otro objeto contundente.**

---

<sup>1</sup> Destaquemos que el origen de la suspensión de las remuneraciones proviene del criterio de la Contraloría General de la República expresado en el dictamen N° 31.675 del año 2019, en el cual sostuvo que “si un empleado ha sido sometido a prisión preventiva durante un juicio criminal, y por ello se ausenta de sus labores, no puede percibir rentas, pero si el aludido proceso finaliza por absolución o sobreseimiento definitivo, corresponde que se paguen dichas sumas...” (Creemos que **dicha interpretación es contraria a la presunción de inocencia y a la eximente establecida en el artículo 410 del Código de Justicia Militar**, y que, por otro lado, pareciera transformar la medida cautelar de prisión preventiva en una especie de condena de carácter anticipatorio).

**OJO:** porque está “**presunción de racionalidad**” en la utilización del arma letal, podría hacer aplicable **retroactivamente** el “**principio pro reo**” y, con ello, declarar inocentes o absueltos, a muchos policías con juicios pendientes o en tramitación que hayan hecho uso de su arma de fuego hiriendo o matando a alguien.

7. Acotemos que no resulta entendible que la legítima defensa “**sea privilegiada**”, porque deja la idea de que se pretenda otorgar una ventaja especial y exclusiva que permita a las policías “disparar”, discrecionalmente, a un delincuente -o a una persona que perciba como agresor- o sea, sin que la decisión de disparar haya sido adoptada sobre la base de un **criterio de racionalidad y proporcionalidad** en el uso de su arma letal. Con ello, más que permitirle al policía el uso racional o proporcional de su arma de fuego “en el ejercicio de su cargo o de sus funciones” tiende a entenderse que se le habilita para disparar sin necesidad de rendir cuenta de su actuar y dejando en manos del agredido, delincuente o no, la obligación de probar los hechos.
8. Digamos que la “**legítima defensa privilegiada**” puede abrir las puertas a muchas situaciones alejadas de lo racional, de lo proporcional o de lo necesario en el uso legítimo de la fuerza con armas de fuego. Digamos que la racionalidad en el uso de armas letales, evidentemente, no será la misma cuando la policía actúa en el allanamiento de un barrio tomado por bandas criminales armadas o sostenidas por el narcotráfico, a cuando la policía esté actuando en una protesta de estudiantes o en procedimientos de control de identidad.
9. Sería infinito e inoficioso ponerse en miles de situaciones de hecho. Pero lo normal sería que, si una patrulla llega a un lugar -llamada o alertada porque se está cometiendo un delito- debe hacerlo con alguna mínima estrategia o plan de acción, o bien, con una observación cautelosa y previa

de la situación que enfrentarán. No como, al parecer y lamentablemente, le pasó a Rita Olivares y a su patrulla que fue recibida a balazos. O como le ocurrió al cabo Palma que acudió en su moto a un llamado que denunciaba a un auto del cual se disparaba: Obviamente, también, le dispararon apenas se acercó al vehículo.

10. Es muy posible que en ambos casos, igualmente, hubiese habido balas, pero no alcanzar a bajarse del auto ni ponerse el casco, en el primer caso, o actuar solo para intentar detener el auto, en el segundo caso, con mucha seguridad, fue consecuencia de un actuar apresurado, poco cauteloso o producto de una preparación o de una capacitación inadecuada para enfrentar situaciones peligrosas o de alto riesgo, aunque el actuar posterior de la policía haya sido exitoso en la detención y ubicación de los delincuentes que les mataron.

11. En conclusión, resulta aconsejable no abandonar el criterio fijado en la norma del artículo 410 del Código de Justicia Militar, haciéndola aplicable o trasladándola tal cual al Código Penal y, al mismo tiempo, establecer la obligación de una preparación adecuada y de una capacitación continua de las policías para enfrentar la delincuencia con criterios de racionalidad en sus actuaciones acordes con las cambiantes realidades que deben enfrentar.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Reyesen', is centered below the text.

