

ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LEY N° 21.560, “LEY NAÍN RETAMAL”

PAULA MEDINA GONZÁLEZ
Universidad Central de Chile

SUMARIO: Introducción. I. Contenido de la Ley N° 21.560 y consideraciones críticas. 1. Estructura de la ley y tipo de funcionarios sujetos de protección. 2. Creación del tipo penal de homicidio calificado en contra de funcionarios policiales, de Gendarmería y de Fuerzas Armadas. 3. Extensión del ámbito de punibilidad de atentados contra funcionarios “en razón de su cargo”. 4. Restricciones al uso de penas sustitutivas y libertad condicional para delitos en contra de funcionarios policiales, de Gendarmería y Fuerzas Armadas. 5. Reglas particulares de determinación de penas para delitos contra funcionarios policiales que permiten agravar la penalidad. 6. Modificación del art. 140 del Código Procesal Penal en casos de delitos contra la vida o la integridad física de funcionarios policiales, gendarmes y de Fuerzas Armadas. 7. Legítima defensa privilegiada para funcionarios policiales, gendarmes y de Fuerzas Armadas. 8. Modificaciones al delito de apremios ilegítimos. 9. Calidad de víctimas o testigos de funcionarios en casos de legítima defensa privilegiada y restricción de la aplicación de algunas medidas cautelares. 10. Ampliación de facultades policiales en control preventivo de identidad. 11. Consecuencias de sumarios administrativos en contra de funcionarios. 12. Elementos de protección para funcionarios. II. Orientación político-criminal de la Ley N° 21.560, “Naín Retamal”. 1. La Ley N° 21.560 a la luz del punitivismo y el modelo de la seguridad ciudadana. 2. La Ley N° 21.560 a la luz del garantismo y los derechos fundamentales. 3. La Ley N° 21.560 a la luz del populismo penal. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 21.560, que “Modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile”, fue publicada en el Diario Oficial el 10 de abril de 2023. Popularmente conocida como “Ley Naín Retamal”, en referencia a dos carabineros que murieron a consecuencia de agresiones en su contra en el ejercicio de sus funciones¹, es

¹ El cabo Eugenio Naín Caniumil (24 años) falleció el 30 de octubre de 2020 en la Ruta Sur, a la altura de Padre Las Casas, Región de La Araucanía, a causa de un disparo

probablemente la legislación más importante producida en Chile en materia de protección de la función policial de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería y Fuerzas Armadas, en forma posterior a la reforma procesal penal. Constituye un auténtico estatuto particular de protección penal dirigido a este determinado grupo de personas, que no solo crea un tipo penal agravado, impone reglas especiales de determinación de penas y limita el acceso a penas sustitutivas y a la libertad condicional respecto a delitos que atenten contra estos funcionarios, sino que también establece, en los casos en que se presuma responsabilidad penal de dichos funcionarios, restricciones en la aplicación de medidas cautelares y una causal de justificación de legítima defensa privilegiada, entre otros.

La relevancia de esta ley no solo apunta a la gran cantidad de modificaciones penales y procesales penales que introduce en diferentes cuerpos normativos² y a ciertos problemas técnicos que presentan algunas de estas modificaciones —que incluso podrían llegar a disolver sus pretensiones de especial protección—, sino también a sus implicancias político-criminales que, si bien reafirman una tendencia a la intensificación penal que viene manifestándose en Chile en las últimas décadas, marcan una cierta cúspide tanto en su fuerte sello punitivo, como en la forma en la que se legisló, caracterizada por evidentes rasgos populistas, tal como analizaremos en lo que sigue.

En ese sentido, el propósito central de este trabajo es dilucidar y discutir sobre la orientación político-criminal de esta normativa. La relevancia de este tipo de análisis gira en torno a la necesidad de evaluar en qué medida las legislaciones penales son capaces de responder con eficacia a los problemas jurídicos

que recibió por parte de personas que instalaban barricadas para cortar el tránsito. Véase, <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/la-muerte-de-un-cabo-mapuche-dos-sospechosos-del-crimen-que-inspiro-la-ley-naim-estan-profugos-desde-hace-dos-anos-y-medio/CGR4XCJONRFW3BG6WFMXVWGLE/> El sargento segundo Carlos Retamal Jaque (41 años) falleció el 11 de octubre de 2022, en San Antonio, Región de Valparaíso, al concurrir a atender una denuncia por carreras clandestinas donde fue agredido, causándole un trauma encéfalo craneano de gravedad, del cual no logró reponerse. Véase, <https://cooperativa.cl/noticias/pais/ff-aa-y-de-orden/carabineros/murio-el-carabinero-atacado-con-fierrazo-en-san-antonio/2022-10-11/232807.html>.

² La Ley N° 21.560 modifica el Código Penal; Código Procesal Penal; Código de Justicia Militar; la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile; el Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile; el Decreto Ley N° 2.859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile; el Decreto Ley N° 321, sobre libertad condicional; la Ley N° 18.216, sobre penas sustitutivas; la Ley N° 17.798, sobre control de armas; la Ley N° 18.290, del tránsito y la Ley N° 20.931, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos.

y fácticos que pretenden resolver, qué tanto se circunscriben al marco de los ideales democráticos y respetuosos de los derechos humanos que amparan nuestro ordenamiento jurídico, y cuánto hay de racionalidad legislativa³ en su texto y en su proceso de creación. Por otra parte, auscultar la ley penal y procesal penal⁴, como expresión máxima del poder punitivo del Estado sobre los ciudadanos, es una labor de primer orden en las democracias contemporáneas, en especial en épocas en que la retórica política, pública y mediática de la inseguridad ciudadana, sumada a la victimización real y percibida a causa de tradicionales y nuevas formas complejas de criminalidad, constituyen el sustrato fértil para la producción de legislaciones que pueden alejarse de dichos principios y no aportar a la solución esperada⁵.

Con este fin, el presente trabajo se divide en dos partes. En la primera, se describirán los aspectos centrales de esta ley y ciertos problemas penales y procesales que se identifican en algunos de sus artículos. En la segunda parte, se analizará la normativa desde la perspectiva del modelo u orientación político-criminal a la cual esta responde, tanto desde el punto de vista de su contenido como de su proceso de creación legislativo.

I. CONTENIDO DE LA LEY N° 21.560 Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. Estructura de la ley y tipo de funcionarios sujetos de protección

En cuanto a su estructura, la Ley N° 21.560 cuenta con 15 artículos, la mayor parte de ellos dirigidos a modificaciones penales sustantivas y algunos a aspectos procesales. También se incluyen artículos que apuntan a cuestiones sancionatorias administrativas y a políticas institucionales vinculadas con instrumentos de protección policial.

³ Díez Ripollés define la racionalidad legislativa como la capacidad para elaborar –en el marco del control social jurídico sancionador– “una decisión legislativa atendiendo a datos relevantes de la realidad social y jurídica sobre los que aquella incide”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta (2013), p. 86.

⁴ Binder señala que las leyes procesales también deben ser objeto de análisis político criminal, ya que estas operativizan muchas de las legislaciones sustantivas o bien, por esta vía, se introducen cambios que también pueden apartarse de principios y soluciones deseadas. Véase, BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Editorial Astrea (2011), pp. 55-57.

⁵ Véase GARLAND, David. *La cultura del control*. Buenos Aires: Gedisa (2001); DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial BdF (2007).

Si bien su nombre alude a la “función policial y de Gendarmería de Chile”, su articulado también recae sobre las Fuerzas Armadas, para lo cual la ley precisa en el artículo 1° que esto será “exclusivamente, en el marco de las funciones de resguardo del orden público” que tienen tales instituciones, ejemplificando que estas se refieren a aquellas “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”.

La interpretación respecto de cuáles son estas funciones podría ser eventualmente objeto de futuras controversias, ya que en otros artículos de la misma ley se recurre a otra redacción y se señala, por ejemplo, en el 3° inciso 1°, “en razón de su función de resguardo de la seguridad pública” o en el art. 6°, “de resguardo de orden público y seguridad pública interior”. Las nociones de orden público y seguridad pública o seguridad pública interior, si bien podrían tener significados similares, no necesariamente puede ser así y no son conceptos que estén definidos en la ley. Por otra parte, en otros artículos no se hace esta especificación sobre el tipo de funciones, como en el art. 2° (sobre restricciones a la libertad condicional) y art. 6° inciso 3° (sobre requisitos de medidas cautelares), en que respecto de las Fuerzas Armadas solo se alude de modo general, “en el ejercicio de sus funciones”.

2. Creación del tipo penal de homicidio calificado en contra de funcionarios policiales, de Gendarmería y de Fuerzas Armadas

La ley crea un tipo penal de homicidio calificado en contra de los funcionarios de todas las instituciones objeto de protección. Ello lo hace de manera más o menos sistemática en las diferentes normativas que atañen a cada una de las instituciones.

Respecto de funcionarios de Carabineros de Chile, el art. 3° de la Ley N° 21.560 configura un tipo de homicidio calificado, agregando un inciso final al art. 416 del Código de Justicia Militar, que señalaba “El que matare a un carabiniere que se encontrare en el ejercicio de sus funciones será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado”. El nuevo inciso final establece que, si en el homicidio concurre alguna de las circunstancias siguientes: “a) Si se comete mediante precio, recompensa o promesa, o cualquier otro tipo de beneficio para sí o para un tercero; b) Si se ejecuta con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen impunidad; c) Si el imputado actúa con su rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad”, la penalidad —especialmente alta— irá de presidio

perpetuo a presidio perpetuo calificado, acotando el rango que existía para el homicidio simple del antiguo 416. Cabe destacar que tal penalidad del 416 es superior⁶ a la aplicable al homicidio de un particular (no funcionario policial), y corresponde a presidio mayor en su grado medio a máximo (art. 391, inc. 2°, del Código Penal).

Con relación a los funcionarios de las Fuerzas Armadas, el art. 3° de la Ley N° 21.560 introduce tres artículos nuevos destinados a sancionar a personas que maten (art. 281 bis), hieran, golpeen o maltraten de obra (art. 281 ter), mutilen o castren, según el art. 395 y art. 396 del Código Penal (art. 281 quáter) a un miembro de las Fuerzas Armadas, en razón de su función de resguardo de la seguridad pública. En el caso del homicidio, el art. 281 bis también crea un tipo calificado, bajo las mismas circunstancias y con la misma penalidad del inciso final del 416 de Carabineros, con la salvedad de que la primera circunstancia calificante quedó redactada de forma incompleta: “a) Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa”, faltando la segunda parte de la frase: “o cualquier otro tipo de beneficio para sí o para un tercero”.

En el caso de funcionarios de la Policía de Investigaciones, el art. 4° de la Ley N° 21.560, introduce modificaciones a su Ley Orgánica (Decreto Ley N° 2.460), en el mismo sentido de lo realizado respecto a Carabineros y Fuerzas Armadas, creando un homicidio calificado cuando la víctima es un Policía de Investigaciones de Chile, con pena de presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado (inc. final del art. 17 del Decreto Ley N° 2.460).

