



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 14 D INCISO IV LEY N° 17.798 DELITO DE DISPARO INJUSTIFICADO

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

AUTORES: PATRICIO EDUARDO PEREIRA NÚÑEZ
CAMILO PATRICIO RUZ IBÁÑEZ

PROFESORA GUÍA: MYRNA VILLEGAS DÍAZ

Santiago de Chile,
2019.

A cada una y cada uno de aquellos doscientos cuarenta y uno, y contando, que vieron la injusticia y les cerraron los ojos con un disparo.

Índice

Índice	2
Resumen.....	4
Introducción	5
Capítulo I: Marco dogmático	7
1. Breve reseña sobre los delitos de peligro.....	9
1.1. Concepto de peligro y de peligrosidad.....	9
1.2. El injusto penal en los delitos de peligro.....	11
1.3. Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto.....	12
1.4. Sociedad del riesgo y seguridad ciudadana.....	15
1.5. ¿Paradigma de la agresión o injusto autónomo en los delitos de peligro?.....	17
2. Bien jurídico protegido en el delito de disparo injustificado.....	18
2.1. Bien jurídico en la discusión legislativa.....	19
2.2. Bien jurídico protegido.....	21
2.3. Bien jurídico de la Seguridad Pública.....	24
Capítulo II: Tipo Penal	24
1. Tipo Objetivo.....	24
1.1. Estructura del tipo:.....	25
1.2. Elementos normativos del tipo:.....	28
1.3. Conducta.....	29
1.4. Objeto de tutela.....	29
1.4.1. Objeto Jurídico.....	29
1.4.2. Objeto Material.....	30
2. Tipo subjetivo.....	30
2.1. El dolo de peligro.....	30
2.2. Doctrina tradicional y posturas críticas para fundamentar el tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto.....	31
2.3. Delimitación del dolo y la imprudencia en el delito de disparo injustificado.....	34
Capítulo III: Antijuridicidad	36
1. Causales de justificación en el delito de disparo injustificado cometido por particulares.....	39
1.1 Legítima Defensa.....	39
1.1.1 Legítima Defensa en el caso de afectación de un bien de tercero que el agresor usó como medio de ataque.....	46
1.2 Estado de necesidad.....	47
1.2.1 Daños a terceros ocasionado con culpa.....	52

1.3 Legítima defensa privilegiada.....	53
2. Causales de justificación en el supuesto de la realización de la conducta típica del delito de disparo injustificado cuyo sujeto activo es un funcionario policial....	54
2.1 Normativa aplicable a la Función Policial.....	56
2.2 Marco Internacional: Estándar sobre uso de la fuerza y armas de fuego por funcionarios policiales.....	56
2.3 Marco constitucional :.....	67
2.4 Leyes Orgánicas Constitucionales:.....	70
2.5. Causales de Justificación Contenidas en Normas especiales: Código de Justicia Militar: Arts. 410, 411 y 412 y artículo 23 bis. del DL N° 2.460.....	71
2.6 Marco Reglamentario para Carabineros de Chile:.....	80
2.6.1 Protocolo sobre el uso de la fuerza para Carabineros de Chile:.....	80
2.6.2 Empleo de armas letales (Circular N° 1.832):.....	86
2.6.3. Empleo de armas no letales (Orden General N° 2.635):.....	86
Capítulo IV: Disparos injustificados efectuados por Carabineros de Chile a la luz de hechos recientes.....	90
1. El caso de la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca Marín.....	90
1.1. Tipo Objetivo.....	91
1.2. Tipo Subjetivo.....	92
1.3. Antijuridicidad.....	92
2. Más de un millar y medio de casos de disparo de balas, balines y perdigones en el contexto de la protesta social iniciada el 18 de octubre de 2019 y aún en curso.....	95
2.1 Tipo Objetivo.....	97
2.2. Tipo Subjetivo.....	98
2.3. Antijuridicidad.....	99
Capítulo V: Determinación de la pena.....	102
1. Concursos.....	102
2. Pena.....	103
Conclusiones.....	106
Bibliografía:.....	110
ANEXOS.....	121

Resumen

El delito de disparo injustificado se encuentra regulado en el artículo 14 D inciso IV de la Ley N° 17.798, la entrada en vigencia de éste delito se da a partir de la reforma introducida por la Ley N° 20.813 publicada el 6 de febrero de 2015. Esta investigación busca hacer un análisis dogmático, descriptivo y jurisprudencial del tipo penal de disparo injustificado en el marco de del proyecto Fondecyt Regular 2017 N°1170068: “La ley de control de armas y sus reformas. La eficacia de la herramienta punitiva v/s las garantías”, del cual es investigadora responsable Myrna Villegas Díaz, profesora guía de esta tesis. El delito de disparo injustificado tipificado en consideración a las armas de fuego reguladas en la Ley N° 17.798 intenta dar tratamiento al fenómeno de las ‘balas locas’ a través de un tipo penal de peligro abstracto con un bien jurídico relacionado con la seguridad, técnica legislativa que trae numerosas consecuencias a lo largo de todo el desarrollo del delito.

Palabras clave:

Armas de fuego - disparo injustificado - balas locas - peligro abstracto - seguridad

Introducción

“el Derecho penal termina donde desaparece el peligro concreto”

Franz von Liszt (1851-1919)

Las reformas en materia penal del último lustro en nuestro país han estado enmarcadas en una expansión tanto extensiva como intensiva del Derecho penal. Las reformas introducidas por la Ley N° 20.813 en 2015 a la Ley N° 17.798 de control de armas, no escapan a ambas intenciones de esta expansión, ejemplo de lo extensivo es la creación de un delito de “disparo injustificado” y ejemplo de lo intensivo es el marco rígido en la aplicación de las penas y la imposibilidad de acceder a pena sustitutiva en este y otros delitos de la ley reformada.

Si bien existe cierto consenso en la doctrina nacional y comparada sobre que el bien jurídico a proteger en una ley de armas es la seguridad, no es menos cierto que esto nos plantea más preguntas que respuestas ¿seguridad para qué? ¿Seguridad para quién? ¿Seguridad con qué límite? Delimitar el bien jurídico en la Ley de Control de Armas (en adelante LCA) no es pacífico, se proponen en la doctrina nacional distintos aspectos de la seguridad a proteger por esta Ley, pues hay distintos tipos de delitos. Además es una Ley que encuentra sus albores a principios de la década de los '70 y que por lo tanto intentó abarcar un fenómeno distinto al de hoy en día, en ese momento el objetivo del legislador era la seguridad del Estado, en cambio a partir del siglo XX el fenómeno que el legislador tiene como preocupación es la delincuencia común.

Así, en las primeras páginas de este trabajo la investigación se vuelve excesivamente dogmática, al mismo tiempo descriptiva respecto del tipo penal analizado, para luego hacer un examen de la escasa jurisprudencia de primera instancia que existe en la materia.

En la descripción del tipo el elemento “injustificado” tiene un rol central, sobre sus repercusiones ahondamos en un capítulo completo en esta memoria. Pues, luego de despejar la remisión a las causales de justificación, nos abocamos al análisis de la aplicación de éstas al delito de disparo injustificado. En el caso de los particulares, la naturaleza de un peligro sin un resultado determinado y la relación, con el posible sujeto pasivo del acto típico no antijurídico, que no es el agresor, complica el encuadre dentro de las causales tradicionales. Por su parte, sobre los agentes del estado, abordaremos a aquellos funcionarios que tienen

por objeto mantener el Orden y la Seguridad Pública, descartando así en esta investigación a los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Gendarmería de Chile, siendo regulaciones distintas las que hay entre éstas instituciones en el uso de la fuerza y de armamento de fuego. Destacamos, a su vez, que al interior de la regulación del uso de la fuerza para las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, la normativa también difiere. Por lo tanto, entre todas estas instituciones nombradas se exhibe una carencia de sistematicidad en la regulación del uso de la fuerza y armas de fuego letales y no letales, por aquellas instituciones estatales, que detentan el monopolio de la fuerza.

A propósito de la jurisprudencia tuvimos acceso a información entregada por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema el 26 de julio de 2019¹, que nos indica que desde la entrada en vigencia en febrero de 2015 del precepto legal incluido en el inciso IV del artículo 14 D de la LCA hasta el 5 de mayo de 2019, se habían pronunciado 70 sentencias definitivas, tanto de juicio oral como de procedimiento abreviado, que hacían aplicación del delito de disparo injustificado. Más adelante, haciendo un contraste entre la jurisprudencia existente y la aplicación de los preceptos de los incisos I y II del artículo 17 B de la LCA, damos cuenta cómo un gran número de sentencias de los Tribunales de primera instancia no hacen aplicación irrestricta de los preceptos sobre concursos y marco rígido de la pena, instalando así una jurisprudencia no menor en número, la posibilidad de aplicación de las reglas generales de nuestro Código Penal en detrimento de las reglas especiales de la LCA.

Finalmente, habida cuenta de que el delito analizado ha tenido escasa aplicación por parte de los actores jurídico penales, nos tomamos la libertad de someter a nuestra apreciación investigativa dos casos de alta connotación pública: Por un lado el caso de la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca Marín, que se encuentra con audiencia de juicio oral fijada para el 2 de marzo de 2020 en el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol; y por otro, el más de un millar y medio de casos de disparo de balas, balines y perdigones en el contexto de la protesta social iniciada el 18 de octubre de 2019 y aún en curso, sobre estos casos la mayoría se encuentra en una etapa procesal desformalizada, y respecto de las denuncias y querellas presentadas sólo en unos pocos casos se encuentran identificados los autores.

¹ Dirección de Estudios de la Corte Suprema, correo electrónico a los autores en respuesta a solicitud de información vía dirección de correo institucional infodecs@pjud.cl, 26 de julio de 2019.

Capítulo I: Marco dogmático.

“Me acomodé en la cama, apagué la luz y escuché unos gritos afuera. Un hombre gritaba que iba a matar a otra persona. No alcancé a hacer nada, ni a asomarme, cuando me impactó un balazo. En mi cabeza sonó como una bomba. Jamás pensé que me había llegado una bala, ni siquiera sentí algo. Solo sentía un calor grande en mi cabeza. No me podía mover, no podía abrir los ojos y tenía una sensación de humedad. Como si me estuviese derritiendo.

Una bomba, pensé, me había hecho explotar el cerebro”²

En 2016 el Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNLIREC por sus iniciales en inglés) realizó un estudio que buscaba analizar los casos de Balas Perdidas reportados en Medios de Comunicación en América Latina y el Caribe. El estudio constató que, entre 2013 y 2014 se registraron en nuestro país al menos 15 casos de víctimas de “balas locas”, entre lesionados y muertos.³ La UNLIREC cierra su informe haciendo un fuerte llamado a los países a legislar y tomar medidas ante este fenómeno.

