Ley N° 21.560, que fortalece y protege el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile

Comentario de Gustavo Balmaceda Hoyos

Con fecha 10 de abril de 2023, se ha publicado en el Diario Oficial la Ley N° 21.560, que modifica diversos cuerpos legales para aumentar la protección de las fuerzas de orden y seguridad del país. En una búsqueda legislativa para aumentar la seguridad pública frente a atentados graves en contra de la vida y propiedad, se ha optado por dar una mayor cobertura a la labor de los agentes estatales que se ven involucrados en situaciones riesgosas para su integridad física. Así, a partir de esta nueva regulación, se busca garantizar una especial protección por parte del Estado a los funcionarios, desde dos enfoques: a) el primero, mediante presunciones legales que no alteren la carga de la prueba, en sentido de que en una etapa inicial de la investigación se considerará que la labor efectuada por un funcionario policial se ha ajustado a los medios racionales del uso de la fuerza, permaneciendo en su calidad de interviniente como testigo o víctima; y, b) el segundo, que la consecuencia jurídica de hechos típicos cuya víctima sean funcionarios policiales, Fuerzas Armadas o Gendarmería sea más gravosa, aumentando las penas y estableciendo la improcedencia de acceder a las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216.

De acuerdo con los fundamentos consignados en la Moción Parlamentaria, los niveles de violencia en la comisión de delitos han ido en aumento, sin una respuesta por parte del Estado. Específicamente, se señala que es un hecho irrefutable el aumento de esta agresividad contra Carabineros y funcionarios de la Policía de Investigaciones que debe ser frenado, estableciendo un estatuto más severo en la ejecución de la pena.[1]

Es así como en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 21.560, se modifican tanto la Ley N° 18.216, que corresponde a la regulación de las penas sustitutivas, como también el Decreto Ley N° 321 de 1925, que establece la Libertad Condicional, disminuyendo la posibilidad de acceder a esos cumplimientos alternativos en caso de que la víctima de los delitos sea de las fuerzas de orden y seguridad. En esencia, en aquellos casos en que se incurra en un tipo penal que afecte la vida o la integridad física de estos funcionarios, el autor no podrá acceder a pena sustitutiva alguna.[2] Luego, para poder acceder al beneficio de

[1] Historía de la Ley N° 21.560, pp. 3 y 4.

[2] Dada la desafortunada redacción de la norma actual, no queda claro si procederá

libertad condicional, debe haber cumplido dos tercios de la pena privativa de libertad.[3]

1. Nuevos preceptos penales que sancionan atentados contra la integridad física y vida de funcionarios de orden y seguridad

En el artículo 3° de la referida ley, se introducen modificaciones al Código de Justicia Militar, en que se incorporan tipos penales especiales en que se subsumen atentados contra la vida e integridad física de las Fuerzas Armadas. De esta forma, se agregaron los nuevos artículos 281 bis, 281 ter y 281 quáter. Acá se buscó la especial protección únicamente de las Fuerzas Armadas, aunque, de todas maneras, de las otras instituciones encargadas del orden público también se estableció una protección similar, en sus propios estatutos legales.

El nuevo artículo 281 bis sanciona a aquel que mate a un miembro de las Fuerzas Armadas, en razón de su función de resguardo de la seguridad pública. Se especificó en la ley que la motivación del agente que incurre en este delito debe ir más allá de únicamente el cargo de la víctima; este tipo penal se aplicará cuando el sujeto activo mate al funcionario de las Fuerzas Armadas que, en ese momento, estaba resguardando el orden público interno. Luego, el inciso segundo del nuevo tipo penal establece circunstancias "calificantes" del tipo penal, que agravan su penalidad ostensiblemente, siendo estas tres: a) cometerlo mediante precio, recompensa o promesa; b) ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad; y, c) si el imputado actúa con el rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad. Desde un punto de vista teleológico, el homicidio calificado de fuerzas armadas recoge hipótesis que fueron la génesis de su tipificación, como

dicha facultad cuando en el ejercicio de la determinación de la pena se hubiere considerado la eximente incompleta del 11 N° 1 del CP.

[3] En este caso, la Ley N° 21.560 señala que esta limitante para los condenados será cuando incurran en los delitos previstos "*en los artículos 281 bis, 281 ter, 281 quáter, 416, 416 bis Nos 1 y 2, y 416 ter del Código de Justicia Militar; en los artículos 17, 17 bis Nos 1 y 2, y 17 ter de la ley orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile; en los artículos 15 A, 15 B Nos 1 y 2, y 15 C de la ley orgánica de Gendarmería de Chile, y homicidio de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile, de integrantes de las Fuerzas Armadas y servicios bajo su dependencia, en el ejercicio de sus funciones*".

lo es evitar la sustracción del aparataje estatal punitivo de quienes tengan el dominio del hecho.

