

## LEY NAÍN-RETAMAL: UN AVANCE EN LA DISCUSIÓN SOBRE USO DE LA FUERZA

- El asesinato de dos Carabineros, así como la sensación de inseguridad y la inacción del Gobierno, llevaron al Congreso a actuar con premura, citando a sesiones de Sala para el despacho de numerosos proyectos de ley sobre seguridad y a sesiones extraordinarias de la Comisión de Seguridad Pública del Senado para el pronto despacho de la denominada “Ley Naín-Retamal”.
- Este último proyecto aborda diversas materias y problemas urgentes. Sin embargo, antes que un problema puramente legal, se trata sobre un problema de regulación, dada la falta de certeza jurídica sobre el uso de la fuerza por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad, Gendarmería y Fuerzas Armadas, estas últimas, especialmente, cuando deben ejercer labores de control de orden público y protección de infraestructura crítica. Esto es fundamental para valorar la discusión y las disposiciones del proyecto.
- A pesar de que el proyecto dista de ser perfecto, constituye un avance significativo en la protección del ejercicio pleno de las funciones de la policía. Queda pendiente, en todo caso, una regulación integral del uso de la fuerza por parte de Carabineros, la PDI y las Fuerzas Armadas.

Con tres asesinatos de Carabineros durante las últimas semanas, la percepción de aumento de la delincuencia en el país, durante los últimos tres meses, se mantiene sobre 80% mientras que, frente a la pregunta sobre las áreas en las que el Gobierno del Presidente Boric debería dedicar mayor esfuerzo durante el 2023, un 71% señala a la delincuencia, orden público y narcotráfico como prioritarias, muy por delante de salud (29%), inmigración (24%) y economía, inflación, crecimiento y empleo (21%), tal como muestra la última encuesta de CADEM<sup>1</sup>. En este contexto, se aceleró la discusión de diversos proyectos de ley que buscaron entregar más herramientas para combatir el delito ante la inacción del Gobierno en la materia.

### AUSENCIA DE UNA AGENDA DE SEGURIDAD: EL ORIGEN DEL PROBLEMA

El clima de opinión pública y político, así como el *fast track* legislativo propuesto por el Presidente del Senado, Juan Antonio Coloma, para apurar los proyectos vinculados a materias de seguridad, representaban una oportunidad inmejorable para avanzar

---

<sup>1</sup> Encuesta Plaza Pública Cadem N°481. Cabe destacar que su trabajo de campo se realizó la semana siguiente al asesinato de la sargento Olivares. Resultados disponibles en <https://cadem.cl/wp-content/uploads/2023/04/Track-PP-481-Marzo-S5-VF.pdf>. Revisado el 05 de abril de 2023.

en una agenda robusta donde el Gobierno tuviera un rol protagónico, fundamentalmente porque en él recae la iniciativa en materia de gasto y creación y asignación de nuevas facultades y atribuciones a los distintos servicios públicos involucrados en materias de seguridad.

En esta ventana de oportunidad se aprobaron tres proyectos, originados en iniciativas del Presidente de la República<sup>2</sup>, quedando uno pendiente en Comisión Mixta. Estas iniciativas -ingresadas en diciembre de 2022- no generarán un impacto significativo en las condiciones de seguridad pública ni introducen grandes modificaciones al sistema penal o procesal penal, pues buscan aumentar penas o introducir reglas especiales para determinarlas. Con todo, son positivos los proyectos sobre sicariato y Gendarmería, que recogen algunos elementos que son relevantes, como la sanción expresa de la conspiración para el homicidio calificado y la ampliación de la facultad del Ministerio Público para requerir el auxilio de Gendarmería de Chile, dentro de los recintos penitenciarios, en el contexto de una investigación.

Sin embargo, el principal problema de La Moneda y los partidos que la apoyan es que no cuentan de credibilidad para actuar contra la delincuencia. En ese sentido, previo a estos avances legislativos, los últimos logros en materia legislativa -las leyes sobre combate patrimonial al narcotráfico y sobre crimen organizado- corresponden a iniciativas del gobierno del expresidente Piñera y fueron muy resistidas por el oficialismo. No es raro, entonces, que frente a eventos como la muerte de un Carabinero, el Ejecutivo pierda el control de la agenda.