Es precisamente lo anterior aquello que impulsa al legislador chileno a regular un fenómeno que no tenía una respuesta adecuada en el sistema penal y que surge como un imperativo al momento de la reforma que introduce la Ley N° 20.813 en el año 2015, dando origen al delito de disparo injustificado del inciso IV del artículo 14 D de la LCA. Sin embargo, la opción de hacer frente a una determinada situación mediante una respuesta penal u otra involucra consideraciones de importancia y se enmarca dentro de un *pool* de opciones político criminales que dependen, entre otros elementos, de la percepción que se tiene del fenómeno.⁴

² Tamy Palma, 2019 «Marya Fuentes: “Vivo con una bala en mi cara”», *La Tercera*, 11 de enero de 2019, acceso 28 de marzo de 2019, <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/marya-fuentes-vivo-una-bala-cara/480597/>. Este es el relato de una mujer, estudiante y trabajadora que vivía en la comuna de Lo Prado, en la ciudad de Santiago, el relato es sobre el momento en que fue impactada por una bala que entró en su casa proveniente de la vía pública el día 26 de septiembre de 2018.

³ UNLIREC, *Balas Perdidas II: Análisis de Casos de Balas Perdidas Reportados en Medios de Comunicación en América Latina y el Caribe (2014 - 2015)*, acceso 28 de marzo de 2019. http://www.unlirec.org/Documents/Balas_Perdidas.pdf.

⁴ Más adelante en este mismo apartado I. en su título 2) *Bien jurídico y su rol en el delito de disparo injustificado* ahondaremos en el punto de vista de los parlamentarios al momento inclinarse por esta opción legislativa, por ahora basta señalar que en sí no es una decisión técnica, sino más bien de política-criminal.

La formulación del tipo penal en estudio corresponde al tipo de un delito de **peligro abstracto**. Como veremos, esta decisión legislativa se construye sobre la base de numerosas premisas, las cuales expondremos con la intención de situar el análisis del tipo dentro de la discusión dogmática comparada y nacional.

En la parte general de los manuales de derecho penal se suele clasificar a los delitos según los elementos comunes exhibidos por sus diversos tipos. Así, siguiendo a MIR PUIG, podemos señalar –en lo atinente al tipo en cuestión– que, *según la modalidad de la acción*, y en particular en la fase *objetiva*, se puede distinguir entre delitos de **mera actividad** y delitos de **resultado**;⁵ *según la relación con el bien jurídico* se pueden clasificar en delitos de **lesión** y delitos de **peligro**,⁶ subdividiéndose estos últimos en delitos de **peligro concreto** y delitos de **peligro abstracto**. Los delitos de peligro concreto son aquellos que requieren la creación de una situación de peligro o resultado de peligro respecto del bien jurídico tutelado, mientras que en los de peligro abstracto se castiga en razón de que se supone o se presume el peligro. MALDONADO señala sobre estos últimos -he allí su relación con la primera clasificación- que aparecen “generalmente descritos como fórmulas de mera actividad y no de resultado en tanto el peligro (como consecuencia o, más propiamente, como resultado jurídico) ha sido la *ratio* o motivo del legislador”.⁷

Respecto de los delitos de peligro abstracto es menester señalar que no es pacífico en la doctrina su clasificación, el bien jurídico tutelado por los mismos, tampoco su imputación objetiva o subjetiva, ni todas las implicancias que todo esto trae en sede de antijuridicidad y culpabilidad. No es tarea de este trabajo exponer todas y cada una de las posturas doctrinales, ni resolver el conflicto de los delitos de peligro en la dogmática penal, tan sólo hacer las menciones que nos parezcan pertinentes para limitar el tipo del delito en cuestión.

⁵ Santiago Mir, *Derecho Penal Parte General* (Barcelona: Reppertor, 2005), 225. Importando aquí si el tipo requiere o no que la acción vaya seguida de la producción de un resultado separado espacio-temporalmente de la conducta. En los de mera actividad no es necesario.

⁶ *Ibíd.* 233. Si el tipo requiere la lesión del bien jurídico protegido, dará lugar a un delito de lesión, mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un delito de peligro.

⁷ Francisco Maldonado Fuentes, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 23, acceso 5 de marzo de 2019, <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/15500>.

1. Breve reseña sobre los delitos de peligro.

En un breve recuento sobre el estado actual de los delitos de peligro abstracto, habría que mencionar sobre el concepto de tentativa⁸, que éste no puede referirse a las conductas que no son dirigidas por el agente voluntariamente a atentar contra los bienes jurídicos. Es por esto que a mediados del siglo pasado, el cambio de tendencia avanzó a que en ciertos casos dejó de exigirse dolo respecto del eventual menoscabo del bien, ello desembocó en un giro hacia adelantar la intervención penal a través de los delitos de peligro, en un primer momento a través de delitos de peligro concreto, y avanzados los dos tercios de siglo en la proliferación de delitos de peligro abstracto.⁹

Para MALDONADO esta opción específica de afrontar el peligro de una posible lesión a un bien jurídico no es baladí y corresponde a una opción político-criminal consciente y determinada de nuestro legislador.¹⁰ Como veremos, los conceptos que destacaremos por su relevancia son: *injusto penal* en los delitos de peligro, *peligro* y *peligrosidad* en los delitos de peligro abstracto, y *bien jurídico tutelado* por el delito de disparo injustificado.

1.1. Concepto de peligro y de peligrosidad.

Es necesario anticipar dos aplicaciones posibles sobre el concepto de peligro y su utilización como *juicio de peligro* en la estructura del delito: la primera como atributo de la conducta o *juicio de peligrosidad*; la segunda como *resultado de peligro*.¹¹

Existen distintas teorías para explicar el concepto de peligro. Entre éstas, se encuentra la de BARRIENTOS¹², que respecto de la primera de las utilidades mencionadas en el párrafo

⁸ “Se habla de *tentativa en general* cuando el autor que da principio a la ejecución al delito, aunque se lo proponga, no logra consumarlo porque no se produce el *resultado punible*.” Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 369.

⁹ Joaquim Bages Santacana, *El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto* (Barcelona: Tirant lo Blanch, 2018), 18, acceso 5 de septiembre de 2019, <https://biblioteca-tirant-com.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788491691488>. El autor señala además “A favor de la sustitución de los delitos de peligro concreto por los delitos de peligro abstracto se suele alegar que con los segundos se soslayan las dificultades probatorias de los primeros, argumento en el que laten razones utilitaristas relacionadas con la optimización de las funciones preventivas del sistema.”

¹⁰ Francisco Maldonado, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación», 26.

¹¹ Blanca Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto* (Granada: Comares, 2001), 24; también, Francisco Maldonado, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación», 24.

¹² Deisy Barrientos Pérez, «Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones», *Revista Nuevo Foro Penal*

anterior clasifica en una teoría **subjetiva**, una teoría **objetiva**, una teoría de la **presunción del peligro** y finalmente una teoría de la **peligrosidad como motivo del legislador**. De éstas - aunque todas con sus aciertos y críticas- la autora se inclina por una teoría objetiva del peligro, la cual deberá analizarse con criterios de causalidad adecuada, construyendo *el juicio de peligrosidad* como un pronóstico posterior de carácter objetivo remitiéndose al juicio de la experiencia general del hombre medio.¹³ Por su parte, en una perspectiva crítica a la clasificación antes enunciada, la profesora MENDOZA BUERGO señala que “no parece tan decisivo a nuestros efectos la determinación de un concepto ontológico correcto de peligro, pretensión que origina la *polémica* entre *concepciones subjetivas y objetivas del peligro* (...) sino la precisión de una noción *normativa*”¹⁴ y de esta noción normativa derivar una eventual responsabilidad penal por las consecuencias no deseadas de actos humanos en los que el conocimiento surge siempre como limitado.¹⁵ De la misma manera, KINDHÄUSER señala que el concepto de peligro es normativo en dos sentidos, “por una parte se refiere a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla (...) **el equivalente positivo del peligro es la posibilidad**”¹⁶; y por otra parte “el concepto de peligro implica incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento (...) **Al concepto de peligro pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad.**”¹⁷ Existiendo entre estos dos autores concordancia en la noción normativa del concepto de peligro, pues para MENDOZA BUERGO los delitos de peligro concreto suponen la imposibilidad de evitar de una manera dirigida la producción de un daño;¹⁸ y en los delitos de peligro abstracto el análisis sobre el comportamiento peligroso no se relacionan con la evitabilidad de la producción del daño, sino que se relaciona con el juicio *ex ante* que se hace de la peligrosidad de la conducta con independencia del resultado.¹⁹

84 (2015): 107-109, acceso 5 de septiembre de 2019, <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3243/2912>.

¹³ *Ibíd.*, 107.

¹⁴ Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 28-29. En cursiva en el original.

¹⁵ Todo este párrafo tiene repercusión directa en la imputación objetiva e imputación subjetiva que acarrea un comportamiento típico, pero el tema de la imputación no es en sí algo a resolver en este trabajo. Para ello baste mencionar que la mayoría de la doctrina en este punto sigue la teoría de la imputación objetiva

¹⁶ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal» *Revista para el análisis del Derecho* 1 (2009): 11, acceso 1 de junio de 2019, <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>. El destacado es nuestro.

¹⁷ *Ibíd.* 12. El destacado es nuestro.

¹⁸ Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 31. “Determinado desde la perspectiva de quien actúa, el peligro concreto supone la imposibilidad de *evitar de una manera dirigida* la posible producción de una condición relevante para la realización de un daño, y desde la víctima consiste en la producción de una situación en la que el bien ya no puede ser preservado de modo dirigido con los medios del ámbito de organización al que pertenece.”

¹⁹ *Ibíd.* 32. “Las conductas tipificadas en los delitos de peligro abstracto no pueden ser consideradas menos peligrosas que las previstas en los delitos de peligro concreto; por el contrario, la diferencia estriba en sí, de acuerdo

Todo esto nos lleva a plantear que los conceptos de peligro y peligrosidad, permiten diferenciar los delitos de peligro abstracto de los delitos de peligro concreto.²⁰ También ha de decirse que, para este trabajo, el concepto de peligrosidad se relaciona con la **acción** y el de peligro con el **resultado**.

1.2. El injusto penal en los delitos de peligro.

La distinta preponderancia de la acción o del resultado nos muestra una postura sobre la comprensión del **injusto penal** en los delitos de peligro abstracto. En concordancia con el principio de ofensividad, quienes suscriben este trabajo reafirmamos la idea de que el injusto en estos delitos, y como veremos, en particular en el delito de disparo injustificado, se funda en la necesidad de una **antijuridicidad material y dual** del injusto. La que consiste “en la necesidad de desvalor de resultado -de lesión o puesta en peligro- junto con el desvalor de acción.”²¹ Ésta frase puede matizarse toda vez que, en opinión de KINDHÄUSER “todos los delitos de peligro tienen el elemento negativo común de que su injusto no consiste en la lesión de un bien jurídico”²², pues este autor sostiene la posibilidad de un injusto autónomo de peligro distinto de la lesión, afirmación que será profundizada posteriormente en el acápite 1.3 *Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto*.