Respecto a los artículos 281 ter y 281 quáter, se sanciona todo tipo de lesiones, tal y como se conocen en la parte especial, esto es, de los artículos 395 y siguientes del Código Penal, pero de las que es objeto un funcionario de las Fuerzas Armadas, no obstante que este delito se debe cometer cuando este último se encuentre resguardando la seguridad pública. La conducta típica del artículo 281 ter es herir, golpear o maltrato de obra. Se establecen cuatro hipótesis del delito en el mismo precepto penal, cuya penalidad está en un orden de gradualidad de acuerdo con los resultados lesivos de las lesiones. Como ya se señaló, esta escala es idéntica a la ya regulada en los delitos comunes de lesiones, estableciéndose desde lesiones graves gravísimas, pasando a lesiones simplemente graves, menos graves y leves. En cambio, el tipo penal establecido en el artículo 281 quáter, recoge las hipótesis de lesiones tipificadas en los artículos 395 y 396 del Código Penal, esto es, la castración y la mutilación de miembro importante y menos importante, respectivamente, distinguiendo una penalidad distinta en cada una de estas tres circunstancias.

En relación con los funcionarios de Carabineros, el mismo artículo 3° de la Ley N° 21.560 modifica el artículo 416 del Código de Justicia Militar, en que se sancionaba previamente el homicidio de un Carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones. La nueva redacción amplía el espectro de casos de homicidio a un Carabinero, que ahora será aplicable cuando se mate "en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones". A diferencia de lo que ocurre con las Fuerzas Armadas, cuya protección aplica solo en aquellos casos en que se encuentren cumpliendo labores de orden público para mantener la seguridad interior, en el caso de Carabineros esta es mayor, en el entendido de que su principal función es la seguridad pública, a diferencia de las Fuerzas Armadas, que excepcionalmente y en determinados casos ejercen ese trabajo. Se incorpora, además, un inciso final, que tipifica el homicidio calificado de Carabineros, en los mismos términos que el de las Fuerzas Armadas.

Idéntica modificación se estableció en los artículos 416 bis y 416 ter del Código de Justicia Militar, que sancionaban el maltrato de obra a Carabineros –actualmente igual existe esa protección, solo que con las modificaciones que se indicarán–. Se sustituye la frase que apuntaba a que la protección sería solo respecto del ejercicio de sus funciones, para abarcar las lesiones, mutilaciones

o la castración que se les causen en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones.

Especial referencia requiere el nuevo artículo 417 bis, que establece que lo dispuesto en los artículos 416, 416 bis y 417 –este último sanciona las amenazas en contra de Carabineros– será aplicable cuando las conductas tipificadas allí afecten a funcionarios de las Fuerzas Armadas, o de los servicios de su dependencia, cuando se encuentren desempeñando labores de control o restablecimiento del orden público interior. Si bien es cierto, este artículo pareciese ser innecesario, dada la tipificación especial propia de las Fuerzas Armadas, acá existe una ampliación para disipar dudas acerca de si concurren los nuevos preceptos penales establecidos en los artículos 281 bis y siguientes del Código de Justicia Militar cuando los funcionarios estén ejerciendo labores de control y orden que podrían quedar fuera el concepto de "seguridad pública" utilizado.

Respecto a la Policía de Investigaciones, el artículo 4° de la Ley N° 21.560 modifica los artículos 17, 17 bis y 17 ter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979. Se establece igual protección a la tipificada respecto de Carabineros, esto es, que sean objeto de atentados en contra de su vida e integridad física en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones.

Misma situación aplica a Gendarmería, en que para aumentar su protección y resguardo se modifica su Ley Órganica, esto es, el Decreto Ley N° 2.859 de 1979, tipificándose, en los mismos términos que Carabineros, comportamientos que atenten contra su vida e integridad física, en los artículos 15 A, 15 B y 15 C.

Un aspecto relevante, establecido en el artículo 13 de la Ley N° 21.560, es que en aquellos casos en que se incurra en un homicidio, homicidio calificado de funcionario policial o militar, lesiones graves gravísimas, castración y mutilación de un miembro importante, en las hipótesis previamente estudiadas, en que es víctima un funcionario policial, de Gendarmería, Fuerzas Armadas o servicios de sus dependencias que se encontraren ejerciendo labores de seguridad pública, se aplicará la pena accesoria de expulsión del condenado del territorio nacional con prohibición de retorno a éste durante un lapso de 20 años a prohibición absoluta perpetua, según la gravedad del delito cometido, cuando el condenado fuere de nacionalidad extranjera.