Finalmente, respecto de funcionarios de Gendarmería de Chile, a través del art. 5° de la Ley N° 21.560, se introducen modificaciones en el Decreto Ley N° 2.85, que fija su Ley Orgánica, en la misma forma que respecto a Carabineros, Fuerzas Armadas y Policía de Investigaciones, creando un homicidio calificado cuando la víctima es un gendarme, con idéntica pena (inciso final del art. 15A del Decreto Ley N° 2.859). Sin embargo, en el caso de Gendarmería, la tercera calificante (que para las otras instituciones era la “c) Si el imputado actúa con su rostro cubierto con el objeto de ocultar su identidad”); aquí es “c) Si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita”.

⁶ Los delitos de homicidio contra miembros de Carabineros de Chile habían aumentado su penalidad en virtud de la Ley N° 20.064, que “Aumenta las penas en los casos de delitos de maltrato de obra a carabineros con resultado de muerte o lesiones graves”, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2005.

3. *Extensión del ámbito de punibilidad de atentados contra funcionarios “en razón de su cargo”*

La Ley N° 21.560 también introdujo modificaciones respecto al ámbito de punibilidad de los delitos de homicidio, lesiones, mutilación y castración contra los funcionarios ya mencionados, cambiando la redacción en las respectivas normativas⁷, que señalaba que dichos delitos eran contra un funcionario “que se encontrare en el ejercicio de sus funciones”, por la frase: “en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones”. Esta modificación, en virtud del debate parlamentario registrado en la historia fidedigna de la ley, al parecer buscó ampliar el rango de aplicación de la normativa no solo a los casos en que estas personas estaban efectivamente ejerciendo sus funciones, sino también en “razón de su cargo”, es decir, “por el hecho de ser funcionario de estas instituciones”⁸.

Esta modificación se asemeja a la que introdujo la Ley N° 21.188 (Diario Oficial, 13 de diciembre de 2019), que “Modifica cuerpos legales que indica para proteger a los profesionales y funcionarios de los establecimientos de salud y a los profesionales, funcionarios y manipuladores de alimentos de los establecimientos educacionales”. Dicha norma crea el artículo 297 bis del Código Penal, señalando que se debe aplicar el grado máximo de las penas previstas, “Cuando las amenazas se hicieren contra los profesionales y funcionarios de los estableci-

⁷ Respecto de Carabineros, el art. 3° de la Ley N° 21.560 modifica los arts. del Código de Justicia Militar, destinados a sancionar a personas que maten (art. 416), hieran, golpeen o maltraten de obra (art. 416 bis), mutilen o castren, según el art. 395 y art. 396 del Código Penal (art. 416 ter) a un miembro de Carabineros de Chile. En el caso de la Policía de Investigaciones, el art. 4° de la Ley N° 21.560, modifica el Decreto Ley N° 2.460, sustituyendo tal frase en los artículos 17, 17 bis, y 17 ter. Con relación a Gendarmería de Chile, el art. 5° de la Ley N° 21.560 modifica el Decreto Ley N° 2.859, sustituyendo igual frase en los artículos 15A, 15B, 15C ter, que sancionan las mismas conductas contra gendarmes. En el caso de las Fuerzas Armadas, el art. 3°, inciso 5° de la Ley N° 21.560, agrega el art. 417 bis, nuevo: “Lo dispuesto en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 precedentes será también aplicable cuando las conductas tipificadas en dichas normas afecten a funcionarios de las Fuerzas Armadas o de los servicios de su dependencia que se encuentren desempeñando labores de control o restablecimiento del orden público interior”, con lo cual introduce también para el caso de las Fuerzas Armadas la expresión “en razón de su cargo”.

⁸ En la historia de la ley se pueden verificar observaciones como las siguientes: “El diputado señor Jorge Alessandri, enfatizó en la idea de que muchas veces las policías se les ataca o agrede en horas de descanso o días libres, en sus casas, o camino a sus hogares, justamente por su calidad de Carabinero, Policía de Investigaciones o Gendarme, entendiéndose además que el rol o función de estos es 24/7, por lo que sugirió no limitarlo a esa sola circunstancia”. “El diputado señor Jaime Araya, propuso la idea de expresar que la agresión se debe a propósito de que es policía, en razón de su cargo”. Véase, Historia de la Ley N° 21.560, pp. 18 y 19.

mientos de salud, públicos o privados, o contra los profesionales, funcionarios y manipuladores de alimentos de establecimientos educacionales, públicos o privados, al interior de sus dependencias o mientras éstos se encontraren en el ejercicio de sus funciones o en razón, con motivo u ocasión de ellas”. Lo que buscaba dicha iniciativa legal era que estos funcionarios estuvieran protegidos de acciones como, por ejemplo, que un usuario descontento con la atención amenazara a un funcionario, entendiéndose que la amenaza no necesariamente recaería sobre el mismo funcionario que lo atendió, sino contra cualquier funcionario, por “el hecho de ser tal”. Esta forma de legislación parece estar constituyendo auténticos “delitos de odio”. Estos delitos se caracterizan por dos elementos, la realización de un acto que constituya un delito tipificado en la legislación penal ordinaria (“delito base”) y que se cometa con un motivo de discriminación, esto es, “que el perpetrador, intencionalmente escogió su blanco para cometer el delito, y ese sujeto amenazado o atacado comparte alguna de las características que son protegidas por el ordenamiento jurídico (raza, religión, etnia, nacionalidad, etc.)”⁹.

Si bien es discutible la pertinencia de ampliar esta protección penal a situaciones que estén fuera del estricto ejercicio de las funciones policiales, lo cierto es que, si este era el propósito, la redacción elegida, “en razón de su cargo”, podría prestarse a confusión. Una redacción más clara habría sido la que entrega el art. 417 del mismo Código de Justicia Militar, que regula el delito de amenazas “a uno de los integrantes de Carabineros de Chile con conocimiento de su calidad de miembro de esa Institución, unidades o reparticiones”.

4. Restricciones al uso de penas sustitutivas y libertad condicional para delitos en contra de funcionarios policiales, de Gendarmería y Fuerzas Armadas

La Ley N° 21.560, en su art. 1°, imposibilita la aplicación de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216, en los delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería de Chile y de las Fuerzas Armadas y servicios de su dependencia.

Para ello, la Ley agrega los delitos antes referidos al listado de delitos consumados que ya contemplaba el inc. segundo del art. 1° de la Ley N° 18.216, y respecto de los cuales no procedía para sus autores la aplicación de penas sus-

⁹ SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación: los ‘delitos de odio’”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41 (2013), pp. 286 y 287.

titutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que son: a) Remisión condicional. b) Reclusión parcial. c) Libertad vigilada. d) Libertad vigilada intensiva. e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34. f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Este inciso también especifica la imposibilidad de aplicar el art. 33 de la misma ley, que establece que “el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva”, siempre que concurren una serie de requisitos que se detallan en el mismo artículo.

Una cuestión que llama la atención de la redacción de este artículo de la Ley N° 21.560 es la definición genérica que se hace de los “delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios”, no especificando de cuáles delitos se trata. Por lo tanto, hay que entender que la ley busca que los autores de cualquier delito consumado contra la vida y la integridad física de estos funcionarios, independientemente de su gravedad, estén imposibilitados de acceder a penas sustitutivas, lo que podría implicar problemas de proporcionalidad e igualdad ante la ley y futuros requerimientos de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional, en particular en los casos de simples delitos, como ha ocurrido con las modificaciones que en la misma línea introdujeron las Leyes N° 20.770 y N° 20.813.

Una segunda cuestión es que en el art. 1° se señala que: “... Tampoco procederá respecto de aquellos delitos contra la vida y la integridad física de funcionarios...” y luego establece “... tampoco procederá *respecto de los funcionarios de las Fuerzas Armadas...*”¹⁰, debiendo decir: “*respecto de los delitos contra los funcionarios*”, de lo contrario, cuando los funcionarios de las Fuerzas Armadas cometan delitos, cualesquiera sean estos, no podrán optar a penas sustitutivas.

Por otra parte, la Ley N° 21.560, en su art. 2°, modifica el Decreto Ley N° 321 que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad. El inc. tercero del art. 3° de dicho Decreto Ley enumera una serie de delitos que solo permiten postular a la libertad condicional habiendo cumplido dos tercios de la pena, y no la mitad, como señala la norma general del mismo Decreto Ley en su art. 1°.

Este inciso incluía solo los delitos de “homicidio de miembros de las policías, de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones”. Sin embargo, la Ley N° 21.560 amplía ese catálogo a las lesiones, mutilaciones y castraciones, contenidos en el Código de Justicia Militar y respectivas leyes orgánicas.

¹⁰ Las cursivas son propias.

5. Reglas particulares de determinación de penas para delitos contra funcionarios policiales que permiten agravar la penalidad

El art. 9° de la Ley N° 21.560 establece que en el caso de los delitos de homicidio, lesiones, castración y mutilación contra Carabineros de Chile, Policías de Investigaciones o de Gendarmería de Chile¹¹ (arts. 416, 416 bis y 416 ter del Código de Justicia Militar, 17, 17 bis y 17 ter de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones, y 15A, 15B y 15C de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile), no se considerará lo establecido en los arts. 65 a 69 del Código Penal y se aplicarán dos reglas. La primera, que “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”. De esta forma, se configura un marco rígido que no permite bajar de grado cuando existan varias atenuantes, sin agravantes. Como sabemos, este tipo de marco rígido comenzó a aplicarse en Chile con la Ley N° 20.770 (Ley Emilia), luego con la Ley N° 20.813, de control de armas y la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, entre otras.

La segunda regla es que, “tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del art. 12 del Código Penal (15. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena y 16. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie), 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”. Por lo tanto, en coherencia con el sentido de la primera regla, lo que se busca aquí es que las agravantes vinculadas a la reincidencia imposibiliten la aplicación del grado mínimo de la pena, agravando en forma muy significativa la penalidad.

6. Modificación del art. 140 del Código Procesal Penal en casos de delitos contra la vida o la integridad física de funcionarios policiales, gendarmes y de Fuerzas Armadas

El art. 6° inc. 3° de la Ley N° 21.560 modifica el art. 140 del Código Penal, específicamente con relación a las circunstancias que el tribunal deberá considerar para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la

¹¹ Estas reglas de determinación de penas no fueron consideradas para el caso de las Fuerzas Armadas.

seguridad de la sociedad. Allí se agrega, a las circunstancias que ya estaban consideradas, la siguiente: “cuando los delitos imputados consistieren en atentados contra la vida o la integridad física de miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile, funcionarios de las Fuerzas Armadas y de los servicios de su dependencia o de Gendarmería de Chile en razón de su cargo o con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, que tengan asignada una pena igual o superior a la de presidio menor en su grado máximo en la ley que los consagra”.