### **LEY NAÍN-RETAMAL: UN AVANCE SIGNIFICATIVO**

Tal como señaló el General Director de Carabineros, Ricardo Yáñez, el 13 de marzo: “si queremos tener un país seguro, si queremos vivir en paz, entreguemos las condiciones, entreguemos las herramientas y trabajemos en conjunto, porque las normativas, porque las leyes entreguen las herramientas suficientes para que

---

<sup>2</sup> Se trata de los siguientes proyectos de ley: el que modifica el Código Penal para agravar la pena del delito de secuestro en el caso que indica (boletín N°15.558-07); el que modifica la Ley N°17.798, sobre control de armas, para aumentar la pena del delito de porte de armas en lugares altamente concurridos (boletín N°15.560-07), y el que refuerza las competencias de Gendarmería de Chile y crea un delito general de extorsión (boletín N°15.561-07), todos los cuales se despacharon a ley. La excepción radica en el proyecto de ley que modifica el Código Penal para sancionar la conspiración para cometer el delito de homicidio calificado por premio, promesa remuneratoria o ánimo de lucro (boletín N°15.559-07), que se encuentra en Comisión Mixta.

Carabineros salga a trabajar con tranquilidad”<sup>3</sup>. Al respecto, las palabras de Yáñez confirmaron la extendida preocupación respecto a la inhibición por parte los funcionarios policiales, especialmente de Carabineros, a repeler las agresiones y, ante delitos, usar la fuerza cuando sea necesario.

El origen de esta inhibición, sin embargo, no puede imputarse solamente a la falta de respaldo político, sino a múltiples factores. Quizás, los más relevantes corresponden a la falta de una legislación sistemática sobre uso de la fuerza, al estilo, por ejemplo, de la Ley Nacional de Uso de la Fuerza que se encuentra en vigor en México<sup>4</sup>. Y, por otra parte, a que los tribunales penales ordinarios han dejado de aplicar las disposiciones sustantivas del Código de Justicia Militar en materia de uso de la fuerza y eximentes de responsabilidad, tal como lo expuso el Ministro de la Corte Suprema, Jean Pierre Matus, y el abogado Enrique Aldunate, en su comparecencia a la Comisión de Seguridad Pública del Senado, el recién pasado sábado 01 de abril<sup>5</sup>.

Originalmente la “Ley Naín-Retamal”, se trataba de dos proyectos de ley separados: la denominada “Ley Naín” (boletín Nº14.870-25), orientada al aumento de penas por agresiones contra autoridades policiales y funcionarios de Gendarmería; y la “Ley Retamal” (boletines refundidos Nº15.444-25 y Nº15.540-25), que contenía un amplio catálogo de medidas, especialmente en materia de certeza a la acción de las policías. Pese a haber sido ambas aprobadas por separado en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara, ambas iniciativas comenzaron a tener un tratamiento conjunto.

En cuanto a su contenido, éste se puede englobar en tres grandes temas: el primero, medidas que refuerzan las sanciones por atentar contra la vida y la integridad física de miembros de Carabineros de Chile, la Policía de Investigaciones y Gendarmería, así como de las Fuerzas Armadas y sus servicios dependientes<sup>6</sup>; el segundo, medidas de protección administrativa, que evitan, en lo esencial, la suspensión de las remuneraciones del personal de estas instituciones cuando enfrentan un

---

<sup>3</sup> Duro mensaje de general Yáñez a parlamentarios: A qué apuntan las palabras del líder de Carabineros. Fuente: Emol.com - <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2023/03/13/1089192/mensaje-yanez-parlamentarios-herramientas-carabineros.html>. Revisado el 05 de abril de 2023.

<sup>4</sup> Promulgada en mayo de 2019. Texto disponible en <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNUF.pdf>. Revisado el 05 de abril de 2023.

<sup>5</sup> El video de la sesión se encuentra disponible en <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/seguridad-publica/comision-de-seguridad-publica/2023-04-01/010002.html>. Revisado el 05 de abril de 2023.

<sup>6</sup> La referencia corresponde a los Servicios de Seguridad Aeroportuaria (AVSEC), dependientes de la Dirección General de Aeronáutica Civil de la Fuerza Aérea de Chile.

procedimiento administrativo sancionador; y, tercero, medidas de protección en materia penal y procesal, orientadas a establecer, respectivamente, la legítima defensa privilegiada, un marco rígido para la determinación de penas y mayores garantías procesales, especialmente al inicio de la investigación y limitando, también, la aplicación de medidas cautelares personales, como la prisión preventiva.