2. Legítima defensa privilegiada

Una de las grandes modificaciones, y que ha dado lugar a una basta discusión, es el artículo 7° de la nueva Ley de Protección a las Fuerzas de Orden y Seguridad, que establece la denominada *legítima defensa privilegiada*. El tenor de esta modificación es el siguiente:

> "1. Agréganse, en el numeral 6° del artículo 10, los siguientes párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto, nuevos:
>
> Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° 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".

En resumen, cuando las fuerzas de orden y seguridad pública (considerando a las Fuerzas Armadas y Gendarmería), y los servicios bajo su dependencia, estén ejerciendo funciones de resguardo de orden público y seguridad interior, y, cumpliendo dichas labores, repelan o impidan una agresión que pueda afectar gravemente la integridad o vida de ellos o de un tercero, empleando incluso armas, se presumirá que concurre el uso racional del medio empleado, como presupuesto de la legítima defensa. En consecuencia, estos funcionarios estarán amparados, al inicio de toda investigación criminal en que ellos hayan

lesionado o matado a un tercero cumpliendo con sus labores, por la legítima defensa, la que deberá ser derribada por el Ministerio Público en caso de tener evidencia que acredite la existencia de un delito. En caso de protección de bienes materiales, procederá la eximente de responsabilidad penal establecida en el artículo 10 N° 10 del CP, esto es, obrar en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.

Luego, en lo relacionado con el inciso sexto, establece que de no concurrir la necesidad racional del medio empleado, no se aplicará la justificante de responsabilidad penal, pero sí se entenderá esta como atenuante, bajando la pena entre uno, dos y hasta tres grados, "salvo que concurra dolo". Si bien es cierto la redacción no es del todo afortunada, haciendo un ejercicio interpretativo es posible desprender que solo en aquellos casos en que la fuerza empleada haya sido desproporcionada de acuerdo con las circunstancias del caso, aplicará la atenuante. Sin embargo, si se lograse probar que no se actuó bajo una hipótesis de legítima defensa incompleta, sino que derechamente el funcionario incurrió en un delito doloso en el ejercicio de sus labores, la atenuante será desechada.

3. Modificaciones al ordenamiento procesal penal

Se agrega un nuevo inciso final al artículo 7° del CPP, que regula la calidad de imputado como interviniente dentro del proceso. Se establece que, en consonancia con la presunción de legítima defensa recientemente señalada y las labores de resguardo del orden público, serán considerados los funcionarios policiales o de Gendarmería de Chile, de las Fuerzas Armadas y funcionarios de los servicios de su dependencia, como víctimas y testigos para todos los efectos legales, a menos que de las diligencias se permita atribuirles participación punible, lo que se traduce en que se desacredite la concurrencia de los presupuestos de la legítima defensa.

También existen modificaciones respecto a la aplicación de medidas cautelares. Se incorpora un nuevo artículo 124 bis al CPP, en que indican que producto de la presunción de legítima defensa no se podrá ordenar medidas cautelares personales que recaigan sobre la libertad del funcionario, salvo la citación, la prohibición de salir del país o del lugar que determinare el tribunal y la prohibición de acercarse a la víctima, establecidas en los literales d) y g), respectivamente, del artículo 155 del CPP. Se puede prescindir de esta norma

si en el curso de la investigación surgen antecedentes calificados que justifiquen la existencia del delito.

Finalmente, se incorpora como criterio para determinación de la necesidad de cautela respecto a la prisión preventiva, en el artículo 140 del CPP, y, en consecuencia, para la aplicación de cualquier medida cautelar personal que recaiga sobre el imputado, específicamente como un elemento para la identificación del peligro para la seguridad de la sociedad, la situación de que los delitos imputados sean de aquellos que atenten en contra de la vida o integridad física de Carabineros, Policía de Investigaciones, funcionarios de Fuerzas Armadas y de los servicios de su dependencia o de Gendarmería, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, que tengan pena igual o superior a la de presidio menor en su grado máximo en la ley (en abstracto).

4. Regulación del delito de apremios ilegítimos del artículo 150 d) del CP

Asimismo, se incorpora una nueva redacción al delito de apremios ilegítimos, que incluyen mejoras en su literalidad y nuevos criterios legales para determinar su procedencia. El tipo penal se encuentra redactado de la siguiente forma:

> "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".