Esta disposición es muy probable que también dé origen a requerimientos de inaplicabilidad, al Tribunal Constitucional, ya que no parece razonable que, en el caso de simples delitos, los imputados queden en prisión preventiva por el hecho de que su libertad sea considerada un peligro para la sociedad, dado que esos delitos tradicionalmente tenían posibilidad de acceder a penas sustitutivas, aun cuando esta ley también modificó aquello.

7. Legítima defensa privilegiada para funcionarios policiales, gendarmes y de Fuerzas Armadas

Uno de los aspectos más debatidos de la Ley N° 21.560, tanto a nivel parlamentario como del mundo académico e institucional, ha sido la modificación que introduce el art. 7°, sobre lo que se ha denominado una “legítima defensa privilegiada” para los funcionarios a los que busca proteger. Para ello, agrega cuatro párrafos a los dos preexistentes en el numeral 6° del art. 10 del Código Penal.

El nuevo tercer párrafo establece una presunción legal de la concurrencia de las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° del art. 10, respecto de las policías, gendarmes y Fuerzas Armadas. Se estipula que “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”.

En el cuarto párrafo, se especifica que los numerales 4°, 5° y 6° se aplicarán respecto de estos funcionarios “ante agresiones contra las personas. De afectarse exclusivamente bienes, procederá la aplicación del número 10° del presente artículo”.

Luego, el quinto párrafo señala que: “Esta norma se utilizará con preferencia a lo establecido en el art. 410 del Código de Justicia Militar”.

Finalmente, el sexto párrafo indica que: “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”.

Son varios los aspectos que merecen comentarse sobre esta modificación, pero solo señalaremos¹² que la disposición no parece mejorar o dejar a los funcionarios en una posición más ventajosa de la que tenían antes de la ley, ya que la legítima defensa privilegiada que se introduce en el inc. 2° del numeral 6 encuentra luego una limitación en el inciso siguiente, ya que allí se establece que la legítima defensa debe restringirse a los atentados contra las personas, a diferencia de la legítima defensa que está regulada para cualquier ciudadano en el inc. primero del numeral 6°, que incluye una serie de delitos que no son contra las personas.

Por otra parte, la modificación introducida en el sexto párrafo, que señala al final, “salvo que concurra dolo”, resulta particularmente curiosa, toda vez que no parece posible pensar en la existencia de una legítima defensa “imprudente”.

8. *Modificaciones al delito de Apremios ilegítimos*

El art. 7° de la Ley N° 21.560 reemplaza los incisos primero y segundo del art. 150 D del Código Penal, por los siguientes:

“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”.

¹² Para una revisión detallada sobre las implicancias de la legítima defensa privilegiada y la legítima defensa en general, véase, TORRES, Angélica. “Legítima defensa de funcionarios policiales: reflexiones a partir de la ley ‘Naín-Retamal’”, en *Instituto de Ciencias Penales* (sitio web) (2023); TORRES, Angélica. “Legítima defensa propia de funcionarios policiales. Comentario sentencia caso ‘Malabarista de Panguipulli’”, en *Revista Ius et Praxis*, vol. 29, N° 1 (2023), pp. 276-288.

Esto implica tres modificaciones respecto del anterior art. 150 D. La primera es que introduce la frase: “en *incumplimiento de los reglamentos respectivos* actúe abusando de su cargo o que en el ejercicio de sus funciones, aplicare...”¹³. Es decir, la ley agregó un requisito típico, que consiste en que los apremios sean aplicados con infracción a reglamentos. Así, no basta con la conducta individualizada de aplicar apremios, sino que se requiere cumplir un requisito adicional, que es la infracción a los reglamentos. Por lo tanto, si esos reglamentos no existen, no se configuraría la conducta de apremios ilegítimos.

Una segunda modificación consiste en la introducción de un único requisito para la distinción entre apremios y tortura, que consiste en la “gravedad”. Anteriormente, el art. 150 D señalaba “... que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, *que no alcancen a constituir tortura*, será castigado...”. Ahora, el art. dice “...que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, *que no alcancen por su gravedad a constituir tortura*, será castigado...”¹⁴. Esto implica la restricción, para efectos de configurar la tortura, a un único criterio, pese a que la jurisprudencia nacional ya había avanzado en distinguir entre apremios y torturas con base en otros criterios como la finalidad o razón de discriminación y aspectos vinculados con la intencionalidad y el dolo¹⁵, en congruencia con los instrumentos internacionales y la doctrina sobre la materia.

La tercera modificación dice relación con el inciso segundo que alude a ciertas agravantes. Anteriormente señalaba que: “Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado”. El nuevo inciso segundo elimina la agravante específica que la persona se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público. Cabe señalar que, a la fecha, esta agravante se ha utilizado en 14 casos del 150 D con condena, ejecutoriados¹⁶.

¹³ Las cursivas son propias. La redacción previa de esta frase era: “El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare...”.

¹⁴ Las cursivas son propias.

¹⁵ Fiscalía Nacional, Ministerio Público. “Estudio de Jurisprudencia sobre la Ley N° 20.968. Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y vejaciones injustas en el Código Penal chileno” (2022), pp. 54-67. El estudio señala que, entre el 22 de noviembre de 2016 y el 22 de noviembre de 2022, existen 52 sentencias condenatorias por el 150 D, de un total de 62 sentencias ejecutoriadas, p. 10.

¹⁶ TOP Osorno, RIT 19-2021, RUC 1810016273-K; 2° TOP Santiago, RIT 251-2021, RUC 1900982430-0; 10° JG Santiago, RIT 152-2021, RUC 2000760871-4; 6° TOP Santiago, RIT 355-

9. Calidad de víctimas o testigos de funcionarios en casos de legítima defensa privilegiada y restricción de la aplicación de algunas medidas cautelares

La Ley N° 21.560 también introduce modificaciones en materia procesal. La primera de ellas, a través de su art. 6°, agrega un inciso final al artículo 7° del Código Procesal Penal, estableciendo que en las investigaciones iniciadas por el Ministerio Público a los funcionarios sujetos de esta ley, que se encuentren “en el caso previsto en el párrafo tercero del numeral 6° del artículo 10 del Código Penal, serán considerados como víctimas o testigos, según corresponda, para todos los efectos legales, a menos que las diligencias permitan atribuirles participación punible. En este último caso adquirirán la calidad de imputado, y podrán hacer valer las facultades, derechos y garantías propias de éste”.

La modificación es especialmente problemática. Primero, porque altera la racionalidad del debido proceso, atribuyéndole al funcionario roles de víctima o testigo de manera artificiosa. Segundo, porque podría perjudicar a los mismos funcionarios respecto de los cuales se legisló para reforzar su protección. Dada la posición pasiva que ocupa el imputado en el proceso penal, este es titular de una importante cantidad de derechos y garantías, previstas tanto en la legislación nacional como internacional, y que tienen por objeto justamente proteger a las personas imputadas dentro de un proceso penal dirigido en su contra. Estos derechos y garantías no les son reconocidos a testigos o víctimas. Por lo tanto, la modificación termina restringiendo y limitando importantes derechos para los funcionarios que estén en la hipótesis que el inciso en cuestión dispone, como el derecho a guardar silencio, a ser asistidos y representados por un letrado, a conocer los antecedentes de la carpeta investigativa, entre otros.

El nuevo inciso, reseñado anteriormente, resulta además particularmente contradictorio en relación con la segunda modificación que realiza el art. 6° de la Ley N° 21.560 en su inc. segundo, que incorpora un art. 124 bis en el Código Procesal Penal, el cual establece que respecto de los funcionarios que se encuentren en la misma hipótesis anterior (párrafos tercero y final del numeral 6 del art. 10 del Código Penal) “no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre

2021, RUC 2000778950-6; TOP Iquique, RIT 266-2021, RUC 1900684927-2; TOP Angol, RIT 4-2018, RUC 1710023072-0; TOP Arica, RIT 176-2022, RUC 1901155205-9; TOP Temuco, RIT 40-2022, RUC 1710038798-0; 6° TOP Santiago, RIT 56-2022, RUC 1900275115-4; TOP Angol 9-2022, RUC 1900987192-9; TOP Arica, RIT 83-2019, RUC 1700080361-8; TOP Cauquenes, RIT 12-2020, RUC 1700549833-3; TOP Los Ángeles, RIT 3-2021, RUC 1800316052-8; TOP Antofagasta, RIT 348-2022, RUC 1910016287-6. Información proporcionada por la Unidad Especializada en Derechos Humanos de la Fiscalía Nacional, 16.06.2023.

la libertad del imputado, con excepción de la citación y las medidas cautelares previstas en los literales d) y g) del artículo 155¹⁷. Lo anterior no será aplicable si en el curso de la investigación surgen antecedentes calificados que justifiquen la existencia de un delito”.

La redacción del artículo es bastante desafortunada, ya que si los funcionarios son considerados como víctimas o testigos no existirá la posibilidad de aplicarles medidas cautelares. Y, por otra parte, nunca se pueden aplicar cautelares si no hay antecedentes calificados que justifiquen la existencia de un delito.

10. Ampliación de facultades policiales en control preventivo de identidad

Otra de las modificaciones en materia procesal que realiza la Ley N° 21.560, en su art. 11°, está referida al art. 12 de la Ley N° 20.931, sobre el denominado control preventivo de identidad.

Se intercala un inciso segundo que establece que “Carabineros de Chile, en el marco de sus labores de supervigilancia de las normas de la Ley N° 18.290, del Tránsito, podrá realizar controles preventivos de los ocupantes de un vehículo motorizado. En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales podrán realizar registros al interior de los maleteros o portaequipajes del respectivo vehículo o en uno de tracción animal”.

También se agrega, en el actual inciso cuarto que pasa ser inciso quinto, el texto: “Con igual pena se sancionará a aquel que impida u obstaculice la realización del registro a que alude el inciso segundo. Con todo, ante dicho impedimento u obstaculización, el funcionario policial estará facultado para efectuar compulsivamente el registro mediante el empleo de los medios necesarios y racionales para dicho fin”.

De esta forma, la Ley N° 21.560 amplía el control preventivo de identidad del art. 12 de la Ley N° 20.931, permitiendo realizar registros en los automóviles sin necesidad de indicios. Lo curioso es que este registro quedó restringido solo “al interior de los maleteros o portaequipajes del respectivo vehículo o en uno de tracción animal”.