**MINUTA SOBRE EL TEXTO DE LA LEY 21.560 (LEY NAÍN-RETAMAL)  
DESPUÉS DE APROBADA.**

**(Minuta preparada para la senadora Yasna Provoste Campillay por el  
abogado Luis Eduardo Thayer Morel. 20 de abril de 2023)**

Luego de un arduo debate en que los partidos de derecha fijaron una rígida posición destinada a imponer la “**defensa legítima privilegiada**” se convino en una redacción que a juicio de este informante adolece de ciertas falencias jurídicas que pueden escapar a la “racionalidad” que exige la actuación de un policía cuando hace uso de sus armas de servicio y sobre todo las de carácter letal. Veamos cómo se encadenó la nueva norma eximente de responsabilidad criminal dentro del artículo 10 del Código Penal:

**Texto vigente hasta el 9 de abril de 2023 de las eximentes de  
responsabilidad penal por “legítima defensa” (Artículo 10 Nros. 4°, 5° y 6°  
del Código Penal.**

1. El artículo 10 del Código Penal en su texto vigente hasta la publicación de la ley 21.561 el 10 de abril de 2023 establecía las siguientes eximentes de responsabilidad penal en los numerales 4°, 5° y 6°:

“Están exentos de responsabilidad criminal:

**4.°** *El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*Primera. Agresión Ilegítima.*

*Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.*

*Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.*

5.º *El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.*

6.º *El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que **el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.***

*Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4º y 5º precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1º del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código”.*

**Texto agregado por la ley 21.560 (Naín-Retamal) que establece la  
“legítima defensa privilegiada”**

2. La eximente de responsabilidad penal, llamada de “*legítima defensa privilegiada*” se introdujo por la ley 21.560 en los cuatro incisos finales agregados al numeral 6º del artículo 10 del Código Penal, que establecen lo que sigue:

***“Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4º, 5º y 6º de este artículo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los***

*servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior; **en dichos casos 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***".

*"Los numerales 4°, 5° y 6° se aplicarán respecto de los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior **ante agresiones contra las personas**. De afectarse **exclusivamente bienes**, procederá la aplicación del número 10° del presente artículo*".

*"Esta norma se utilizará **con preferencia a lo establecido en el artículo 410 del Código de Justicia Militar***".

*"Respecto de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los tribunales, según las circunstancias y si éstas demuestran que no había necesidad racional de usar el arma de servicio o armamento menos letal en toda la extensión que aparezca, deberán considerar esta circunstancia como atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en uno, dos o tres grados, salvo que concurra dolo."*

### **Análisis de la nueva disposición agregada al N° 6° del artículo 10 del Código Penal por la ley 21.560. Y aplicación principio "pro-reo"**

3. La disposición nueva disposición recién introducida por la ley 21.560, establece una especie de "doble" presunción de exención de la responsabilidad penal respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, **cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior**. **La primera presunción** es que procede en los

casos de legítima defensa contemplados en el artículo 10 del Código Penal, en sus numerales 4° (legítima defensa de su persona o de sus derechos), 5° (legítima defensa de parientes cercanos) y 6° (legítima defensa de un extraño siempre que el defensor no actúe movido por venganza o resentimiento). Y, **la segunda presunción** es que, en todos estos casos, se entenderá que **concorre el uso racional de las armas o cualquier otro medio de defensa** cuando lo hacen en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior.

4. **La primera presunción es razonable** en el sentido de que condiciona la exigente de legítima defensa (establecida en los numerales 4°,5° y 6° del artículo 10 del Código Penal) a que los miembros de las Fuerzas de Orden y las FFAA estén realizando las funciones de resguardo del orden público, en el ejercicio de las cuales están facultados hacer uso de las armas o de cualquier otro medio de defensa, guardando la debida racionalidad y proporcionalidad en el uso de los medios que empleen (disposición similar a la establecida en el artículo 410 del Código de Justicia Militar). Y resulta razonable, porque las policías están en una situación distinta y superior a la del común de las personas, ya que están investidas como la autoridad encargada de resguardar el orden y la seguridad de todos. Y se diferencian, también, en que, por eso, tienen -o deben tener- la formación y las herramientas para ese control, entre ellas, armas letales que podrán utilizar en legítima defensa propia o de otras personas cuando racional, proporcional o necesariamente deban hacerlo.
5. **La segunda presunción no parece razonable** y, digamos que no parece “racional”, porque la racionalidad de una acción requiere su propia valoración subjetiva frente a cada una de las acciones. En efecto, “racional”, según la RAE es “perteneciente o relativo a la razón” o “conforme a la razón”. Y la razón, según la misma RAE, además de “facultad de discurrir”, es el

“acto de discurrir el entendimiento”. Y discurrir es “pensar o reflexionar sobre algo”. Entonces, cuando la nueva ley “Naín Retamal” **presume “el uso racional del medio empleado”** está liberando al policía o al guardián del orden y la seguridad públicos de la obligación de pensar, razonar o reflexionar, previo a hacer uso de su arma de fuego o de cualquier otro medio de defensa, ya que lo que dicha ley presume es que **“se está haciendo uso racional de ellas”**. De este modo, tal “omisión presumida”, pueda estar vulnerando derechos constitucionales, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad... Y más evidente es la contradicción cuando el numeral 4° del artículo 10 del Código Penal exige la **“necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla”** para que proceda la eximente de legítima defensa, según lo refiere la propia norma de la ley 21.560 que incorpora la “legítima defensa privilegiada”.