Por su parte, es necesario diferenciar las posturas frente al injusto penal en los delitos de peligro y, respecto de éstas, decir que distintas posturas dogmáticas nos llevan a distintas respuestas jurídicas: Por ejemplo BARRIENTOS trata este tema distinguiendo entre²³ un modelo de injusto sin necesidad de desvalor de resultado y un modelo dual de injusto; MENDOZA BUERGO, en tema aparte, incluso propone una clasificación de los delitos de peligro²⁴ referida precisamente al elemento configurador del injusto penal, distinguiendo así: en aquellos en que existe una lesión de un bien jurídico, aquellos en los que hay un desvalor

con la descripción típica correspondiente ha de constatarse en el caso individual que el comportamiento ha sido *en concreto peligroso*, es decir, si ha producido una concreta situación de peligro para el bien jurídico protegido - conforme a un enjuiciamiento *ex post-*, o si solo es necesaria una consideración, conforme a un juicio *ex ante*, de la peligrosidad de la conducta.”

²⁰ Ídem.; también Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 110; y Francisco Maldonado, «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación», 24.

²¹ Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz. “Delitos De Peligro Abstracto y Bienes Jurídicos Colectivos.” *Foro FICP (Tribuna y Boletín De La FICP)*, no. 3 (2015): 117, acceso 15 de agosto de 2019, <https://ficmp.es/revista-foro-ficmp/>.

²² Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 3.

²³ Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 110-119.

²⁴ No es la única que propone como veremos más adelante.

potencial de resultado y aquellos -la mayoría- “en los que sólo hay un desvalor de acción, aunque configurado de modos diversos”²⁵; frente a esta clasificación propuesta se pronuncia PÉREZ-SAUQUILLO como “un enfoque indudablemente valioso como punto de partida”²⁶, pues es un buen planteamiento clasificar los delitos desde el desvalor, aunque, en definitiva, no satisface omnnicomprensivamente la clasificación de éstos delitos en particular.

Una de las razones para propiciar esta posición es la defensa del principio de ofensividad, el cual colisiona con aquellas posturas que proponen la posibilidad de fundar el injusto penal de los delitos de peligro abstracto en un mero desvalor de acción, lo mismo sucede cuando se funda el injusto de manera sólo formal.²⁷ Es por esta razón que concebimos el injusto de manera material y dual. Sobre la materialidad podemos señalar “En efecto, mientras la ofensa al bien jurídico pertenece a la teoría de la antijuridicidad, siendo como es un elemento cofundamentador de lo injusto; en cambio, el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales, predominando en él un carácter técnico o instrumental (...) Pero el resultado, y éste es el argumento decisivo, no comporta automáticamente la ofensa al bien jurídico, dado que el objeto de la acción puede tener o no una vinculación material con el bien jurídico”²⁸. Sobre la dualidad de la antijuridicidad, nos atenemos a lo escrito en los párrafos precedentes.

²⁵ Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 91.

²⁶ Carmen Pérez-Sauquillo, «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos colectivos», 119. La autora sin embargo, es crítica de esta clasificación de los delitos de peligro: “[Ésta clasificación] si bien -al estar centrada en la configuración del *injusto*- no termina de encajar o abarcar satisfactoriamente aquellas posturas de la teoría del delito que defienden la compatibilidad entre, de una parte, un concepto de antijuridicidad material basado exclusivamente en el desvalor de acción y, de otra parte, el respeto al principio de ofensividad mediante la exigencia de un resultado jurídico como condición objetiva de punibilidad.”

²⁷ Roxin es exponente de esta postura. Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 2da. ed. trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier Vicente de Remesal, (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 407-411. Distingue entre cinco clases de delitos de peligro abstracto y entre estos encontramos por ejemplo las *Acciones masivas* (sobre todo en el tráfico viario), respecto de las cuales fundamenta la punibilidad por el sólo hecho de infringir la norma, aunque según las circunstancias estuviera totalmente excluido el peligro, y es cierto, en el tráfico viario (leyes del tránsito en Chile) basta la infracción de la norma. Es más directo el autor sobre los *Delitos con bien jurídico intermedio* (delitos de cohecho o falso testimonio), en estos el desvalor de la acción por sí sola fundamenta la punibilidad diría Roxin. Sobre la clasificación completa haremos referencia en el *Capítulo II apartado II. 3. 2. Doctrina tradicional y posturas críticas para fundamentar el tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto*.

²⁸ Susana Soto Navarro. *La protección de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. (Granada: Editorial Comares, 2003), 318. Citado desde: Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 115. Asimismo, Barrientos señala “es errada la consideración de una materialidad del bien jurídico que se identifique con la modificación de un objeto de la realidad”.

1.3. Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto.

En concordancia con lo señalado en el punto anterior defendemos una postura en la cual el derecho penal ha de servir para la protección de bienes jurídicos, y no de aquellas incriminaciones que parten de la base de una simple ofensa a la norma.

Sobre definiciones de *bien jurídico* o sobre la historia del concepto se ha escrito bastante. KINDHÄUSER haciendo un esfuerzo por rescatar los inicios del concepto planteado por FEUERBACH lo define como “aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho”²⁹; pues para FEUERBACH “el bien jurídico debe servir, por lo menos indirectamente, al libre desarrollo personal del individuo”³⁰. BUSTOS, por su parte, define el bien jurídico como “una relación social entre los sujetos entre sí y con el Estado”³¹. MÉNDEZ RODRÍGUEZ rescata de BUSTOS: “desde esa perspectiva, considero con Bustos que el bien jurídico es una síntesis normativa, es una «solución jurídica» a una relación social conflictiva, a un conflicto social.”³² El bien jurídico, por tanto, trasciende la norma, es una relación social.

Sin embargo, es necesario distinguir entre distintos tipos de bienes jurídicos, y a la vez identificar cuál es el que concierne al delito de disparo injustificado. BARRIENTOS nos presenta tres clases de bienes jurídicos susceptibles de tutela penal: bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales o intermedios y bienes jurídicos colectivos.³³ Lo relevante de esta clasificación es que respecto de los delitos de peligro abstracto no es claro el deslinde que hay para identificar cuál es el bien jurídico tutelado, discusión que se traslada también al delito de disparo injustificado por esta falta de nitidez. Empero, hay autores que sortearon esta discusión postulando un injusto autónomo de los delitos de peligro, entonces, independientemente del bien jurídico tutelado, estos son menoscabados de la misma manera, esto es, como lesión, como puesta en peligro concreto o como puesta en peligro abstracto.³⁴

²⁹ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 7.

³⁰ Ídem.

³¹ Juan Bustos, *Obras Completas, Tomo II, Control Social y otros estudios*. (Lima: ARA Editores, 2004), 186.

³² Cristina Méndez, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación* (Madrid: Universidad Complutense Madrid, 1993), 26. El destacado es del original.

³³ Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 100-103.

³⁴ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 15.

BARRIENTOS define de la siguiente manera los distintos ámbitos de su clasificación sobre los bienes jurídicos en relación a la fundamentación para lesionarlos:

- 1) bienes jurídicos individuales : Sobre estos hay consenso al determinar que la mayoría de ellos tienen una entidad fenoménica susceptible de apreciación al momento de explicar cómo pueden lesionarse, siendo útil en este campo las teorías correctivas de la causalidad para fundamentar la forma de lesión de los mismos.³⁵ Ejemplos de bienes jurídicos individuales son el de la vida, el de la integridad física, el de la libertad de movimiento o el de la libertad de expresión.
- 2) bienes jurídicos supraindividuales : También descritos por BARRIENTOS como bienes jurídicos intermedios, tienen como sustrato una cantidad determinada de bienes jurídicos individuales y por tanto se puede apreciar la lesión de aquellos a través del menoscabo a esas entidades individuales, de manera que lesionado o puesto en peligro concreto ese bien jurídico individual, se entenderá menoscabada la función para la cual se instituyó el bien jurídico supraindividual.³⁶ Esta clasificación es la más discutida de las tres en la doctrina comparada,³⁷ sobre todo en lo que refiere a la conceptualización de bienes jurídicos intermedios, entre otros PEREZ-SAUQUILLO, por ejemplo, sólo distingue entre bienes jurídicos individuales y colectivos.³⁸ Cuando se acepta la clasificación de bienes jurídicos supraindividuales entendidos como intermedios se señala que son de aquéllos la Seguridad y la Salud Públicas, las cuales tienen detrás una cantidad de individuos determinados.³⁹
- 3) bienes jurídicos propiamente colectivos : Los cuales, si bien redundan en la satisfacción de intereses de la sociedad en general, no pueden ser reconducibles a individuos determinados, ya que su función es la de protección de realidades macro valoradas de manera positiva por el legislador.⁴⁰ Ejemplos de estos son el Orden Público, la Administración de Justicia o el Medioambiente.

Nos queda sumar a lo recién expuesto que HEFENDEHL denomina bienes jurídicos colectivos o universales aquellos que sirven a los intereses de muchas personas,⁴¹ coincidiendo más

³⁵ Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 101.

³⁶ Ídem.

³⁷ Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales», (tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2017) 88-107.

³⁸ Ídem., 75 y ss.

³⁹ Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 101.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ Roland Hefendehl, « ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?», *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*. 04 (2002): 3, acceso 7 de julio de 2019, http://criminol.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf.

bien con los bienes jurídicos supraindividuales planteados por BARRIENTOS. Y que, por su parte, la profesora PÉREZ-SAUQUILLO pone en duda la posibilidad de existencia de bienes jurídicos intermedios o instrumentales, la principal crítica está en que al ponerse en duda la falta de *entidad real* del bien jurídico y lo maleable del término mismo, repercute en definitiva en que funciona como un *mero recurso* práctico y formal para fundamentar estructuras típicas principalmente de peligro.⁴²

Así clasificados, y comprendiendo que existen críticas fundadas a esta clasificación, explicado en los términos de BARRIENTOS, el bien jurídico que resalta como idóneo frente a su clasificación es aquél que se muestra como intermedio, que la autora denomina **bien jurídico supraindividual**, y su carácter de intermedio viene dado por existir tras de él una cantidad determinada de bienes jurídicos individuales. Decisión en la que ahondaremos en el siguiente título *1.2 Bien jurídico protegido en el delito de disparo injustificado*. Por ahora baste decir que si bien compartimos la crítica de PÉREZ-SAUQUILLO, interpretamos que es ésta la opción que tuvo en vista el legislador al momento de regular este delito y la que nos permite resolver ciertos problemas prácticos en sede judicial, como veremos.