La ampliación del control preventivo de identidad supone retrotraernos a las antiguas discusiones que generó el establecimiento del art. 12 en el año

¹⁷ Las medidas cautelares referidas del art. 155 son: d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

2016, y, anterior a ello, la modificación del art. 85 del Código Procesal Penal, a través de la Ley N° 19.789 del año 2002. Entre otros, Duce y González señalaron la relevancia de que una ampliación de las facultades discrecionales de la policía estuviera acompañada de eficientes mecanismos de control y una adecuada capacitación a los funcionarios policiales, de modo tal que la eficacia policial no apareciera reñida con el respeto a las garantías individuales¹⁸. Se suma a ello, en la actualidad, la falta de evidencia nacional respecto a la mejora que, respecto del control del delito y la persecución penal, pueda tener este tipo de controles y, por el contrario, la existencia de estudios que muestran que estos controles atentan contra las garantías fundamentales de las personas, como el derecho a la intimidad, la privacidad y la igualdad y no discriminación¹⁹.

11. Consecuencias de sumarios administrativos en contra de funcionarios

La Ley N° 21.560 establece una serie de resguardos para los funcionarios policiales y de Gendarmería, en el caso de ser objeto de sumarios administrativos por haber hecho uso, en el ejercicio de su cargo o con ocasión de éste, “de su arma de servicio, armamento menos letal o elementos no letales, para rechazar alguna violencia o vencer la resistencia contra la autoridad”²⁰.

En estos casos, el funcionario “no podrá ser separado de sus funciones ni ver afectada su remuneración, mientras no concluya la investigación administrativa respectiva. Lo anterior, sin perjuicio de las facultades de la autoridad respec-

¹⁸ DUCE, Mauricio y GONZÁLEZ, Felipe. “Policía y Estado de derecho: problemas en torno a su función y organización”, en *Revista Pena y Estado, policía y sociedad democrática*, N° 3 (1998), p. 60.

¹⁹ Véase, DUCE, Mauricio y LILLO, Ricardo. (2020). “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 33, pp. 167-203; IRARRAZAVAL, Paz. “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”, en *Revista Política Criminal*, vol. 10, N° 19 (2015), pp. 234-265; OLIVER, Guillermo. “Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 51 (2018), pp. 35-67.

²⁰ En el caso de Carabineros de Chile, el art. 8° inciso 2° de la Ley N° 21.560 modifica la Ley N° 18.961, agregando un inciso final en el art. 84 bis. Con relación a los policías de Investigaciones, el art. 4° inciso 1° de la Ley N° 21.560 agrega los incisos octavo y noveno al art. 7° quáter del Decreto Ley N° 2.460, con idéntica redacción que el caso de Carabineros. Y lo mismo para gendarmes, respecto de quienes el art. 5° inciso 1° de la Ley N° 21.560 introduce los incisos tercero y cuarto al art. 13 del Decreto Ley N° 2.859.

tiva para ordenar el desarrollo de labores distintas a las policiales mientras tal investigación se desarrolle”.

Los artículos 14° y 15° de la Ley N° 21.560 también establecen que los miembros de las policías, Gendarmería de Chile y de las Fuerzas Armadas, en labores de orden público que se encuentren en el caso previsto en el párrafo tercero del numeral 6° y en el numeral 10° del art. 10 del Código Penal, “no podrán ser objeto de medidas disciplinarias que impliquen el licenciamiento temporal, la baja temporal, el retiro temporal u otra medida equivalente que implique una privación total o parcial de la remuneración o un cese, aun cuando sea temporal, del empleo que sirve en la respectiva institución, mientras no concluya el respectivo sumario administrativo. Lo anterior es sin perjuicio de las facultades de la autoridad respectiva para ordenar, por resolución fundada, el desarrollo de labores distintas a aquellas por las cuales se inició el respectivo procedimiento disciplinario”.

Estas modificaciones representan un reforzamiento al principio de inocencia que debe prevalecer en toda investigación no solo penal sino también administrativa, por lo que parece correcto que, mientras no se demuestre la responsabilidad de los funcionarios a través de procedimientos administrativos y/o penales, no se les suspenda de sus funciones ni prive de su remuneración. Durante el debate legislativo se argumentó en varias ocasiones que este tipo de prácticas efectivamente se producían en las respectivas instituciones, aun cuando no se entregaron evidencias ni datos concretos que lo avalaran. Es relevante también que se dejara estipulada la facultad de la respectiva autoridad de ordenar el desarrollo de labores distintas a aquellas por las cuales se inició el respectivo procedimiento disciplinario, en especial en el caso de Gendarmería de Chile, donde las especiales características que supone la situación de privación de libertad y la eventual cercanía entre los involucrados podría constituir un riesgo para la seguridad de éstos.

12. Elementos de protección para funcionarios

Los artículos 8° inciso 1° y 4° inciso 5° de la Ley N° 21.560 introducen modificaciones a las leyes orgánicas de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones, agregando que, en el ejercicio de sus funciones, éstos serán provistos “de capacitación, equipo y armamento adecuado para su cumplimiento, y para el resguardo de su vida e integridad personal, la de terceros y para cumplir con ellas”.

La introducción de estas obligaciones resulta positiva, toda vez que la evidencia señala que este tipo de políticas institucionales pueden ser especialmente

significativas, no solo para asegurar la protección de los funcionarios, sino también la eficacia de su labor policial y la adecuación de su labor al marco legal y al respeto de los derechos fundamentales de terceros²¹.

En ese sentido, llama la atención que las modificaciones realizadas solo incluyan a Carabineros y Policía de Investigaciones, no considerando a los funcionarios de Gendarmería de Chile, que también requieren de capacitación, equipo y armamento adecuado.

II. ORIENTACIÓN POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LEY N° 21.560, “NAÍN RETAMAL”

La evaluación político-criminal de una legislación implica considerar diversas perspectivas y parámetros para abordarla. Esa pluralidad es importante, porque permite alejarse de lógicas dicotómicas que a veces oscurecen los matices que suelen estar presentes²². Las leyes son el resultado de procesos complejos que combinan aspectos políticos y técnicos, que se configuran en escenarios temporales diversos, con mayor o menor influencia de acontecimientos mediatos e inmediatos. Indagar en esos procesos de “producción de leyes” implica ir más allá del texto legal y escudriñar en las intersecciones del debate legislativo con el contexto social más amplio²³. Así también, las leyes no son instrumentos aislados, sino que son parte de entramados normativos que es preciso revisar y conectar, ya que aportan también a entender sus sentidos, congruencias y contradicciones. Por lo tanto, dada la complejidad de la tarea, no es posible realizar en un espacio acotado un análisis acucioso de la legislación que nos ocupa, por lo que solo se aspira a entregar un panorama general, a partir de tres enfoques que resultan pertinentes para ello: el puni-

²¹ Barros, estudiando la visión de los propios detectives respecto de su labor policial, señala que algunas de las cuestiones claves para mejorar esta, es la disponibilidad de más recursos materiales y de infraestructura, y más y mejores instancias de capacitación. BARROS, Luis. *Labor policial e investigación criminal. La visión de los detectives*. Santiago: RIL Editores-CESC (2006). Martínez señala que la política sobre uso de la fuerza no debe agotarse en la determinación del marco jurídico sobre la justificación de su empleo, sino que la obligación se extiende a la necesidad de traducir aquel marco en orientaciones operativas, manuales de procedimientos, entrenamiento y equipamiento para lograr una preparación idónea. MARTÍNEZ, Fernando. *Uso de la fuerza. Documento de Trabajo N° 4*. Serie Documentos. Santiago: CESC (2019).

²² FERNÁNDEZ, José Ángel y GONZÁLEZ, Claudio. “¿Cuál es el modelo político criminal en Chile?”, en *Revista Política Criminal*, vol. 17, N° 33 (2022), p. 294.

²³ GARLAND señala que “el castigo penal forma parte de una cultura más amplia que lo moldea y a su vez es moldeada por este”. GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores (1999), p. 26.

tivismo y el modelo de la seguridad ciudadana, el garantismo y los derechos humanos, y el populismo penal²⁴.

1. La Ley N° 21.560 a la luz del punitivismo y el modelo de la seguridad ciudadana

En sus primeros cien años de vigencia (1874-1974), el Código Penal chileno experimentó no más que 38 modificaciones²⁵. Entre 1973 y 1990, la dictadura militar tampoco tuvo un foco de especial interés en la producción de legislación penal²⁶. A partir de la década de 1990, en cambio, se ha producido una cantidad muy significativa de leyes penales. Estas modificaciones también han alcanzado a los aspectos procesales. Luego de la reforma procesal penal y hasta el 2017, se han producido más de 106 reformas al Código Penal y 30 al Código Procesal Penal²⁷.

Este crecimiento de la legislación penal constituye un panorama heterogéneo donde es posible apreciar procesos de descriminalización, atenuación penal, diversificación, criminalización e intensificación penal. Pero son estos últimos los que han proliferado en forma mayoritaria, constituyendo uno de los rasgos más característicos de nuestra evolución penal reciente²⁸.

²⁴ Fernández y González proponen nueve indicadores político-criminales para analizar los sistemas penales. Señalan que la política criminal chilena se puede reconstruir a partir de tres grandes modelos, ideologías o paradigmas: el garantista, el bienestarista y el de seguridad ciudadana, pero, a su juicio, es importante distinguir subindicadores que permitan un análisis más pormenorizado. FERNÁNDEZ y GONZÁLEZ. “¿Cuál es el modelo político criminal...?”, ob. cit., pp. 295-296.

²⁵ DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Evolución histórica del derecho penal chileno*. Valparaíso: Edeval (1991), p. 78.

²⁶ MATUS, Jean Pierre. “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, en *Revista Política Criminal*, vol. 5, núm 9. (2010), p. 188; HERNÁNDEZ, Héctor. “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo: Ensayo de balance y perspectivas”, en *Revista Persona y Sociedad*, vol. 18, N° 2 (2004), p. 231.

²⁷ DÍAZ, Francisca. *Tendencias político-criminales en las reformas realizadas al Código penal y Código procesal penal desde la reforma procesal penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile (2017).

²⁸ Véase, MATUS, Jean Pierre. “Evolución del Derecho penal chileno en el siglo XXI: Democratización, diversificación, intensificación e internacionalización de la respuesta penal”, en *Revista Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, N° 7 (2014), pp. 24-76; MORALES, Ana María. “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, en *Revista Política Criminal*, vol. 7, N° 13 (2012), pp. 94-146; FERNÁNDEZ, José Ángel. “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”, en *Revista Política Criminal*, N° 1 (2006), pp. 1-30; NILO, Joaquín. “Normativa sustantivo-penal durante los

Esta intensificación penal asume formas diversas y se aplica a delitos muy distintos entre sí, pero se traduce, finalmente, en un aumento –al menos en el texto legal– del uso de la pena privativa de libertad. Las nuevas leyes hacen acreedores de la pena de cárcel a nuevos delitos, extienden el tiempo de la privación de libertad, imposibilitan su reemplazo por penas sustitutivas, limitan el acceso a la libertad condicional y acotan o rigidizan el marco de determinación de penas generalmente hacia los rangos superiores, limitando la discrecionalidad judicial. El resultado de todas estas modalidades siempre es el mismo, “más cárcel”.