Como se ve, el proyecto de ley considera una agenda amplia y sensata de medidas para, al mismo tiempo, proteger y evitar desincentivos al combate a la delincuencia por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, entregando, al menos, un primer conjunto de certezas para fortalecer y asegurar un ejercicio sin inhibiciones en la función policial por consecuencias adversas que se deriven de un ejercicio adecuado de dicha tarea. Aun con sus ripios, Naín-Retamal es un proyecto que permite llenar parcialmente el vacío de regulación del actuar policial.

Cierto es que el proyecto tuvo una importante premura en su trámite, lo cual ocasionó diversos problemas formales; pero también, dio espacio para la inclusión de propuestas equivocadas, que retrocedían en estándares internacionales en materia de derechos humanos y en generar los incentivos adecuados que deben equilibrarse en la lucha contra la delincuencia. Ejemplo de esto último fueron un conjunto de indicaciones de los senadores Ossandón, Pugh y Kusanovic que elevaban los requisitos de la comisión en el delito de apremios ilegítimos y rebajaban sustancialmente el estándar de la responsabilidad del mando en relación a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, especialmente del Estatuto de Roma. Con todo, estas normas fueron rechazadas durante la discusión particular en la Sala del Senado y otros tantos defectos formales, corregidos.

#### **LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA Y USO DE LA FUERZA: MATERIAS AL DEBE**

Dentro de los problemas corregidos por la Sala del Senado estuvo el artículo relativo a las hipótesis de legítima defensa privilegiada, que, por lo demás, constituye el corazón del proyecto. Al respecto, el texto propuesto por la Comisión de Seguridad Pública del Senado introdujo diversas enmiendas al numeral 6º el artículo 10 del Código Penal, en el sentido de introducir confusas eximentes de responsabilidad y presunciones tales como una que presumía legalmente el uso correcto del armamento en sus diversas clases, que se alejaba completamente de la nomenclatura tradicional de nuestro Derecho Penal.

Sin embargo, el texto acordado entre el Gobierno, la mayoría de los senadores oficialistas, de oposición y ratificado por la Sala del Senado, supone un avance en lo esencial: establece un estándar de mayor protección a las policías, al consagrar una

presunción legal (es decir, que admite prueba en contrario) en el sentido de que las circunstancias que la ley exige para configurar las diversas clases de legítima defensa, concurren 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 realizaren funciones de orden público y seguridad pública interior. Además, se presumirá 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.

Sin embargo, dos disposiciones posteriores son complejas y deberían ser objeto de revisión: los párrafos cuarto y quinto del numeral 1) del artículo 7º del proyecto, que introducen reglas cuyo sentido y relación con la disposición previamente señalada no es del todo clara. Esto ocurre especialmente con la norma que dispone que, tratándose de situaciones donde la policía actúa en resguardo de bienes, no aplican las hipótesis de presunciones legales. Esta norma es innecesaria y lleva a confusión, pues, aun obrando en defensa de la propiedad, la policía siempre podrá apelar a la eximente de responsabilidad penal por cumplimiento del deber y, si hubiese agresión que repeler o impedir, adicionalmente, a la legítima defensa.

Lo anterior resulta sintomático de una discusión que ha sido incompleta, pues comenzó por una modalidad especial del uso de la fuerza, cual es la legítima defensa. Por esto, las líneas generales del actuar policial siguen sin ser tratadas adecuadamente, más allá de las, de hecho, inaplicadas normas del Código de Justicia Militar. Por ello, es de esperar que el Gobierno ingrese prontamente un proyecto de ley omnicompreensivo sobre uso de la fuerza (que se había comprometido para esta semana, pero probablemente la contingencia retrasó), incluyendo normas positivas para determinar el actuar policial; pero también negativas, explicitando, como consecuencias del actuar policial ajustado a Derecho, la exención de responsabilidad en los casos que se estime pertinente y las presunciones que aseguren que el actuar policial gozará de la necesaria certeza de legalidad que reviste a todos los actos de los agentes públicos.