1.4. Sociedad del riesgo y seguridad ciudadana.

Los conceptos de seguridad pública y orden público han tenido un *cambio de tercio* desde los inicios de la Guerra Fría, el término **sociedad del riesgo**⁴³ acuñado por ULRICH BECK a mediados de los ochenta viene a fundar una idea de cómo entender los conceptos reseñados, tanto para la Sociología, como también para el Derecho. Llevada esa discusión al Derecho y a este siglo, DIEZ RIPOLLÉS explica cómo pasamos de la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana con conceptos mañosos que desvirtúan el trasfondo de lo discutido propiciando una tendencia en la política criminal que se aleja de los principios liberales en los que debieran fundarse el derecho penal y la criminología hoy.⁴⁴ La criminalidad clásica de los socialmente

⁴² Carmen Pérez-Sauquillo «Delitos de peligro abstracto» (2017), 88-107.

⁴³ Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Paidós, 2013), acceso 5 de septiembre de 2019, <https://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>. La tesis del autor puede ser sucintamente expuesta como aquella en la cual se postula que en la sociedad moderna las nuevas tecnologías, las nuevas formas de relaciones sociales o de trabajo, las alianzas económicas transnacionales permiten que aquellos que pueden hacer uso a su favor de los mismos, puedan a su vez formar una nueva criminalidad sin precedentes en la historia, teniendo como consecuencia -entre otros- una tendencia a la impunidad.

⁴⁴ José Luis Diez Ripollés. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005), acceso 30 de junio de 2019, <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. De una lectura del texto, damos cuenta, que el debate para este

excluidos es un problema ideológicamente opuesto al del uso del poder y de la tecnología por grupos poderosos que actúan en la impunidad, son problemas distintos para DIEZ RIPOLLÉS, que tienen causas distintas, y en definitiva, exigencias ideológicas contrapuestas. Explica el autor que ésta expansión del derecho penal en un momento deja de ser *extensiva*, para pasar a ser *intensiva*, su crítica es que “Con ello se abre el camino a la justificación “moderna” de las cada vez más frecuentes decisiones político-criminales que concentran sus esfuerzos en un incremento de la punición de ciertos tipos de delincuencia clásica, delincuencia hace ya mucho tiempo incorporada a los códigos penales.”⁴⁵ Esto es, en opinión de quienes suscriben este trabajo, lo que sucede en buena medida con las modificaciones introducidas en 2015 a la Ley de Control de Armas, o la existencia misma de la Ley Antiterrorista N° 18.314, como a su vez la Ley de Tráfico de Drogas N° 20.000, y también la Ley que modifica la ley de tránsito N° 20.770, pues en un inusitado intento de dar “seguridad ciudadana” se castiga la delincuencia clásica con un marco rígido penal que, en el caso de la LCA permite condenar con mayores penas y asegurar que estas sean privativas de libertad por el sólo hecho de encontrarse dentro de esta Ley.⁴⁶ En esta confusión, el autor da cuenta que las principales reformas tienden a encontrarse en los siguientes puntos: 1. Incremento de la criminalización; 2. Predominio de estructuras típicas de simple actividad; 3. Anticipación del momento en que procede la intervención penal; y 4. Significativas modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad y en el conjunto de garantías penales.⁴⁷ Todas estas se relacionan con una proliferación en el derecho penal de delitos de peligro abstracto, lo que tiene estrecha relación con el delito del inciso IV del artículo 14 D de la Ley N° 17.798, pues se impone una pena privativa de libertad a una acción delictiva que -dentro de una de sus hipótesis- ya tenía pena

autor se encuentra desenfocado, porque la sociedad del riesgo toma en consideración los riesgos propios de una sociedad moderna o post industrial en la cual los miembros más poderosos de la sociedad pueden ejercer la criminalidad de manera impune hasta que se les pone coto, por ejemplo con las sociedades financieras que quebraron luego de la burbuja inmobiliaria a principios de siglo en EUA, implosión que sucedió también en Chile a principios de los ochenta con ejemplos como el Banco de Chile o el Banco de Talca. Se señala en la sociedad del riesgo y la seguridad ciudadana, que las tecnologías también ayudan a que la criminalidad organizada pueda ejercer mayores niveles destructivos, como el narcotráfico y el terrorismo. El gran pero, o desenfoque, se encuentra en que se comienza a incluir como *dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo* a los socialmente excluidos, entiéndase como objeto de decisiones político criminales a los marginados económicamente, esto incluye a la pobreza multidimensional que en Chile alcanza el 26% en 2019, según el Hogar de Cristo (fuente: <https://www.hogardecristo.cl/pobreza-en-chile/>, acceso 30 de junio de 2019), como también a los inmigrantes que suman 1.250.000 personas a finales de 2018 (fuente: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/los-inmigrantes-estan-cambiando-la-economia-chile/695357/>, acceso en 30 de junio de 2019)

⁴⁵ *Ibid.*, 13.

⁴⁶ Ver infra, en *Capítulo V: Determinación de la pena*.

⁴⁷ José Díez, «De la sociedad del riesgo», 5.

de multa en nuestro CP, falta que no se deroga con la introducción de la hipótesis nueva del delito de disparo injustificado.⁴⁸

1.5. ¿Paradigma de la agresión o injusto autónomo en los delitos de peligro?

Para cerrar este apartado, nos detendremos un momento para hacer mención al denominado **paradigma de la agresión**, por ser asumido mayoritariamente como correcto por la doctrina nacional y comparada, siendo uno de sus principales exponentes HANS-JOACHIM HIRSCH⁴⁹. Debemos señalar que no estamos de acuerdo con este postulado, pues resulta difícil sostener que haya una relación sistemática entre un delito de lesión respecto de un determinado bien jurídico y delitos de peligro concreto y abstracto, según sea la proximidad con que el bien jurídico sea dañado o pueda ser dañado. Porque, por un lado no siempre hay un delito de lesión que se relacione a un determinado delito de peligro concreto o abstracto, tampoco es cierto que la pena asociada a un delito de peligro sea siempre menor que al eventual delito de lesión al que está vinculado en la legislación. Aunque estamos contestes que el último argumento podría ser más una crítica al legislador que a la dogmática presentada por HIRSCH, lo cierto es que no parece suficiente la teoría de la proximidad para fundamentar el injusto de un delito de peligro abstracto, porque colisiona principalmente con el principio de ofensividad y la imputación del injusto. Toda vez que estamos frente a la lesión de un bien jurídico no hay problema respecto del injusto, pero si -antes de esa lesión- señalamos que se está poniendo en peligro un bien jurídico, describe KINDHÄUSER que si el paradigma de la agresión se fundamenta en la lesión de la sustancia de un bien jurídico, y a la vez señalamos que ese peligro lo determina un observador ficticio *ex ante* a la conducta, ¿Cómo podríamos siquiera hablar de un injusto?⁵⁰ Por lo mismo, KINDHÄUSER plantea una teoría de injusto autónomo para los delitos de peligro, porque considera que no siempre se lesiona la sustancia de un bien jurídico; y si se argumenta que la lesión fundamenta el reproche, y a su vez que el peligro no se determina en relación al bien jurídico sino que a lo que un *observador ficticio* determina, esto es -en definitiva- insustentable argumentativamente.

⁴⁸ **Art. 496. CP.** “Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

12. El que dentro de las poblaciones y en contravención a los reglamentos dispare armas de fuego, cohetes, petardos u otros proyectiles.”

⁴⁹ Hans Joachim Hirsch, «Peligro y peligrosidad», Tomo 49, Fasc. /Mes 2, 1996, (1996) 509-529, acceso 14 de julio de 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224086>.

⁵⁰ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 7-10.

Lo que hace KINDHÄUSER, al postular un **injusto autónomo** en los delitos de peligro, esto es que, independiente del bien jurídico tutelado, estos son menoscabados de la misma manera, es decir, como lesión, como puesta en peligro concreto o como puesta en peligro abstracto.⁵¹ Y agregando KINDHÄUSER a la *seguridad* como un criterio para valorar el uso racional de ese bien⁵². Así, existe una afectación del bien jurídico o un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta cuando “existe una situación en la que no están garantizadas las condiciones de *seguridad* necesarias para la disposición racional de un bien”⁵³.

Un ejemplo de esto que acabamos de señalar en relación al delito de disparo injustificado es lo que sucede con los vecinos de la Villa “Los Jardines” que colinda con la Población “La Legua Emergencia”, hasta finales del año pasado los dividía una muralla, la que dificultaba el paso de la policía a la Población, esa muralla fue derribada en el actual gobierno el 5 de diciembre de 2018 con un gran contingente de policía civil para facilitar la intervención policial en “La Legua Emergencia”, pero los vecinos de la Villa se oponían porque efectivamente la muralla detenía los balazos de los enfrentamientos de civiles al interior de la Población y de policías contra estos civiles en la Población.⁵⁴ Y lo que KINDHÄUSER señala es que, ese es el problema a proteger con un delito de peligro, el hecho no de que exista un disparo esporádico que difícilmente me va a afectar, sino cuando esos disparos son tantos que me impiden transitar libremente, porque afectan -en definitiva- el libre ejercicio de ese derecho o de ese bien jurídico al cual el Derecho ha de darle plena protección.

2. Bien jurídico protegido en el delito de disparo injustificado.

*(...) una política penal de tutela de bienes jurídicos sólo se justifica y es creíble, si es subsidiaria de una política no penal de tutela de los mismos bienes (...)*⁵⁵

⁵¹ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 15.

⁵² No hay que entender la *seguridad* que plantea Kindhäuser como una especie de supra-bien jurídico, sino que precisamente como un *criterio* para valorar el uso racional de un bien. Para mayor profundización: Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación»

⁵³ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 15. La cursiva es nuestra.

⁵⁴ Felipe Delgado, información de Rodrigo Pino, «Presidente Piñera lideró demolición de muros para abrir pasajes de la población La Legua» 05 de diciembre de 2018, acceso en 30 de abril de 2019: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2018/12/05/presidente-pinera-lidera-demolicion-de-muros-para-abrir-pasajes-de-la-poblacion-la-legua.shtml>

⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*. Citado desde: Méndez, *Los delitos de peligro*, 24.