La intensificación de la pena a nivel de la legislación penal también se evidencia en otros países de la región²⁹, y sería parte de un proceso más amplio asociado a la noción de *punitividad* o *punitivismo*. La mayoría de los autores coinciden en que estaríamos frente a un aumento excepcional de la punitividad³⁰.

La Ley Naín Retamal no constituye una excepción a esta tendencia político-criminal. Por el contrario, podríamos afirmar que se convierte en una ley paradigmática en el caso nacional, ya que recurre a todos estos mecanismos de agravación penal a lo largo de su articulado. ¿Lo anterior transforma a la Ley N° 21.560 en una ley punitiva o punitivista? Para responder aquello es preciso revisar brevemente estos conceptos.

Christie ha señalado que la punitividad es el dolor o sufrimiento producido por el sistema penal³¹. Otros la definen como “las prácticas y políticas en contra del delito que buscan intensificar el dolor asociado al castigo, intensificando su severidad y/o duración, o incrementando su aplicación”³². Esta última parece ser justamente la distinción conceptual entre la punitividad y el punitivismo, donde este último quiere remarcar la característica de agravación, aumento y, en definitiva, “exceso de lo punitivo”. Desde ese punto de

gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos. Chile: ¿un caso de expansión o intensificación del Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13 (2010), pp. 253-291.

²⁹ SOZZO, Máximo. *La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 - 2015)*. Buenos Aires: Café de las Ciudades (2017).

³⁰ FROST, Natasha. “The mismeasure of punishment: Alternative measures of punitiveness and their (substantial) consequences”, en *Punishment and Society*, vol. 10, N° 3 (2008), pp. 277-300; SOZZO, Máximo. “Castigo legal, descivilización y populismo penal. Entrevista a John Pratt”, en *Revista Delito y Sociedad*, vol. 1, N° 31 (2016), pp. 133-140; TONRY, Michael. “Determinants of penal policy”, en Tonry, Michael (ed.). *Crime, punishment and politics in comparative perspective*, en *Crime and Justice*, vol. 36 Chicago: The University of Chicago Press (2007).

³¹ Véase, CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. London: Sage (1982).

³² BECKETT, Katherine y SNODGRASS, Angelina. “Poder, política y penalidad. La punitividad como reacción en las democracias americanas”, en *Revista Delito y Sociedad*, N° 33 (2012), p. 14.

vista, el punitivismo está vinculado con la justicia expresiva³³, que explota la potencialidad simbólica y comunicativa de la ley penal, para conectar con las emociones que provoca el delito en la ciudadanía y en las víctimas, en especial la rabia y el miedo³⁴.

El punitivismo es, a su vez, la principal característica del modelo de seguridad ciudadana³⁵, ya que los gobiernos de diversas tendencias políticas e ideológicas suelen responder a la inseguridad objetiva y subjetiva con políticas punitivistas³⁶. En esta línea, el punitivismo se asocia con el eficientismo, esto es, las demandas y respuestas punitivistas no obedecen simplemente a un sentimiento de venganza irracional por parte de ciudadanos y elites políticas y gubernamentales. Nacen también de la convicción (errada o no) que el derecho penal es un instrumento preventivo eficaz y de primer orden, que parece ser una respuesta más certera, inmediata e instantánea frente al problema de la criminalidad, en especial en comparación con estrategias de mediano y largo plazo que apuntan a causas profundas, de costos elevados, de difícil implementación y de resultados inciertos.

Ahora bien, las leyes penales son siempre, y por naturaleza, punitivas. El punto es el grado o nivel de punitividad. Una ley que intensifica la penalidad que ya existía sobre uno o más delitos, como es el caso de la Ley Nain Retamal, es por definición más punitiva que su precedente, al menos en su texto. Pero el aumento o la intensificación de la punitividad no implica necesariamente que se trate de una ley *punitivista*. Eso implicaría pensar que las leyes penales son inamovibles y que cada vez que una ley penal propone una intensificación penal, estamos en presencia de *punitivismo*. Matthews afirma que no todas las legislaciones que aumentan la penalidad constituyen necesariamente un castigo desproporcionado o excesivo, algunas pueden responder legítimamente a conceptos cambiantes acerca de lo que es apropiado o lo que merece reproche en una determinada época y sociedad³⁷.

³³ Véase, GUTIÉRREZ, Mariano (comp.) *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires: Ed. Fabián Di Plácido (2011).

³⁴ Véase, PRATT, John. *Castigo y civilización*. Buenos Aires: Gedisa (2006).

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, (2005), pp 7-14.

³⁶ ISLA, Pablo. “Seguridad ciudadana y discursos de control en Chile: Análisis de las políticas públicas durante los tres primeros gobiernos pos-dictadura”, en *Revista Estudios de Políticas Públicas*, vol. 3, N° 2 (2017), pp. 40-63.

³⁷ MATTHEWS, Roger. “El mito de la punitividad”, en *Revista Delito y Sociedad*, N° 28 (2009), pp. 4-18.

O'Malley ofrece otro criterio, la mayor punitividad de una legislación puede evaluarse en relación con sus justificaciones³⁸. En ese sentido, los fines del derecho penal (normativamente establecidos o socialmente atribuidos) pueden ser un parámetro para examinar el mayor o menor punitivismo de una norma. Los fines de retribución, incapacitación o disuasión son considerados más punitivos que los de restauración, rehabilitación o reinserción³⁹.

Junto con esto, una ley punitivista implicaría una desviación con respecto al principio de proporcionalidad⁴⁰, por ejemplo, en la comparación con el nivel de penalidad que tiene el resto de los delitos en un determinado ordenamiento jurídico.

A la luz de lo anterior, podemos afirmar que la Ley Naín Retamal responde a varios de los criterios de una ley punitivista. No solo establece un aumento muy significativo de la penalidad a los delitos contra los funcionarios sujetos de protección, sino que, en virtud del marco rígido, dicha penalidad se intensifica al nivel de las penas más altas que considera nuestro ordenamiento jurídico. Si comparamos estas penas, por ejemplo, con aquellas que están dispuestas para los delitos contra fiscales y defensores en la Ley N° 20.236 (D.O. 27.12.2007), la penalidad no solo es más alta en virtud del marco rígido, sino que el tipo de homicidio calificado y la extensión de la punibilidad “en razón de su cargo” no existe para el caso de los fiscales y defensores.

Por otra parte, las justificaciones del aumento de penalidad, tanto en la historia fidedigna de la ley⁴¹ como las que se deducen a partir de la imposibilidad de acceder a penas sustitutivas y restringir la libertad condicional, dicen relación fundamentalmente con una expectativa sobre el carácter disuasivo de la penalidad asociada a estos delitos. En ningún momento se aludió, por ejemplo, a la posibilidad o necesidad de reparación o reinserción social de los eventuales condenados.

En tercer lugar, la imposibilidad de acceder a penas sustitutivas y de restringir la libertad condicional, así como el considerar para efectos de la aplicación de la cautelar de prisión preventiva que la libertad del imputado por atentados contra la vida o la integridad física de los funcionarios resulta peligrosa para la

³⁸ O'MALLEY, Pat. “Volatile and contradictory punishment”, en *Theoretical Criminology*, vol. 3, N° 2 (1999), pp. 175-96.

³⁹ ADRIAENSEN, An & AERTSEN, Ivo. “Punitive attitudes: Towards an operationalization to measure individual punitivity in a multidimensional way”, en *European Journal of Criminology*, vol. 12, N° 1 (2015), pp. 92-112.

⁴⁰ MATTHEWS, Roger. “El mito de la punitividad”, ob. cit., p. 10.

⁴¹ Véase, Historia de la Ley N° 21.560, especialmente, pp. 3-4 y pp. 6-41.

seguridad de la sociedad, vulnera el principio de proporcionalidad e igualdad ante la ley, en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico nacional, al menos respecto de los simples delitos.

Finalmente, cabe enfatizar que la ley en comento reproduce una tendencia que ya se había instalado en nuestra legislación penal, cual es la de restringir las penas sustitutivas en determinados delitos o bajo ciertas circunstancias, y que ha seguido reproduciéndose sistemáticamente. Estas modificaciones –a las que se suma la Ley N° 21.560– constituyen auténticas contrarreformas⁴², que retroceden respecto a los fundamentos y fines que inspiraron la Ley N° 18.216 sobre la base de la evidencia criminológica comparada y nacional, que señala la conveniencia de utilizar penas alternativas a la cárcel, dadas sus ventajas en cuanto a las posibilidades de reinserción social, la evitación del contacto intracarcelario con pares delictivos y su ventajas costo-beneficio⁴³. De este modo, la Ley N° 21.560 demuestra, una vez más, que la pena privativa de libertad sigue teniendo en nuestra configuración penal una centralidad absoluta, y que el desafío de avanzar hacia un estatuto robusto de penas auténticamente “distintas e independientes de la cárcel”⁴⁴ parece alejarse cada vez más, aun cuando la evidencia criminológica también es conteste en afirmar que el aumento de la duración de la pena de cárcel no tiene efectos disuasorios sobre la conducta delictiva⁴⁵, a la vez de producir efectos dramáticos en la salud física y mental de las y los privados de libertad⁴⁶.

⁴² SALINERO, Sebastián y MORALES, Ana María. “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 52 (2019), p. 30.

⁴³ Véase, MORAGA, Gabriel; MORALES, Ana María; FÁBREGA, Jorge y SALINERO, Sebastián. “Impacto de la reforma a las sanciones no privativas de la libertad en Chile”, en *Journal of Quantitative Criminology*, junio (2022), pp. 1-23; VILLETAZ, Patric; KILLIAS, Martin & ZODER, Isabel. “The effects of custodial vs. non-custodial sentences on re-offending: a systematic review of the state of knowledge”, en *Campbell Systematic Reviews*, vol. 2, N° 1 (2006), pp. 1-69; PETERSILIA, Joan. “Libertad condicional y reingreso de prisioneros en los Estados Unidos”, en *Prisons*, vol. 26 (1999), pp. 479-529.

⁴⁴ “El concepto de sustitutivas o alternativas no resulta adecuado, por cuánto giran en torno a la prisión como castigo central, con lo que lejos de desplazarla como una opción más, vuelve a adquirir centralidad y las alternativas se vuelven secundarias o derivadas”. JIMÉNEZ, M. Angélica y SANTOS, Tamara. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?”, en *Revista Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, N° 1 (2010), p. 237.

⁴⁵ CHALFIN, Aarón & McCrARY, Justin. “Disuasión criminal: una revisión de la literatura”, en *Revista de Literatura Económica*, vol. 55, N° 1 (2017), pp. 5-48.

⁴⁶ LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd. (eds.) *The effects of Imprisonment*. New York: Willan Publishing (2005).