6. Frente a esta norma que se acaba de aprobar casi por imposición de los parlamentarios de derecha, lo más probable es que el nivel de violencia aumente y nos encontremos con una mayor cantidad de muertes de policías y de delincuentes que incrementarán, sin duda, su poder de fuego.
7. Por otra parte, vemos una alta posibilidad que se incremente la complejidad de los casos en la justicia, porque habiendo lesionados o muertos, el Ministerio Público no dejará de conocer los hechos, ya que la acción de los tribunales no queda inhibida por causa de la presunción legal en la conducta del policía que dispara. **En este sentido las cámaras corporales debieran ser un instrumento muy valioso para aclarar situaciones y/o como medio probatorio.**
8. Es probable, también, que muy pronto el debate judicial sobre la materia sea derivado al Tribunal Constitucional –vía recursos de inaplicabilidad-

con el objeto de definir hasta dónde llega tal **“privilegio”** de las policías en su legítima defensa, o más propiamente, qué se entiende por **“racionalidad presumida”** en el uso de las armas cuando se cumplen funciones de orden y de seguridad, frente a las normas constitucionales que regulan el derecho a la vida, a la integridad física y a la igualdad ante la ley.

9. Se aprecia, pues, como muy osada la "legítima defensa privilegiada" por su relatividad, ya que es una norma muy general para aplicarla frente a miles de situaciones de hecho, entre las cuales habrá algunas que ameriten el uso de las armas letales y otras en que no. Y esta observación no puede ser ajena a otro factor de realidad: existe un alto número de policías formados "a la carrera" (sobre todo carabineros), muchos de ellos, jóvenes sin experiencia suficiente, quienes actuando en situaciones que puedan causarles temor, las enfrenten disparando “de entrada” amparados en esta nueva figura de la legítima defensa **“privilegiada”** que refleja una apariencia o sensación de “impunidad”.
  
10. **Sobre la aplicación principio “pro-reo”**. Desde otra perspectiva, observamos que la aplicación de la legítima defensa privilegiada puede, a su vez, traer como consecuencia la aplicación del principio pro reo, al menos en muchos procesos seguidos -algunos desde hace años- que podrían terminar por absolver o declarar la inocencia de personal de orden y seguridad actualmente acusados e incluso condenados, pero con procesos en curso o con sentencias no ejecutoriadas<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> El 27 de abril de 2023, se produjo el primer caso de aplicación retroactiva de la ley Naín-Retamal, atendiendo al principio “pro-reo”: el Tribunal Oral en lo Penal de Talagante absolvió a cinco carabineros acusados de apremios ilegítimos y que usaron armas letales en un control de identidad el 21 de octubre de 2019. con ocasión del estallido social. En los hechos una persona resultó herida a bala y uno de los policías arriesgaba pena de 18 años de cárcel. Ver: <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/primera-aplicacion-de-la-ley-nain-tribunal-absuelve-a-cinco-carabineros-acusados-de-apremios-en-el-estallido-social-y-que-usaron-sus-armas/Y35UUKCMDVHBTMK57JRGZTPWOO/>

En esta misma crónica (último párrafo) se anuncia que Carabineros está haciendo un catastro con los casos que podrían verse beneficiados retroactivamente por la aplicación de la Ley Naín-Retamal y que sus abogados, través de recursos de apelación o nulidad en la Corte Suprema.

11. Pareciera que muchos parlamentarios han actuado muy emocionalmente sin medir las consecuencias de una "defensa legítima privilegiada" casi sin límites, esto es, sin fijar, a lo menos, condicionantes claras aplicables a los criterios de "racionalidad presuñidos" en el uso de armas letales. Sin duda que si las tienen pueden usarlas, pero es esencial la racionalidad previa o una básica evaluación de las situaciones. Establecer una "**presunción de racionalidad objetiva**" en el uso de las armas cuando los carabineros actúan "*en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones*" es un criterio antitético a la obligada reflexión que exige la racionalidad.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Deveser', is centered on the page below the text.