2.1. Bien jurídico en la discusión legislativa.

La LCA encuentra sus albores en 1972, luego de los atentados que terminaron en la muerte del Comandante en Jefe del Ejército General René Schneider Chereau (1970) y del ex Ministro del Interior Edmundo Pérez Zujovic (1971).⁵⁶ En la época del Gobierno de Salvador Allende Gossens los civiles poseían armamento militar, y se encontraban organizados, existía gran poder de fuego en la sociedad civil y una gran dispersión normativa sobre la regulación del control de armas. La moción parlamentaria para legislar este asunto fue del senador Juan Carmona quien señala “creemos cumplir con un deber elemental, al buscar, encontrar y proponer los mecanismos legales adecuados para que hechos tan insólitos e infames como los ocurridos no vuelvan a repetirse, y ayudar así a restablecer las condiciones necesarias para garantizar y hacer posible ese mínimo de convivencia nacional a que ansían, en estos instantes, la inmensa mayoría de los chilenos.”⁵⁷ Lo cierto es que el fenómeno de las armas es bien distinto al día de hoy, pues hace ya hace 25 años que no hay grupos civiles armados con pretensiones de disputar el espacio político;⁵⁸ el poder de fuego se encuentra en manos de una acotada delincuencia común, principalmente el narcotráfico. Así el paradigma cambia para el Estado, pues “nos hemos batido con esa ley durante treinta y tantos años para luchar con una cosa totalmente distinta, como es la delincuencia común. En consecuencia, es indispensable su modificación”⁵⁹ señalaba el senador Jorge Burgos en 2005. La LCA debe atacar un fenómeno distinto, que es en definitiva, el de la delincuencia común, así lo entendió el parlamento y el gobierno en su momento, y es cierto, la amenaza de organizaciones paramilitares se había derrocado hace bastante tiempo, y por su parte, la delincuencia común tiene otros mecanismo de comportamiento, y las herramientas legales debían hacer eco de esa realidad.

⁵⁶El primero a manos de militares y civiles de extrema derecha, en una operación financiada por la CIA en un primer momento; el segundo a manos del Comando Vanguardia Organizada del Pueblo en venganza a la “Masacre de Puerto Montt” de 1969. «El impacto de la Guerra Fría en Chile», acceso 1 de noviembre de 2019, <http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-printer-3460.html>

⁵⁷ Historia de la Ley N° 17.798. Ley publicada el 21 de octubre de 1972. (BCN, 4.), acceso 1 de noviembre de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/2450/HLD_2450_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁵⁸ La persecución de este tipo de organizaciones llegó hasta finales del Gobierno de Patricio Aylwin, por parte de un despacho en el Ministerio del Interior, denominado “la oficina”. Raúl Martínez «Los muertos en el gobierno de Aylwin» Diario Uchile, 22 de abril de 2016, acceso 1 de noviembre de 2019, <https://radio.uchile.cl/2016/04/22/los-muertos-en-el-gobierno-de-aylwin/>.

⁵⁹ Historia de la Ley N° 20.014. Ley publicada el 13 de mayo de 2005. (BCN, 84.), acceso en 1 de noviembre de 2019, https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5593/HLD_5593_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

Ahora bien, en la última modificación de la LCA en 2015 no cambia la lógica del legislador de intentar atacar el fenómeno de la delincuencia común, no obstante el bien jurídico sigue siendo el mismo, para los autores CEA y MORALES “el bien jurídico protegido inequívocamente en esta ley es la *seguridad*. Esta es la idea central que informa la legislación sobre control de armas.”⁶⁰ Señalan además que al momento de promulgarse la LCA el concepto de seguridad se conectaba con “conductas calificadas como atentados contra la seguridad del Estado, sus autoridades, servicios de utilidad pública, instalaciones de aeronavegación, etc., específicamente la peligrosidad manifiesta.”⁶¹ La LCA tiene una relación manifiestamente ligada al Orden Público en sus primeros años.

En concreto sobre el delito en estudio, comenzaremos destacando la siguiente intervención del profesor Jean Pierre Matus durante la tramitación del proyecto de ley que dio origen al delito: “Las bombas, los explosivos, las ‘balas locas’, los gases asfixiantes, etc., representan un nivel de peligrosidad fácilmente discernible, que afectan a terceros de manera indiscriminada, como se ha podido comprobar en los lamentables hechos acaecidos recientemente.”⁶² Es decir, se pone el énfasis en la peligrosidad de la conducta, en cómo esas acciones ponen en peligro bienes jurídicos, pues se señala que afectan ‘a terceros indiscriminadamente’.

Sin embargo, al momento de la discusión parlamentaria para la aprobación de la Ley N° 20.813 lo anterior no fue tan claro, es necesario mostrar los argumentos de los legisladores para ver cómo difieren de lo planteado por MATUS. El senador Felipe Harboe en uso de su palabra arguyó en su momento: “que las balas locas hay que regularlas porque tanto daño han causado a peatones inocentes”⁶³, por su parte el diputado Leonardo Soto da sus razones de por qué hay que regular hechos como este: “que los disparos a mansalva e injustificados han causado tantas veces la lesión o muerte de niños”⁶⁴. Es claro que los parlamentarios plantean, en contraste con el académico, que el delito de disparo injustificado ha de existir para penar la *lesión* del bien jurídico; mientras que el académico por su parte, señala que más bien por el

⁶⁰ Sergio Cea y Patricio Morales, *Control de armas. Manual de aplicación de la ley N°17.798*, 3a.ed. (Santiago: Lexisnexis, 2009.) 9. La cursiva es del original. Añaden los autores que en 2005 gira el concepto de seguridad para hacer frente a la delincuencia común.

⁶¹ Ídem.

⁶² Historia de la Ley N° 20.813. Ley publicada el 6 de febrero de 2015. (BCN, 289.), acceso 1 de abril de 2019, https://www.bcn.cl/historiadela Ley/fileadmin/file_ley/3960/HLD_3960_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf

⁶³ *Ibíd.*, 346.

⁶⁴ *Ibíd.*, 402.

peligro que genera la acción para ese bien jurídico. Planteamos esto porque ya se encuentran regulados como delitos los atentados contra las personas en nuestro ordenamiento jurídico en el *Título VII del Libro Segundo de nuestro Código Penal* como también el porte de armas de fuego en la *Ley de Control de Armas N° 17.798*. Surgiendo como innecesario una norma extra, más aún toda vez que un delito de hipótesis similar se encuentra regulado en nuestro CP, pudiendo sencillamente haberse ampliado las hipótesis delictivas de éste.

Las discrepancias de opinión entre los expertos y los legisladores son representativas de uno de los problemas más característicos que se dan dentro de los delitos de peligro: su legitimación. En el derecho penal moderno tradicionalmente se ha entendido que lo que legitima un tipo penal es que éste protege un bien jurídico, no obedece a la política criminal de turno o una cierta visión moral, política o social de un Estado. El bien jurídico es la expresión fundamental del límite al *ius puniendi* estatal. La discusión sobre los delitos de peligro ha estado ligada a la evolución y problemática del concepto de bien jurídico.⁶⁵ Así, ya desde el siglo XIX se planteaba la redefinición del bien jurídico ya que como lesión de un derecho subjetivo no era capaz de abarcar a los delitos de peligro, señalaba BIRNBAUM.⁶⁶

2.2. Bien jurídico protegido.

Si bien conforme a la propuesta de BARRIENTOS, consideramos que el bien jurídico protegido es de aquellos *supraindividuales* -que la autora también denomina *intermedios*-, por las razones esbozadas en el acápite *1.1.3 Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto* consideramos sobre esta denominación que complica el examen jurídico en los términos que proponemos la lectura del *injusto penal* en este delito, esto dado que “[S]i el supuesto bien jurídico intermedio fuera en verdad un bien jurídico, no cabría sino rechazar la (sorprendente) acrítica automatización de su lesión. Como sostiene con razón HEFENDEHL, esta última no podría identificarse sin más con la mera ejecución de la conducta típica, sino que también habría que determinar la lesividad de la conducta en relación con ese bien.”⁶⁷ En definitiva este tipo de bienes jurídicos repercute en cuestiones dogmáticas como causales de justificación y concursos como veremos más adelante.⁶⁸

⁶⁵ Méndez, *Los delitos de peligro*, 5.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Roland Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht* (Köln: Carl Heymanns, 2002), 175. Citado desde: Pérez-Sauquillo Muñoz, «Delitos de peligro abstracto» (2017), 105.

⁶⁸ *Ibíd.*, 94.

En Chile, coincide con BARRIENTOS el profesor BASCUR: “[Los delitos de la LCA] dispensarían una protección mediata o indirecta tanto sobre bienes jurídicos individuales como también sobre intereses colectivos o supraindividuales: la lógica punitiva sería que mediante la prohibición de ofensas accesorias se lograría influir en la prevención de ofensas principales.”⁶⁹ Su carácter de mediato o indirecto se coincide en la práctica con el carácter de intermedio y eso repercute en el hecho de que la ofensa al bien jurídico de un delito de peligro abstracto, se analiza en concreto para matizar el *ius puniendi* estatal, esto quiere decir, que contrastado con la idea de presumir el peligro *siempre*, allí donde no existe peligro en concreto no ha de existir punición, por ejemplo en el caso del delito estudiado, el disparo en despoblado a conciencia de que se encuentra en despoblado carece de antijuridicidad por falta de lesividad, pero si el bien jurídico protegido fuera de aquéllos puramente colectivos (o ideales), entonces el disparo sería siempre antijurídico. Como decíamos en el párrafo de más arriba, escoger este camino de bien jurídico es peligroso (valga la palabra), pues si el bien jurídico fuera una entelequia y no un bien jurídico con una suma determinada de individuos tras de sí, el disparo sería **siempre** peligroso, y por tanto punible. Por eso los jueces muchas veces *leen* los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro concreto, quedando en la *cancha* judicial el problema que el legislador crea en el plano dogmático.

Ahora bien, consideramos que esta lectura nos permite interpretar el delito de una manera más acorde a los principios liberales que inspiran el derecho penal. Sin embargo -y queremos ser claros en esto-, la creación de bienes jurídicos intermedios ayuda a la proliferación de delitos de peligro abstracto, y estos delitos debieran ser excepcionales en la legislación penal. Así el orden lógico de la argumentación es el siguiente: 1) Un delito como el investigado debiese encontrarse regulado no como delito de peligro abstracto, sino como delito de peligro concreto, 2) Si el bien jurídico tutelado sirve al legislador para la creación de múltiples delitos de peligro abstracto, también sirve al juez para matizar un delito de peligro abstracto al *leerlo* como uno de peligro concreto.