2. La Ley N° 21.560 a la luz del garantismo y los derechos fundamentales

El garantismo penal se caracteriza por un derecho penal mínimo que establece fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo estatal, a través de garantías penales sustantivas y procesales. Para éste, el derecho penal es concebido como un instrumento de minimización de la violencia en la sociedad (la violencia de los delitos y de las penas), que protege a los más débiles y que es un instrumento de garantía de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, en un Estado de derecho democrático⁴⁷. En ese sentido, el garantismo es consonante con procesos de descriminalización y con reservar el poder punitivo prioritariamente para la protección de los bienes jurídicos más valiosos, en clave de *ultima ratio*⁴⁸.

En esta línea, el punitivismo, en su vertiente eficientista, ve en el garantismo un obstáculo para la eficacia de la ley penal y sus –prometidos– efectos disuasivos y preventivos. Y en su vertiente expresiva, percibe un desprecio hacia el dolor y el deseo de justicia de las víctimas⁴⁹. Por su parte, el garantismo observa en el punitivismo una amenaza y presión por relajar las garantías ciudadanas, que son subvaloradas en virtud del problema de la inseguridad pública, así como un auténtico proceso descivilizatorio de la mano de la retórica victimizante⁵⁰.

A la base del anhelo parlamentario que dio origen a la Ley Naín Retamal, se vislumbra esta tensión político-criminal que quedó en evidencia muy tempranamente cuando se implementó la reforma procesal penal en Chile. Cabe recordar que, a dos años de vigencia de este Código, en 2002, su primera gran reforma fue la Ley N° 19.789 que modificó las disposiciones del artículo 85 referido al control de identidad. El propósito de aquella ley fue principalmente ampliar las facultades policiales, lo que se tradujo en tres aspectos: permitir una revisión mucho más intrusiva a la libertad de las personas, aumentar el plazo del procedimiento de control de identidad –que se extendió de cuatro a

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta (2018).

⁴⁸ CARNEVALI, Raúl. “Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 1 (2008), pp. 13-48.

⁴⁹ HANCOCK, Lynn. “Criminal Justice, Public Opinion, Fear and Popular Politics”, en J. MUNCIE, J. & WILSON, D. (eds.). *The Cavendish Student Handbook of Criminal Justice and Criminology*. London: Cavendish (2004), pp. 51-66.

⁵⁰ PRATT, John. “Towards the ‘Decivilizing’ of Punishment”, en *Social and Legal Studies*, vol. 7, N° 4 (1998), pp. 487-515.

seis horas— y ampliar la cobertura delictiva que era objeto de control policial, sumando al crimen y al simple delito las faltas que estaban ausentes en la normativa anterior. Junto con las modificaciones al art. 85, la Ley N° 19.789 también modificó las disposiciones del art. 134 referido a las citaciones en casos de flagrancia, ampliando la posibilidad de detención a supuestos constitutivos de faltas.

Ya en ese entonces Carabineros esgrimía que, al habérseles disminuido y limitado sus facultades en materia de detención por flagrancia, no estaban en condiciones de ejercer eficazmente esta función⁵¹. En ese momento, algunos autores percibían en este cambio una contrarreforma y un riesgo para la línea garantista del modelo procesal penal al “relajar las formalidades que debe cumplir el órgano policial cuando se trata de actuaciones que perturban o afectan derechos fundamentales”⁵².

Así, tempranamente, la reforma procesal penal debió sortear la pugna entre el garantismo y el eficientismo. Esa tensión ha permanecido durante todos estos años y cada cierto tiempo surgen coyunturas que la agudizan. Si bien no ha logrado remover las bases fundantes del sistema procesal penal, el riesgo es latente y además emergen nuevas manifestaciones que también constituyen amenazas, como el gerencialismo⁵³ y la justicia negociada⁵⁴. En este contexto, las instituciones policiales han sido uno de los focos más importantes de esa tensión, en especial, porque, junto con el ámbito de la ejecución penal y Gendarmería de Chile, no fueron objeto de un proceso de reforma que adecuara su reglamentación y sus prácticas a las exigencias del proceso democratizador y a las complejidades crecientes del control de la criminalidad, el resguardo del orden público, y —en el caso de Gendarmería— a la custodia de las personas privadas de libertad.

En los años recientes, la evidencia más cruda de esa debilidad —en especial en el caso de Carabineros— tuvo lugar con el estallido social y las graves vulneraciones a los derechos humanos cometidas en el contexto de las pro-

⁵¹ JIMÉNEZ, M. Angélica; SANTOS, Tamara y MEDINA, Paula. *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*. Santiago: Editorial Andros (2011). p. 223.

⁵² HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2002), p. 598.

⁵³ GONZÁLEZ, Claudio. “El new public management en las reformas al sistema de justicia criminal en Latinoamérica. El caso de Chile”, en TORRES, Rodrigo (ed.). *Realidades y perspectivas de jóvenes investigadores. Nuevas fronteras de investigación*. Actas Coloquios EchFrancia, N° 7 (2015), pp. 79-99.

⁵⁴ OLIVER, Guillermo. “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 46, N° 2 (2019), pp. 451-475.

testas y manifestaciones⁵⁵. Estas situaciones llevaron a reactivar y generar nuevos diagnósticos, propuestas e instancias de trabajo que han buscado la implementación de cambios estructurales a Carabineros de Chile⁵⁶. Tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo han creado comisiones *ad hoc* con participación de autoridades políticas, académicos expertos y representantes de las diversas instituciones involucradas. En general, hay un cierto consenso sobre los aspectos medulares de la transformación que se necesita, y que dice relación con la necesidad de potenciar una cultura institucional apropiada para el Estado democrático y los derechos humanos; la profesionalización de la labor policial (cambios en los procesos de formación inicial, capacitación y especialización continuas, modernización en técnicas avanzadas en control, vigilancia, persecución e investigación policial, etc.); y la transparencia y efectividad públicamente verificable.

En este contexto de grandes desafíos institucionales, la Ley Naín Retamal no parece constituir un instrumento que aporte en esta dirección. Los cambios que introduce en relación con aspectos como el control preventivo de identidad, los apremios ilegítimos y la legítima defensa privilegiada pueden dar a lugar a retrocesos y a la generación de nuevas tensiones en lo que se refiere a los fines garantistas y a la adecuación de la función policial al marco del respeto por los derechos fundamentales.

La evidencia científica señala, en esta materia, que es necesario combinar la regulación sobre el uso de la fuerza con el entrenamiento sistemático, “el desarrollo de la institución policial en materia de uso de la fuerza requiere la existencia de reglas claras y transparentes para la evaluación y control de la conducta funcionaria, no sólo para aquellos casos en que el uso de la fuerza aparezca injustificado o excesivo, sino para la revisión permanente de todas las situaciones que ameriten empleo de la fuerza, sobre todo aquellas vinculadas a

⁵⁵ Véase, INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual situación de los derechos humanos en Chile en el contexto del estallido social*. 17 de octubre-30 de noviembre 2019. Santiago: INDH (2019); Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Situación de derechos humanos en Chile*. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II (2022).

⁵⁶ Véase, entre otros, GONZÁLEZ, Adolfo. *Carabineros de Chile: ¿modernización o reforma?*. Santiago: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile. (2020); DUCE, Mauricio y DAMMERT, Lucía. *Propuestas para iniciar un proceso de reforma a Carabineros de Chile*. Santiago: Fundación Espacio Público (2019); Consejo Asesor Reforma Carabineros. *Consejo de reforma a Carabineros*. (2020). Disponible en: https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/52/fe/52fe7434-e81b-48b9-b314-79cd56ce134f/consejo_carabineros_v2.pdf; Comisión para la Reforma. *Propuesta de reforma a Carabineros de Chile*. (2020). Disponible en: https://reformapolicias.interior.gob.cl/media/2022/08/20200129_Propuesta-de-la-Comisio%CC%81n-de-Reforma-a-Carabineros-VFF.pdf.

la utilización de armas de fuego. Se trata, en definitiva, de que exista un sistema de responsabilización policial (*police accountability*) que alcance las materias propias del uso de la fuerza, no solo para efectos de sanción, sino también de orientación y estímulo respecto de su buen uso o de su no utilización, cuando las circunstancias lo aconsejen⁵⁷. Asimismo, se requiere fortalecer la justicia procedimental, para dotar a la policía de niveles crecientes de legitimidad. “Si las personas consideran que el trato que reciben de las fuerzas de orden no es adecuado ni justo, las percepciones de legitimidad de estas mismas fuerzas bajan, lo que conlleva una mayor justificación de la violencia para el cambio social (desde la parte de manifestantes) y menos justificación de la violencia para mantener el orden social (desde la policía), potenciando con ello la intensificación del ciclo de violencia”⁵⁸.

3. La Ley N° 21.560 a la luz del populismo penal

Populismo penal es un concepto cada vez más utilizado para criticar leyes penales generalmente de carácter punitivista, lo que ha producido que ambos conceptos se confundan y se superpongan. Las leyes pueden ser el resultado de dinámicas o racionalidades legislativas populistas, que pueden tener mayor o menor presencia durante su proceso de creación. Pero no necesariamente una ley punitivista tendría que producirse *populistamente*, ni viceversa.

Roberts *et al.* definen el populismo como una tendencia hacia el endurecimiento penal por parte de los políticos, en que la decisión o acción busca generar una ventaja electoral, desplazando –de forma intencionada o negligente– el interés por los fines declarados, cualesquiera sean estos. De allí que la evidencia respecto a la eficacia de la decisión o acción sea irrelevante⁵⁹. Garland señala que el populismo se caracteriza por que las decisiones y acciones sobre políticas de control del delito pasan desde los expertos y la evidencia científica al control popular y al sentido común, produciéndose una fuerte politización y electoralización de éstas. Los políticos, de manera transversal, están atentos a los medios de comunicación y a las sensibilidades de la opinión pública, y son especialmente reactivos a eventos particulares o casos especialmente im-

⁵⁷ MARTÍNEZ, “Uso de la fuerza”, *ob. cit.*, pp. 28 y 29.

⁵⁸ GERBER, Mónica; FIGUEIREDO, Ana; SÁEZ, Luciano y ORCHARD, Macarena. “Legitimidad, justicia y justificación de la violencia intergrupal entre carabineros y manifestantes en Chile”, en *Psyche*, vol. 32, N° 1 (2022), p. 13.

⁵⁹ ROBERTS, J.; STALANS, M.; HOUGH, D.; INDERMAUR, M. y NORVAL, M. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. Oxford: Oxford University Press. (2003).

pactantes⁶⁰ que les permiten conectar con esas sensibilidades. Para Pratt, el populismo es una manera de pensar y practicar la acción política, que se ve a sí misma como la verdadera representante de la voz de los ciudadanos, que no han sido escuchados por el *establishment*. Un rasgo clave es el *antiintelectualismo*. Así, la emocionalidad de la víctima se transforma en la figura icónica⁶¹. También las víctimas y la ciudadanía que se identifica con estas pueden formar parte de la dinámica, haciendo difícil distinguir si el populismo parte de desde arriba o desde abajo.