Se incorpora como nuevo elemento el "incumplimiento de reglamentos", añadiéndose además que ese actuar debe ir acompañado del abuso de su cargo. De esa forma, no basta con no seguir la regulación de determinada diligencia policial o militar, sino que además ello debe significar un dominio u opresión

sobre la persona sobre la cual recaen los apremios o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Luego, también se hace patente que la distinción con el delito de tortura es en atención a su "gravedad", dejando en claro que las entidades de los sufrimientos a los que se somete a la víctima son menores en este caso, respecto a las torturas. Lo demás, son únicamente mejoras en la redacción.

5. Modificaciones a la Ley de Tránsito y Ley de Armas

En lo que dice relación con la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, se modificó el artículo 14 D), que sanciona el uso de bombas y artefactos explosivos o corrosivos, incorporando en el inciso primero la hipótesis en que se atacan vehículos policiales, de Gendarmería, militares que resguarden el orden público y fronterizo y vehículos municipales que presten servicios de seguridad. Asimismo, se contempla la sanción a quienes arrojen, detonen o disparen esos elementos hacia recintos militares o policiales. Luego, se incorpora un nuevo inciso cuarto, que indica lo siguiente:

> "El que coloque, envíe, active, arroje, detone, dispare, o haga explosionar artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares en, desde o hacia recintos policiales y militares, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Cuando se perpetren las conductas señaladas en este inciso mediante el uso de fuegos artificiales, se impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo".

Finalmente, en lo que dice relación con la Ley de Tránsito, N° 18.290, se incorpora en el artículo 169 un nuevo inciso tercero, que es el siguiente:

> "No obstante lo establecido en el inciso anterior, el funcionario de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile o de Gendarmería de Chile, que conduciendo un vehículo motorizado en persecución de un delito o en la ejecución de procedimientos estrictamente policiales o propios de la institución a la que pertenece ocasione daños o perjuicios, no será responsable de ellos, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda al propietario del vehículo".

Debemos hacer mención que el artículo 11 de la Ley N 21.560, amplía las facultades de Carabineros de Chile para realizar controles preventivos de identidad, específicamente en el registro de vehículos, pudiendo incluso realizar registros en interior de maleteros y portaequipajes.

6. Disposiciones generales

Primeramente, se establece tanto para Carabineros de Chile (nuevo artículo 35 bis de la Ley N° 18.961) como para la Policía de Investigaciones (nuevo artículo 24 bis del Decreto Ley N° 2.460 de 1979), que en el ejercicio de sus funciones deberán ser provistos de capacitación, equipo y armamento adecuado para resguardar su vida e integridad personal, la de terceros y para cumplir con ellas.

Se dispone además que el personal de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile, que haga uso de su arma de servicio, armamento no letal o elementos no letales, para rechazar violencia o vencer resistencia contra la autoridad, no podrá ser separado de sus funciones ni ver afectada su remuneración, mientras no concluya la investigación administrativa (sumario) respectivo.[4]

Por su parte, el artículo 14 de la Ley N° 21.560, amplía dicha protección a los miembros de las policías y Gendarmería, señalando que a quienes les sea aplicable la presunción de legítima defensa o cumplimiento de un deber (cuando la defensa sea de bienes), no podrán ser objeto de medidas disciplinarias que impliquen el licenciamiento temporal, baja temporal, el retiro temporal u otra medida equivalente que implique privación total o parcial de la remuneración o un cese, aun cuando sea temporal, del empleo que sirva en la respectiva institución, mientras no concluya el sumario administrativo.

Conforme lo dispone el artículo 15, lo anterior, es decir, la protección del personal mientras no concluya el sumario administrativo, es aplicable a miembros de las Fuerzas Armadas y a los servicios bajo su dependencia, siempre y cuando actúen en ejercicio de un mandato constitucional o legal, realicen labores de policía, de seguridad u orden público interior.

[4] Artículos 4°, 5° y 8° de la Ley N° 21.560.

Finalmente, el artículo 9° de la Ley N° 21.560, establece un "marco rígido" para la determinación de la pena de los delitos de homicidio y lesiones de funcionarios de Carabineros, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile, sin excepción en cuanto a la entidad de las lesiones, determinando lo siguiente:

> "1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena asignada al delito, el tribunal determinará su cuantía en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.
>
> 2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si ésta es compuesta, o el mínimum si consta de un solo grado".

Santiago, abril 11 de 2023.