Precisamente por este problema es que estos delitos suelen ser caracterizados como infracciones a la seguridad de otros bienes jurídicos, pues constituyen un riesgo indeterminado

⁶⁹ Gonzalo Bascur Retamal, «Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas» *Revista Política Criminal* 23 (2017): 537, acceso en 6 de septiembre de 2019, <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v12n23/art14.pdf>

contra otros bienes, como lo es la vida, la integridad física de las personas y la propiedad. Pero no son éstos bienes jurídicos los tutelados, sino éste denominado *intermedio*, que en definitiva es la seguridad pública, no entendido como bien jurídico puramente colectivo, sino como esta suma determinada de individuos que lo hacen existir esta *convivencia armónica y pacífica de los individuos en sociedad*, que oculta tras de sí una cantidad determinada de individuos (lo que lo hace concreto), no hay seguridad pública allí donde no hay individuos de esa sociedad. Y es por eso que descartamos los bienes jurídicos *puramente colectivos* por no poder ser reconducibles a individuos determinados, como lo es el Orden Público, que por ser una entequeia permite una interpretación muy extensa de cuando ese bien es ofendido, pues permiten una interpretación de su ofensividad por el Gobierno de turno. Pensemos en frases como las del senador Felipe Kast dicha a principios de noviembre de 2019: “No hay DD.HH. cuando no existe orden público”⁷⁰ o sobre la reunión a la que convocó el Presidente de la República al Consejo de Seguridad Nacional el 7 noviembre pasado, convocatoria sobre la que el Contralor General de la República controvierte su pertinencia, diferenciando entre “Seguridad Nacional” y “Orden Público”.⁷¹ El correlato lógico de estas ideas del gobierno de turno, nos permitirían argumentar que en defensa del Orden Público se pueden violar los derechos humanos y si es necesario proteger el Orden Público incluso podemos hacerlo con las Fuerzas Armadas. Imaginar a las Fuerzas Armadas de Chile violando los derechos humanos en defensa del bien jurídico Orden Público que tiene un contenido maleable es lo criticable dogmáticamente, y lamentablemente es lo que está sucediendo mientras se escriben estas líneas. La autora VILLEGAS DÍAZ crítica este tipo de bienes jurídicos precisamente por el contenido indeterminado en el que se sustentan,⁷² es por esta razón que nos inclinamos por comprender el bien jurídico de la seguridad pública con un contenido determinado, es decir, compartiendo nosotros la crítica este tipo de bienes jurídicos, lo dotamos de contenido, como lo hace BARRIENTOS.

⁷⁰ C. Reyes, 2019 «No hay DD.HH cuando no existe orden público», *La Tercera* 8 de noviembre de 2019, acceso 8 de noviembre de 2019, <https://www.latercera.com/politica/noticia/no-dd-hh-cuando-no-orden-publico-polemico-tweet-felipe-kast-borro-debio-salir-explicar/892971/>

⁷¹ CNN, «Contralor Bermúdez descartó que existiera validez jurídica para que Piñera convocara al Cosena» *CNN Chile* 8 de noviembre de 2019, acceso 8 de noviembre de 2019, https://www.cnnchile.com/pais/contralor-bermudez-validez-juridica-cosena-pinera_20191108

⁷² Myrna Villegas, «Propuesta Anteproyecto de Código Penal Chileno. Delitos de Terrorismo », en *Anteproyecto de Código Penal Chileno 2013*,(Santiago), 3, acceso 8 de noviembre, <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Villegas-D%C3%ADaz-Myrna-Delitos-de-Terrorismo.pdf>

La autora presenta la “seguridad pública” la “seguridad colectiva” o el orden público” como equivalentes y de valor indeterminado, en este trabajo recogemos la crítica y presentamos una definición que dota de contenido determinado a este bien jurídico.

2.3. Bien jurídico de la Seguridad Pública.

Hechas las prevenciones en el apartado anterior sobre el concepto de bien jurídico supraindividual planteado por BARRIENTOS, sumamos lo escrito por PAREDES CASTAÑÓN “cuando en política criminal se discute acerca de la seguridad, la primera pregunta ha de ser siempre: ¿seguridad para qué (y para quién)? Esto es: ¿Cuál es el bien jurídico cuya seguridad se pretende garantizar? ¿Y quién es su titular? Se combatirá de este modo el riesgo de hipóstasis”⁷³. Para responder estas preguntas precisamente nos quedamos con lo ofrecido por la autora, pues coincidimos con BARRIENTOS en que el bien jurídico que nos compete es un bien jurídico supraindividual, que es el de la seguridad pública la que podemos definir como “ el estado o situación de la comunidad en la que sus miembros viven armónica y pacíficamente, bajo el imperio de la autoridad y de las leyes, que facilita el mejoramiento de la vida humana y garantiza la vida, integridad corporal y la salud de todos los miembros de la sociedad como exentas de daño o peligro.”⁷⁴ Y dicho eso, el componente es eminentemente determinado, pues lo que se garantiza es la vida, la integridad física y la salud como exentas de daño.

Capítulo II: Tipo Penal.

1. Tipo Objetivo.

La descripción del tipo reza de la siguiente manera:

Artículo 14 D inciso IV: “Quien disparare injustificadamente un arma de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2º en, desde o hacia uno de los lugares mencionados en el inciso primero será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciera en, desde o hacia uno de los lugares que indica el inciso segundo, la pena será de presidio menor en su grado medio. Si el arma disparada correspondiere a las señaladas en la letra a) del artículo 2º o en

⁷³ Paredes Castañón, José Manuel. «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal» *Eguzkilore*. N° 20 (2006): 132, acceso 30 de julio de 2019, <https://www.ehu.es/documents/1736829/2174920/13+-+Seguridad+Como+Objetivo.pdf>

⁷⁴ Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 123.

el artículo 3º, se impondrá la pena inmediatamente superior en grado”.⁷⁵

1.1. Estructura del tipo:⁷⁶

Este **delito común**, como veremos, admite un número extenso de hipótesis delictivas, sobre el **sujeto activo** es susceptible de ser cometido por cualquier persona, en esta memoria haremos especial mención al sujeto activo funcionario policial. En tanto delito de peligro abstracto -cuyo **sujeto pasivo** es cualquier individuo de la comunidad-, no es necesario el resultado lesivo en algún individuo en particular para que se tenga por consumado. La **acción típica** es disparar injustificadamente, sobre lo injustificado como elemento del tipo ahondaremos en el siguiente punto; además, éste tipo tiene **descripción de circunstancias**⁷⁷ (generando el gran número de hipótesis delictivas), y por éstas el delito ha de ser cometido en, hacia o desde ciertos lugares y a través de ciertos objetos o medios que pasamos a enunciar:⁷⁸

a) Primero, los lugares que se describen en el tipo son:

l) Lugares señalados en el inciso I del artículo 14 D son:

- 1) Vía pública.
- 2) Edificios públicos
- 3) Edificios de libre acceso al público.
- 4) Medios de transporte público.
- 5) Instalaciones sanitarias.
- 6) Instalaciones de almacenamiento de combustibles
- 7) Instalaciones de transporte de combustibles.
- 8) Instalaciones de distribución de energía eléctrica
- 9) Instalaciones de generación de energía eléctrica

⁷⁵ Reforma introducida por la Ley N° 20.813 que entró en vigencia el 6 de febrero de 2015, reformando la Ley N° 17.798 de Control de Armas y el Código Procesal Penal.

⁷⁶ Descripción hecha sobre la base de lo propuesto por Claus Roxin, quien denomina a estos elementos “Estructura y contenido del tipo objetivo”. Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, 304.

⁷⁷ Terminología planteada en Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 219.

⁷⁸ Como se señaló en la descripción del tipo, estas circunstancias, tienen repercusión en las distintas penas que se le aplica delito al ir subsumiéndose en una u otra hipótesis delictiva.

- 10) Instalaciones portuarias.
- 11) Instalaciones aeronáuticas.
- 12) Instalaciones ferroviarias. (no trenes subterráneos)
- 13) Dentro de instalaciones ferroviarias. (trenes subterráneos)
- 14) Otros lugares u objetos semejantes.

II) Lugares señalados en el inciso II del artículo 14 D:

- 1) Lugares u objetos distintos de los allí señalados.

b) Segundo, los objetos o medios a través de los cuales se puede cometer este delito en el orden en que se enumeran en el artículo 14 D son:

I) Las armas mencionadas en el artículo 2 letra b):

- 1) **Las armas de fuego**, sea cual fuere su calibre, y sus partes, dispositivos y piezas;

II) Las armas mencionadas en el artículo 2° letra a):

- 1) **El material de uso bélico**, entendiéndose por tal las armas, cualquiera sea su naturaleza, sus municiones, explosivos o elementos similares contruidos para ser utilizados en la guerra por las fuerzas armadas, los medios de combate terrestre, naval y aéreo, fabricados o acondicionados especialmente para esta finalidad;

III) Las armas mencionadas en el artículo 3°:

- 1) **Inciso I** : “armas largas cuyos cañones hayan sido recortados, armas cortas de cualquier calibre que funcionen en forma totalmente automática, armas de fantasía, entendiéndose por tales aquellas que se esconden bajo una apariencia inofensiva; armas de juguete, de foguero, de balines, de postones o de aire comprimido adaptadas o transformadas para el disparo de municiones o cartuchos; artefactos o dispositivos, cualquiera sea su forma de fabricación, partes o apariencia, que no sean de los señalados en las letras a) o b) del artículo 2°, y que hayan

sido creados, adaptados o transformados para el disparo de municiones o cartuchos; armas cuyos números de serie o sistemas de individualización se encuentren adulterados, borrados o carezcan de ellos; ametralladoras, subametralladoras; metralletas o cualquiera otra arma automática y semiautomática de mayor poder destructor o efectividad, sea por su potencia, por el calibre de sus proyectiles o por sus dispositivos de puntería.”

- 2) **Inciso II** : “artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación, ni poseer, tener o portar bombas o artefactos explosivos o incendiarios.”
- 3) **Inciso III** : “armas de fabricación artesanal ni armas transformadas respecto de su condición original, sin autorización de la Dirección General de Movilización Nacional.”
- 4) **Inciso V** : “armas denominadas especiales, que son las que corresponden a las químicas, biológicas y nucleares.”⁷⁹

Así, respecto de las armas mencionadas en el **artículo 2° letra b)** y en relación a los lugares han de ser disparadas **en, desde o hacia** los lugares mencionados en el **inciso i o ii** del mismo artículo; respecto de las armas señaladas en el **artículo 2° letra a)** y **artículo 3°**, sólo es necesario la ejecución de la acción sin necesidad de que sea relevante si se hace en, desde o hacia alguno de los lugares específicamente mencionados con antelación.

⁷⁹ **Artículo 3° inciso IV LCA:** “Se exceptúa de estas prohibiciones a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile. La Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, estarán exceptuadas sólo respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, hasta la cantidad que autorice el Ministro de Defensa Nacional, a proposición del Director del respectivo Servicio. Estas armas y elementos podrán ser utilizados en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional.” Referido particularmente a los tres primeros incisos, pues respecto de las reguladas en el **inciso V** “En todo caso, ninguna persona podrá poseer o tener armas (...)”.