Sozzo sintetiza lo *populista* del populismo penal en tres elementos. 1. Lo que se dice, propone y hace en el campo penal tiene su legitimación en lo que la gente *piensa, siente y quiere*. 2. Hay una oposición hacia el *establishment*, considerado poderoso e influyente, representado por expertos e intelectuales de la elite, que están fuera del sentido común de *la calle*. 3. La búsqueda de consenso político y electoral, a través de lo que se dice, propone y hace en el campo penal, sin importar si esto es efectivo en virtud de sus fines y de la evidencia disponible.

Respecto a la Ley Naín Retamal, podemos identificar al menos dos aspectos centrales que coinciden con los rasgos que señala la literatura sobre el tema. En primer lugar, un debate parlamentario marcado por la focalización intensa y sistemática en los casos –especialmente dramáticos– de funcionarios policiales víctimas de atentados en su contra, al alero de la información y reproducción de noticias sobre su muerte por parte de los medios de comunicación. Se trata de una retórica centrada en las emociones de la victimización, el dolor de los familiares y de la institución⁶², el miedo de los otros funcionarios a sufrir igual suerte y la culpabilización de las autoridades por permitir que esto ocurra. A las interpelaciones de aquellos que buscaban mejorar los aspectos técnicos de la ley, y racionalizar o equilibrar su contenido, se respondía con el lenguaje victimizante y de la emergencia, que imponía la necesidad de legislar con rapidez. De esta forma, el discurso se vuelve dicotómico y polarizado, entre aquellos que están con las víctimas –los funcionarios– y aquellos que están

⁶⁰ GARLAND, “La cultura del control”, ob. cit., pp. 13 y 14.

⁶¹ PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge (2007).

⁶² “El General Director de Carabineros, Ricardo Yáñez enfrentó a los medios de comunicación: Estamos muy golpeados, dolidos. Que el delincuente que hoy quiso matar a este carabinero ojalá se atreva a esconderse, porque lo vamos a buscar, y lo estamos buscando con todos nuestros medios, ya basta de que sigan matando a los que nos cuidan, partió diciendo visiblemente emocionado”. Disponible en: <https://www.adnradio.cl/nacional/2023.04.06/general-yanez-tras-baleo-a-carabinero-ya-basta-que-sigan-matando-a-los-que-nos-cuidan.html>.

con los victimarios. En esta lógica, no hay espacio para que en los funcionarios pueda recaer ninguna sospecha que los saque de la categoría de víctimas, a tal punto, que el texto de la ley plasma en el artículo 6° que ellos, en el contexto de un proceso penal por una supuesta legítima defensa, no serán imputados, sino víctimas.

En segundo lugar, la exclusión o no consideración de la participación de expertos en el debate parlamentario⁶³. Si bien esta participación es generalmente acotada y muy selectiva en los procesos legislativos, la Ley Naín Retamal prescindió absolutamente de aquella. No solo por la vía de excluir a especialistas en instancias de opinión o en las comisiones pertinentes, sino también por la prescindencia de datos y evidencia robusta acerca de los problemas sobre los cuales se estaba legislando. Llama la atención cómo la información de base para legislar es construida a partir de la casuística, del dato particular que el parlamentario recoge a partir del contacto con personas de su electorado o de la reproducción de los dichos a la prensa de las autoridades de Carabineros, y no proviene de diagnósticos acabados acerca de las problemáticas que aquejan a los funcionarios.

Se observa en el proceso legislativo que llevó a la creación de la Ley Naín Retamal una cierta banalización del recurso del derecho penal, en medio de la celeridad con la que se tramitó la ley, que nos hace recordar lo que argumenta Hassemer: “En el derecho penal, como ámbito del derecho ciertamente más perdurable, las modificaciones normativas deben ser meditadas cuidadosamente, es preciso tomarse el tiempo necesario para ellas, y cuando se ejecutan deben ser puestas en escena en forma solemne [...]. Las normas de derecho penal son aquellas regulaciones sociales que se asientan más profundamente en nosotros [...]. Una norma penal [...] presupone una puesta en escena que garantice la seriedad solemne con que nos asociamos a las normas penales”⁶⁴.

CONCLUSIONES

La Ley N° 21.560, conocida como “Ley Naín Retamal”, busca fortalecer y proteger el ejercicio de la función de Carabineros de Chile, Policías de Investigaciones, Gendarmería de Chile y las Fuerzas Armadas. Para ello introduce

⁶³ Abogados penalistas y académicos critican duramente al Congreso por “minar el sistema jurídico” por los alcances de la Ley Naín-Retamal <https://www.elmostrador.cl/destacado/2023.04.04/abogados-penalistas-y-academicos-critican-duramente-al-congreso-por-minar-el-sistema-juridico-por-los-alcances-de-la-ley-Naín/>

⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia (1998), pp. 18 y 19.

una serie de modificaciones en diversos cuerpos normativos, con el propósito de aumentar la penalidad en los delitos contra la vida y la integridad física de dichos funcionarios, creando un tipo penal de homicidio calificado en su contra. Junto con ello, extiende el ámbito de punibilidad de atentados contra funcionarios “en razón de su cargo” o “por el hecho de ser funcionario”. La ley también restringe la aplicación de penas sustitutivas y de libertad condicional para el mismo tipo de delitos y establece reglas particulares de determinación de penas para aquellos, lo que permite agravar aún más la penalidad. Adicionalmente, introduce una modificación del art. 140 del Código Procesal Penal en el caso de estos delitos, con el objetivo de constituir una de las circunstancias que el tribunal considere para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad.

Otras de las modificaciones relevantes es que introduce una legítima defensa privilegiada para funcionarios policiales, gendarmes y de Fuerzas Armadas y cambia algunos elementos del delito de apremios ilegítimos. En particular, agrega un requisito típico que consiste en que los apremios sean aplicados con infracción a reglamentos. También, restringe a un único elemento –la gravedad– el criterio para configurar la tortura, y elimina la agravante específica de que la persona se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público.

En materia procesal, asigna la calidad de “víctimas o testigos” a los funcionarios en casos de legítima defensa privilegiada, y restringe, para esos casos, la aplicación de las medidas cautelares más gravosas. La Ley N° 21.560 también amplía el control preventivo de identidad del art. 12 de la Ley N° 20.931, permitiendo realizar registros en los automóviles sin necesidad de indicios, “al interior de los maleteros o portaequipajes del respectivo vehículo o en uno de tracción animal”.

Finalmente, otras de sus modificaciones relevantes es que introduce un reforzamiento al principio de inocencia en las investigaciones sumarias administrativas en contra de estos funcionarios, impidiendo que se les suspenda de sus funciones o prive de su remuneración. Así mismo obliga a proveerles capacitación, equipo y armamento adecuado para el cumplimiento de sus funciones, y para el resguardo de su vida e integridad personal, y la de terceros.

La Ley fue publicada el 10 de abril de 2023, luego de un trámite legislativo particularmente breve. En el conjunto de su articulado se observan problemas de redacción, redundancias, incoherencias y desprolijidades, que podrían llegar a tener consecuencias relevantes en materia penal y procesal penal, afectando los derechos tanto de los funcionarios que se desea proteger como la proporcionalidad e igualdad ante la ley de quienes cometan delitos contra la vida y la integridad física de estos funcionarios.

A partir de un examen del contenido de la ley como del proceso legislativo que le dio origen, se buscó analizar la normativa a la luz de tres enfoques de política criminal: el punitivismo y el modelo de la seguridad ciudadana, el garantismo y los derechos humanos, y el populismo penal.

La Ley Naín Retamal no constituye una excepción a la tendencia político-criminal de las últimas décadas en Chile, marcada por una fuerte intensificación de la penalidad. Pero constituye una ley paradigmática, ya que recurre a todos los mecanismos de agravación penal que se han utilizado en otras legislaciones nacionales precedentes, y posee por tanto un fuerte sello punitivista, considerando además que la agravación penal que establece puede dar lugar a problemas de proporcionalidad e igualdad ante la ley.

Por otra parte, se visualiza en los fundamentos y disposiciones de la normativa la presencia de una tensión político-criminal entre el punitivismo, en su vertiente eficientista y expresiva, y los fines garantistas y la adecuación de la función policial al marco del respeto por los derechos fundamentales. Los cambios que introduce en relación con aspectos como el control preventivo de identidad, los apremios ilegítimos y la legítima defensa privilegiada, pueden dar a lugar a retrocesos y a la generación de problemas y nuevas tensiones en esa dirección.

En este sentido, la Ley Naín Retamal no parece constituir un instrumento que aporte respecto a los grandes desafíos que tienen las instituciones policiales, de Gendarmería y de Fuerzas Armadas en Chile, con respecto a la regulación del uso de la fuerza bajo reglas claras y la justicia procedimental como requisito de su legitimidad ciudadana.

Por otra parte, en el proceso de creación de la Ley Naín Retamal, se identifican al menos dos elementos propios del populismo penal, un debate parlamentario marcado por una retórica polarizada de la victimización, en torno a casos especialmente dramáticos de muertes de Carabineros, con fuerte presencia en los medios de comunicación; y la exclusión o no consideración del conocimiento experto, sumado a la prescindencia de diagnósticos robustos sobre las problemáticas sobre las que se buscó legislar.

En esa línea, se observa que el conocimiento que se tiene de estas instituciones, proviene principalmente de dos ámbitos, una “visión emanada en lo medular de las jefaturas, fuertemente panegírica”⁶⁵. Ello debido a que la indagación sobre las policías implica enfrentarse con prejuicios y obstáculos complejos de remover. Saín señala que, entre otras dificultades, hay que lidiar con una cúpula institucional que se resiste y se blind a la mirada externa,

⁶⁵ PALMA, Daniel. “Una historia en verde: las policías en Chile. Balance y sugerencias para la investigación”, en *Revista Historia y Justicia*, N° 2 (2014), p. 12.

y que se atrincherara en el discurso sobre sus avances, profesionalismo y altos niveles de confianza ciudadana. Pero también, por parte del mundo académico, a veces existe un acercamiento maniqueísta y prejuicioso hacia estas instituciones, donde principalmente se releva su carácter autoritario, represivo, vinculado a prácticas de corrupción y al uso de la violencia de manera arbitraria y abusiva⁶⁶. Desde ambas perspectivas, se invisibilizan las voces del personal subalterno, sometido a fuertes relaciones de poder y subordinación en el marco de instituciones jerárquicas y militarizadas, donde la disidencia y la disconformidad deben ceder al disciplinamiento. Son esos funcionarios a los que habría que escuchar, porque son ellas y ellos los que están en la calle, en el cuartel o en la cárcel.