1.2. Elementos normativos del tipo:⁸⁰

En las pocas menciones que se hace a la palabra *injustificadamente*, destacamos como utilizada en el mismo tenor la hecha en el artículo 291 ter CP⁸¹. Por ser ambas menciones, bastante noveles, es que pasamos a describir el tratamiento que la doctrina hace frente a este elemento.

Existen distintas posiciones, pero una misma solución práctica. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ en sus *Lecciones de Derecho Penal* sentencian que estos elementos normativos del tipo son “Aquellos que, aunque aparecen injertados en el tipo, claramente conciernen a preguntas de *antijuridicidad* (...) Aunque buena parte de la doctrina considera que estas referencias deben ser miradas como elementos ‘extraños del tipo’, su incorporación por el legislador debe entenderse como una llamado de atención al juez a que puede haber reglas de derecho público o privado que pueden conceder a esa conducta legitimidad”⁸². Señala ETCHEBERRY que son elementos normativos del tipo, tanto aquellos que, siendo normativos siguen siendo descriptivos respecto de la acción, el resultado o las circunstancias. Y aquellos que tienen un sentido valorativo como *sin motivo justificado* (art. 272) o *sin título legítimo* (art. 459) ambos del Código Penal (en adelante CP).⁸³ Para NOVOA cuando la legislación incorpora dentro del tipo exigencias que no son de carácter externo sino más bien exigencias que requieren valoración con miras a las normas jurídicas, no hablamos de tipos “normales” sino de tipos “anormales” con elementos sea subjetivos o normativos del tipo, como son el caso de *sin derecho* (art.141) o *ilegal y arbitrariamente* (art. 148) también de nuestro CP.⁸⁴

Resulta de especial relevancia en la descripción del tipo de *disparo injustificado* el elemento normativo del mismo, pues al describirse como *injustificado* tenemos que analizar en el tipo qué consecuencias tiene. Valorando lo señalado por los juristas recién mencionados, destacamos especialmente a POLITOFF *et alia* en que estos elementos aunque aparezcan dentro del tipo funcionan como una alerta para el intérprete de la norma quien debe

⁸⁰ Terminología ofrecida en Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General, Tomo I.*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 303. La misma utiliza Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, 305.

⁸¹ Modificación introducida al Código Penal por la Ley sobre tenencia responsable de mascotas de 2017:

Artículo 291 ter.- Para los efectos del artículo anterior se entenderá por acto de maltrato o crueldad con animales toda acción u omisión, ocasional o reiterada, que injustificadamente causare daño, dolor o sufrimiento al animal.

⁸² Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 184.

⁸³ Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, 223.

⁸⁴ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 303.

comprender que deberá analizarlo en sede de antijuridicidad, es por ello que destinamos un capítulo a este tema (*Capítulo III: Antijuridicidad*).

1.3. Conducta.

Damos cuenta que el tipo sólo exige una acción: **disparar**. No asocia, ni explícita ni implícitamente, a este disparo, un resultado lesivo específico, lo que descarta que se trate de un delito de lesión a algún bien jurídico, sino sólo su *puesta en peligro*.

A su vez ese disparo ha de ser **injustificado**, BASCUR describiría esta conducta de la siguiente forma “Para configurar el injusto, el agente debe efectuar el **disparo** en forma “**injustificada**”. El término aludiría a toda utilización que exceda de las autorizaciones legales existentes, contemplándose tanto causas de justificación en sentido estricto como también las autorizaciones administrativas que configuren la atipicidad del acto por constituir elementos negativos del tipo. Dentro de las eximentes de responsabilidad a título de justificante, vale destacar las que se encuentran previstas para los funcionarios policiales en los arts. 410, 411 y 412 del CJM y 23 bis DL N° 2.460, debido a la cierta laxitud de sus requisitos en comparación a las exigencias de la legítima defensa aplicable a los particulares, circunstancia que se explicaría por la específica habilitación de tales funcionarios públicos en la gestión de situaciones límite y que debiese operar como parámetro de subsunción del tipo de justificación”⁸⁵. Como expresamos más arriba, esto nos remite a antijuridicidad, y es en el acápite respectivo que analizaremos la legislación mencionada pertinentemente por el autor.

1.4. Objeto de tutela.⁸⁶

1.4.1. Objeto Jurídico

El objeto jurídico es la seguridad pública entendida como *el estado o situación de la comunidad en la que sus miembros viven armónica y pacíficamente, bajo el imperio de la autoridad y de las leyes, que facilita el mejoramiento de la vida humana y garantiza la vida, integridad corporal y la salud de todos los miembros de la sociedad como exentas de daño o peligro*.

⁸⁵ Bascur, «Análisis de los principales delitos», 584. El destacado es nuestro.

⁸⁶En esta parte usaremos las definiciones entregadas en: Daisy Barrientos, «Lesividad en los bienes jurídicos», 123.

1.4.2. Objeto Material

El objeto material sobre el cual recae la tutela misma de la seguridad pública es en los términos presentados más arriba *la vida, la integridad corporal y la salud de todos los miembros de la sociedad como exentas de daño o peligro*.

2. Tipo subjetivo.

Poco se ha escrito sobre este tema, el principal debate dentro de los delitos de peligro se ha dado en torno al tipo objetivo y como sabemos dependerá de la construcción misma del tipo objetivo de un determinado delito cómo será luego la construcción de su tipo subjetivo, razón por la cual decidimos hacer mención de las distintas posturas en la doctrina comparada sobre este tema y mostrar cómo repercute en esta sección del capítulo. No son pocos los que ven borrosa la línea divisoria entre tipo objetivo y tipo subjetivo, KINDHÄUSER considera que “el tipo objetivo designa el *objeto*, el dolo y la imprudencia, en cambio, las *bases de la imputación de responsabilidad jurídico penal*”⁸⁷. El texto más completo en referencia al tipo subjetivo aún sigue siendo el de Teresa Rodríguez Montañés *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, y sobre la base de la estructura planteada por ella construiremos este *título*. Finalmente, en el tercer acápite ahondaremos directamente el tipo subjetivo del delito en estudio.

2.1. El dolo de peligro.

El dolo comprende dos aspectos diversos *la actitud psicológica del sujeto en relación con el hecho realizado y la conciencia de la significación del hecho desde el punto de vista de las normas jurídicas*.⁸⁸ En definitiva, esta voluntad y conocimiento, al tratar el **dolo de peligro** implica una pregunta normativa, en términos tales que la conducta del sujeto va encaminada a un concepto normativo -el de peligrosidad-, esto es, una conducta peligrosa respecto de un bien jurídico susceptible de tutela penal.

⁸⁷Urs Kindhäuser, «El tipo subjetivo en la construcción del delito» *Revista para el análisis del Derecho* 4 (2008): 7, acceso 5 de agosto de 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2784602>

⁸⁸Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 473.

El dolo de peligro se diferencia del dolo de lesionar,⁸⁹ pues el dolo de lesión contiene al dolo de peligro, pero no al revés. También la autora diferencia el dolo de peligro del dolo eventual⁹⁰ y la imprudencia consciente⁹¹, aquí el criterio diferenciador también se da en el *elemento volitivo* para la doctrina mayoritaria, no entendido como consentimiento, sino como *tomarse en serio, conformarse o confiar en*.⁹²

Dicho esto, el concepto de **dolo** en los delitos de peligro abstracto hace referencia al concepto de peligro, y el concepto de peligro que recogimos en este trabajo es un concepto normativo que hace referencia tanto a la acción como al resultado.⁹³ Por su parte, la mayor importancia que le damos al dolo en esta sección se relaciona directamente con las posibilidades de fundar subjetivamente la imputación en el delito de disparo injustificado sólo con dolo, como veremos en la última parte de este título.

Por su parte, la cuestión de si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y la producción del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino solamente a la imputación subjetiva, que es el momento en el que nos referimos a la volición y conocimientos del sujeto en términos normativos.

2.2. Doctrina tradicional y posturas críticas para fundamentar el tipo subjetivo en los delitos de peligro abstracto.

Como decíamos al principio, y recogiendo las palabras de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS⁹⁴ y MENDOZA BUERGO⁹⁵, es necesario remitirnos a la construcción dogmática del tipo objetivo

⁸⁹Teresa Rodríguez, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* (Madrid: 1994), 103. Propone la autora: El criterio diferenciador propuesto es el mismo que el empleado para delimitar el dolo eventual y la imprudencia consciente, por lo que se impone el estudio de la relación entre ambos conceptos. 1) Dolo de peligro e imprudencia consciente no son conceptos idénticos, pues existen casos en que el dolo de peligro a acompañado de dolo de lesionar; 2) No obstante, en los supuestos de puro dolo de peligro, la estructura de ambos es idéntica: momento de representación del peligro concreto y momento de confianza fundada en la no producción del resultado lesivo; 3) Esa identidad se fundamenta en la estructura de los delitos de peligro: actuaciones imprudentes sin resultado lesivo, excepcionalmente castigados como delitos autónomos en ciertos ámbitos de la vida social que, por sus peculiares características, permiten tal tipificación de la norma de cuidado sin lesionar la seguridad jurídica.

⁹⁰ *Ibíd.*, 41-99.

⁹¹ *Ibíd.*, 104-137.

⁹² *Ibíd.*, 74-77.

⁹³ Ver título 1.1 Concepto de peligro y peligrosidad en Capítulo I: Marco dogmático.

⁹⁴ Rodríguez, *Delitos de peligro*, 237-238.

⁹⁵ Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 90.

para pronunciarnos sobre el tipo subjetivo. Y para ello la doctrina ofrece distintas clasificaciones para enfrentar el **tipo** en los delitos de peligro abstracto.