Esta visión polarizada sobre las instituciones policiales se replica en nuestro país en la opinión pública y en el debate político, y en parte explica –en el contenido y en la forma– el surgimiento de una ley de la naturaleza de Naín Retamal, que en cierto sentido parece dissociarse o al menos alejarse de algunos –supuestos– consensos que existen sobre los problemas que enfrentan las instituciones policiales en Chile y la necesidad de avanzar en reformas integrales, que sean capaces de lograr un equilibrio entre aspectos como la eficacia policial frente a nuevas formas de criminalidad, la protección de las y los policías en el cumplimiento de su deber, su nivel de legitimidad por parte de la ciudadanía y la sujeción de su labor a la legalidad y al respeto irrestricto de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADRIAENSSEN, An & AERTSEN, Ivo. “Punitive attitudes: Towards an operationalization to measure individual punitivity in a multidimensional way”, en *European Journal of Criminology*, vol. 12, N° 1 (2015), pp. 92-112.
- BARROS, Luis. *Labor policial e investigación criminal. La visión de los detectives*. Santiago: RIL Editores - CESC (2006).
- BECKETT, Katherine y SNODGRASS, Angelina. “Poder, política y penalidad. La punitividad como reacción en las democracias americanas”, en *Revista Delito y Sociedad*, N° 33 (2012), pp. 9-39.
- BINDER, Alberto. *Análisis político-criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Editorial Astrea (2011).

⁶⁶ SAÍN, Marcelo. “La policía en las ciencias sociales. Ensayo sobre los obstáculos epistemológicos para el estudio de la institución policial en el campo de las ciencias sociales”, en SIRIMARCO, Mariana (comp.). *Estudiar la policía. La mirada de las ciencias sociales sobre la institución policial*. Buenos Aires: Teseo (2010), p. 23.

- CARNEVALI, Raúl. “Derecho penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional”, en *Revista Ius et Praxis*, N° 1 (2008), pp. 13-48.
- CHALFIN, Aarón & MCCRARY, Justin. “Disuasión criminal: una revisión de la literatura”, en *Revista de Literatura Económica*, vol. 55, N° 1 (2017), pp. 5-48.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. London: Sage (1982).
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Situación de derechos humanos en Chile*. OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II (2022).
- COMISIÓN PARA LA REFORMA. “Propuesta de reforma a Carabineros de Chile”. (2020). Disponible en: https://reformapolicias.interior.gob.cl/media/2022/08/20200129_Propuesta-de-la-Comisio%CC%81n-de-Reforma-a-Carabineros-VFF.pdf.
- CONSEJO ASESOR REFORMA CARABINEROS. “Consejo de reforma a Carabineros”. (2020). Disponible en: https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/52/fe/52fe7434-e81b-48b9-b314-79cd56ce134f/consejo_carabineros_v2.pdf.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. *Evolución histórica del derecho penal chileno*. Valparaíso: Edeval (1991).
- DÍAZ, Francisca. *Tendencias político-criminales en las reformas realizadas al Código penal y Código procesal penal desde la reforma procesal penal*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad Austral de Chile, (2017).
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La racionalidad de las leyes penales*. Madrid: Trotta (2013).
- _____. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: Editorial BdF (2007).
- _____. “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, (2005), pp. 1-37.
- DUCE, Mauricio y GONZÁLEZ, Felipe. “Policía y Estado de derecho: problemas en torno a su función y organización”, en *Revista Pena y Estado, Policía y Sociedad Democrática*, N° 3 (1998).
- DUCE, Mauricio y LILLO, Ricardo. “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 33, (2020), pp. 167-203.
- DUCE, Mauricio y DAMMERT, Lucía. “Propuestas para iniciar un proceso de reforma a Carabineros de Chile”. Santiago: Fundación Espacio Público (2019).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta (2018).

- FERNÁNDEZ, José Ángel y GONZÁLEZ, Claudio. “¿Cuál es el modelo político-criminal en Chile?”, en *Revista Política Criminal*, vol. 17, N° 33 (2022), pp. 291-316.
- FERNÁNDEZ, José Ángel. “El Nuevo Código Penal: una lucha por el discurso de la criminalidad”, en *Revista Política Criminal*, N° 1 (2006), pp. 1-30.
- FISCALÍA NACIONAL, MINISTERIO PÚBLICO. *Estudio de Jurisprudencia sobre la Ley N° 20.968. Tortura, apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y vejaciones injustas en el Código Penal chileno* (2022).
- FROST, Natasha. “The mismeasure of punishment: Alternative measures of punitiveness and their (substantial) consequences”, en *Punishment and Society*, vol. 10, N° 3 (2008), pp. 277-300.
- GARLAND, David. *La cultura del control*. Buenos Aires: Gedisa (2001).
- _____. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores (1999).
- GERBER, Mónica; FIGUEIREDO, Ana; SÁEZ, Luciano y ORCHARD, Macarena. “Legitimidad, justicia y justificación de la violencia intergrupala entre carabineros y manifestantes en Chile”, en *Psyke*, vol. 32, N° 1 (2022), pp. 1-15.
- GONZÁLEZ, Adolfo. *Carabineros de Chile: ¿modernización o reforma?*. Santiago: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile. (2020).
- GONZÁLEZ, Claudio. “El *new public management* en las reformas al sistema de justicia criminal en Latinoamérica. El caso de Chile”, en TORRES, Rodrigo (ed.). *Realidades y perspectivas de jóvenes investigadores. Nuevas fronteras de investigación. Actas Coloquios EchFrancia*, N° 7 (2015), pp. 79-99.
- GUTIÉRREZ, Mariano (comp.) *Populismo punitivo y justicia expresiva*. Buenos Aires: Ed. Fabián Di Plácido (2011).
- HANCOCK, Lynn. “Criminal Justice, Public Opinion, Fear and Popular Politics”, en J. Muncie, J. & Wilson, D. (eds.). *The Cavendish Student Handbook of Criminal Justice and Criminology*. London: Cavendish (2004), pp. 51-66.
- HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia (1998).
- HERNÁNDEZ, Héctor. “El Derecho Penal chileno en el cambio de siglo: Ensayo de balance y perspectivas”, en *Revista Persona y Sociedad*, vol. 18, N° 2 (2004), pp. 213-236.
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho procesal penal chileno. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2002).
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual situación de los derechos humanos en Chile en el contexto del estallido social. 17 de octubre-30 de noviembre 2019*. Santiago: INDH (2019).

- IRARRÁZAVAL, Paz. “Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad”, en *Revista Política Criminal*, vol. 10, N° 19 (2015), pp. 234-265.
- ISLA, Pablo. “Seguridad ciudadana y discursos de control en Chile: Análisis de las políticas públicas durante los tres primeros gobiernos pos-dictadura”, en *Revista Estudios de Políticas Públicas*, vol. 3, N° 2 (2017), pp. 40-63.
- JIMÉNEZ, M. Angélica; SANTOS, Tamara y MEDINA, Paula. *Un nuevo tiempo para la justicia penal. Tensiones, amenazas y desafíos*. Santiago: Editorial Andros (2011).
- JIMÉNEZ, María Angélica y SANTOS, Tamara. “¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?”, en *Revista Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, N° 1 (2010), pp. 157-240.
- LIEBLING, Alison y MARUNA, Shadd. (eds.) *The effects of Imprisonment*. New York: Willan Publishing (2005).
- MARTÍNEZ, Fernando. *Uso de la fuerza*. Documento de Trabajo N° 4. Serie Documentos. Santiago: CESC (2019).
- MATTHEWS, Roger. “El mito de la punitividad”, en *Revista Delito y Sociedad*, N° 28 (2009), pp. 4-18.
- MATUS, Jean Pierre. “Evolución del Derecho penal chileno en el siglo XXI: Democratización, diversificación, intensificación e internacionalización de la respuesta penal”, en *Revista Nova Criminis. Visiones Criminológicas de la Justicia Penal*, N° 7 (2014), pp. 24-76.
- _____. “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, en *Revista Política Criminal*, vol. 5, N° 9 (2010), pp. 143-206.
- MORAGA, Gabriel; MORALES, Ana María; FÁBREGA, Jorge y SALINERO, Sebastián. “Impacto de la reforma a las sanciones no privativas de la libertad en Chile”, en *Journal of Quantitative Criminology*, junio (2022), pp. 1-23.
- MORALES, Ana María. “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, en *Revista Política Criminal*, vol. 7, N° 13 (2012), pp. 94-146.
- NILO, Joaquín. “Normativa sustantivo-penal durante los gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos. Chile: ¿un caso de expansión o intensificación del Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 13 (2010), pp. 253-291.
- OLIVER, Guillermo. “Facultades autónomas de la policía en el sistema procesal penal chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 51 (2018), pp. 35-67.

- _____. “Análisis crítico de las últimas modificaciones legales en materia de hurto-falta”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 26, N° 1 (2005), pp. 295-307.
- OLIVER, Guillermo. “Reflexiones sobre los mecanismos de justicia penal negociada en Chile”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 46, N° 2 (2019), pp. 451-475.
- O’MALLEY, Pat. “Volatile and contradictory punishment”, en *Theoretical Criminology*, vol. 3, N° 2 (1999), pp. 175-96.
- PALMA Daniel. “Una historia en verde: las policías en Chile. Balance y sugerencias para la investigación”, en *Revista Historia y Justicia*, N° 2 (2014).
- PETERSILIA, Joan. “Libertad condicional y reingreso de prisioneros en los Estados Unidos”, en *Prisons*, vol. 26 (1999), pp. 479-529.
- PRATT, John. *Penal Populism*. London: Routledge (2007).
- _____. *Castigo y civilización*. Buenos Aires: Gedisa (2006).
- _____. “Towards the ‘Decivilizing’ of Punishment”, en *Social and Legal Studies*, vol. 7, N° 4 (1998), pp. 487-515.
- ROBERTS, J., STALANS, M., HOUGH, D., INDERMAUR, M., y NORVAL, M. *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries*. Oxford: Oxford University Press. (2003).
- SAÍN, Marcelo. “La policía en las ciencias sociales. Ensayo sobre los obstáculos epistemológicos para el estudio de la institución policial en el campo de las ciencias sociales”, en SIRIMARCO, Mariana (comp.). *Estudiar la policía. La mirada de las ciencias sociales sobre la institución policial*. Buenos Aires: Teseo (2010), pp. 27-57.
- SALINERO, Sebastián y MORALES, Ana María. “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 52 (2019), pp. 255-292.
- SALINERO, Sebastián. “La nueva agravante penal de discriminación: los “delitos de odio””, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 41 (2013), pp. 263-308.
- SOZZO, Máximo. *La inflación punitiva. Un análisis comparativo de las mutaciones del derecho penal en América Latina (1990 - 2015)*. Buenos Aires: Café de las Ciudades (2017).
- _____. “Castigo legal, descivilización y populismo penal. Entrevista a John Pratt”, en *Revista Delito y Sociedad*, vol. 1, N° 31 (2016), pp. 133-140.
- TONRY, Michael. “Determinants of penal policy”, en TONRY, Michael (ed.). *Crime, punishment and politics in comparative perspective*, en *Crime and Justice*, vol. 36, Chicago: The University of Chicago Press (2007).