Señala MENDOZA BUERGO la siguiente distinción sobre las posturas frente a la fundamentación de los delitos de peligro abstracto: “Por un lado, [posturas] que pretenden proceder a una caracterización unitaria de los delitos de peligro abstracto, abogando por un modelo o solución global válida para los diferentes ámbitos en los que estos se utilizan.”⁹⁶ Dentro de esta postura podemos encontrar a BINDING⁹⁷ que, definiendo por un lado el **peligro** como la *perturbación de la existencia segura del bien jurídico* y distinguiendo, por otro, en delitos de peligro abstracto reconducibles a peligro concreto y delitos de peligro abstracto de mera desobediencia, concluye que “si a todo auténtico delito de peligro es esencial la puesta en peligro entendida como «perturbación de la existencia segura», a ella ha de referirse el dolo y la imprudencia. Por el contrario, en los delitos de «mera desobediencia» el dolo consiste en el «querer consciente de la acción prohibida con consciencia de su antijuridicidad»⁹⁸. En la misma postura está KINDHÄUSER, quien a partir de lo escrito antes por BINDING propone, con la intención de unificar la forma en la cual se da la afectación de los bienes jurídicos en los delitos de peligro, que: “(Primero:) Pueden ser modificados en su sustancia de tal manera que ya no puedan cumplir su función o que ya no puedan cumplirla en su totalidad. En este caso se ha producido la lesión de un bien jurídico. (Segundo:) Se coloca a un bien jurídico en una situación en la que depende solamente de la casualidad que sea menoscabado en su sustancia. En tal tesitura, disminuye considerablemente el interés, orientado a la existencia segura, en la utilización del bien. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro concreta. (Tercero:) Se da una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para una disposición racional sobre un bien. También en este caso el bien solamente se puede utilizar de manera restringida y, por ello, pierde en valor para su titular. Concorre un menoscabo del bien jurídico en el sentido de una puesta en peligro abstracta.”⁹⁹

Continuando con la clasificación ofrecida por MENDOZA, quedaría por otro lado “Las posturas que podemos calificar de diferenciadoras, en las que se insiste en la necesidad de hacer un estudio diferenciado de distintas tipologías de delitos de peligro abstracto (...) y en función del

⁹⁶ Ídem.

⁹⁷ Rodríguez, *Delitos de peligro*, 251-253. Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 95-112.

⁹⁸ Rodríguez, *Delitos de peligro*, 253.

⁹⁹ Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 15.

ámbito de regulación, esto es, atendiendo a los respectivos bienes jurídicos protegidos y la clase de actividad regulada en cada caso.”¹⁰⁰ La mayoría de la doctrina se encuentra en esta posición, entre ellos podemos mencionar a ROXIN, que define a los delitos de peligro abstracto como “aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro”¹⁰¹ y da soluciones diferenciadas según el grupo de delitos de peligro abstractos a que estemos haciendo referencia: **1)** Clásicos delitos de peligro, en lo que sigue a SCHÜNEMANN:¹⁰² “Schünemann ha modificado ese punto de partida en el sentido que la cuestión no depende de la infracción objetiva de cuidado debido, sino de la subjetiva, por lo que habría que determinar el delito de peligro abstracto como una tentativa imprudente (en su caso incluso inidónea). Según esto habría ya punibilidad si el autor deja de observar solamente las medidas de precaución subjetivamente requeridas desde su perspectiva, por mucho que, considerando todas las circunstancias, las precauciones adoptadas sean objetivamente suficientes para eliminar el peligro.”¹⁰³ ; **2)** Acciones masivas (sobre todo en el tráfico viario), “Aquí hay que afirmar la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas (p. ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro”¹⁰⁴, en estos el dolo o la imprudencia han de referirse a la acción que se encuentra en el tipo objetivo con independencia de la representación del peligro que tenga el agente o el peligro que exista en concreto; **3)** Delitos con bien jurídico intermedio (delitos de cohecho o falso testimonio), en estos “el desvalor de la acción por sí sola fundamenta la punibilidad”¹⁰⁵, salvo infracciones mínimas que en abstracto no menoscaben el bien jurídico podrían excluirse de punición por interpretación restrictiva; y **4)** Delitos de aptitud abstracta.¹⁰⁶ También dentro de esta postura diferenciadora, RODRÍGUEZ ocupando como criterio para distinguir la clase de bien jurídico protegido, señala “lo que nos permite diferenciar entre los delitos orientados a la protección de bienes individuales o individualizables, frente a aquellos en que se protegen (...) intereses

¹⁰⁰ Mendoza, *Límites dogmáticos y político-criminales*, 90.

¹⁰¹ Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, 407.

¹⁰² *Ibíd.* 408. Acá el jurista alemán señala que: “La más convincente es la idea, desarrollada por Horn y Brhem, de hacer depender la punibilidad de una infracción de cuidado debido en el sentido de los delitos imprudentes (o sea, de un “peligro de resultado” sin necesidad de un “resultado de peligro”. A su vez considera que la modificación planteada por Schünemann se acerca definitivamente mejor a la resolución del problema.

¹⁰³ *Ídem.*

¹⁰⁴ *Ibíd.* 410.

¹⁰⁵ *Ibíd.* 411.

¹⁰⁶ *Ídem.* Respecto de esta clasificación de Schröder que se encuentra en «Abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte, JZ 1967 p. 522» Roxin opina que estos delitos de “peligro abstracto-concreto” son aquellos que por exigir el tipo una determinada “aptitud” de las cosas como por ejemplo el 308 StGB, el cual señala *apto para la propagación del fuego*, no lo convierte en concreto, opina que hay que seguir la solución desde el mismo punto de vista que los clásicos delitos de peligro abstracto.

supraindividuales o bienes jurídicos colectivos no reconducibles a bienes individuales”^{107, 108} lo que implica que respecto de los primeros es necesaria la constatación de la efectiva peligrosidad de la conducta y que ésta puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado, en relación con la eventual lesión de esos bienes jurídicos, respondiendo, por tanto, a la misma estructura que los delitos de peligro concreto: adelantamiento de las barreras de protección a supuestos de imprudencia sin resultado lesivo. Para la autora no puede ser una condición objetiva de punibilidad, se incorpora expresa o tácitamente al tipo y requiere imputación subjetiva. “El dolo ha de referirse a la realización de la acción descrita en el tipo, con *conciencia* de todos los elementos en los que el legislador ha basado su prohibición, en los que fundamenta la peligrosidad, y no a la peligrosidad misma. La comisión dolosa exige, por tanto, la infracción consciente del cuidado objetivo.”¹⁰⁹

2.3. Delimitación del dolo y la imprudencia en el delito de disparo injustificado.

El **dolo** ha de referirse a todos los elementos del tipo objetivo. La **acción** de disparar, como es un delito de peligro abstracto ha de hacer referencia a la peligrosidad de la conducta frente al **bien jurídico**. Así, un disparo al suelo sin la intención ni posibilidad de dañar a alguien, sino con el objeto de testear un arma no sería punible por dolo, lo mismo sucede en los deportes de tiro, en ambas situaciones el examen que excluye la punición se da en el tipo subjetivo. Aquí el debate se centra si los conocimientos del sujeto son los que determinan la peligrosidad de la conducta, como señala KINDHÄUSER, o los conocimientos relevantes son los de un observador ficticio frente a la conducta, como señala ROXIN. Sobre la postura de ROXIN frente a los delitos de peligro abstracto y el tipo subjetivo ahondamos latamente en el apartado anterior. Por su parte, KINDHÄUSER en su texto sobre la imputación subjetiva crítica la idea de un observador ficticio por tres razones: (1) Si el pronóstico entre observador ficticio y autor es idéntico, entonces es superfluo el estándar de comparación; (2) el autor supone erróneamente la existencia de un peligro relevante para el dolo (tentativa inidónea), el juicio estándar es también superfluo, dado que un resultado que no se produce no necesita imputarse; (3) El autor no reconoce, erróneamente, la existencia de un peligro relevante para

¹⁰⁷ Rodríguez, *Delitos de peligro*, 299.

¹⁰⁸ De acuerdo a lo planteado en la sección **I.2.3 Bien jurídico en los delitos de peligro abstracto**, la clasificación que nos compete de las aquí esbozadas por Rodríguez, es aquella que hace referencia a la “protección de bienes individuales o individualizables” que corresponde a la clasificación que hace Barrientos como “bienes jurídicos supraindividuales o intermedios” para los efectos de lo que nos atañe, y que en este trabajo tratamos simplemente como bienes jurídicos supraindividuales.

¹⁰⁹ *Ibíd.* 339

el dolo. En tal caso, el juicio de un observador ficticio es superfluo, porque la constitución del injusto de acción doloso cae, precisamente, por falta de dolo.¹¹⁰ Compartimos la crítica de KINDHÄUSER, que es una crítica a los delitos dolosos como se puede apreciar.¹¹¹

La imprudencia sólo va a adquirir importancia si se ha cometido un cuasidelito de aquellos que taxativamente señala la ley. Pues en el delito de **disparo injustificado** sólo es admisible el tipo doloso. Esto se explica porque la imprudencia en nuestra legislación es *numerus clausus*, y sólo es admisible cuando la ley hace expresa mención a ella, y es el caso en los delitos contra las personas, el delito de disparo injustificado no puede ser imputado a quien lo comete con imprudencia, salvo el caso que cometiendo el hecho típico se dañe a las personas en cuyo caso adquiere relevancia sobre la base de la imputación del hecho típico de daño contra las personas.

¹¹⁰ Kindhäuser, «El tipo subjetivo», 27.

¹¹¹ *Ibid.*, 19. Sobre los delitos imprudentes el autor señala: “diferencia del delito doloso, en el cual se trata inequívocamente de la valoración del saber concreto para la evitación del resultado, en el delito imprudente parece ser posible una fundamentación del injusto de la acción que no atienda al conocimiento fáctico individual.”

Capítulo III: Antijuridicidad.

Tal como se diera cuenta en el *título II. 1) Tipo Objetivo*, específicamente en el acápite sobre elementos normativos del tipo, el término injustificadamente es precisamente un elemento que requiere una valoración especial al momento de aplicar el delito, reenviando el análisis a reglas específicas de antijuridicidad, es decir, a las autorizaciones legales existentes.

Sin embargo, este camino dogmático ha sido controvertido por la jurisprudencia. El TOP de Temuco, en el considerando 8º de su sentencia dictada el 3 de octubre de 2018, y que condenó al acusado por delito de disparo injustificado, le da el siguiente giro al término:

“2) La inexistencia de justificación alguna respecto al motivo por el cual se realizó el disparo. En relación a este requisito, corresponde al autor del disparo expresar una justificación a por qué lo efectuó -tal como ocurre con los receptadores de especies hurtadas o robadas, quienes deben expresar una excusa sobre el motivo por el cual poseían tales bienes-, salvo que las circunstancias que rodean la acción de disparar sean del todo claras y permitan entenderla per se permitida – como encontrar al autor de los disparos portando los animales que ha cazado o practicando tiro al blanco en un recinto diseñado especialmente al efecto-”¹¹².

El tribunal interpreta el término en un sentido amplio, de forma tal que detrás del disparo pueda encontrarse una explicación plausible del por qué se realizó; busca un motivo “razonable” al que se aproxima escarbando en las características y en la secuencia de eventos que le permitan llegar a las causas que gatillan la conducta típica. Usando un razonamiento similar, pero con un marcado criterio de justicia material, el TOP de Valdivia se pronunció el 12 de diciembre de 2016, en causa sobre delito de amenazas en concurso con el delito de disparo injustificado. El tribunal absuelve al imputado utilizando el siguiente argumento contenido en el considerando 9º:

“Estos atestados calzan perfectamente con lo declarado por el acusado Alvarado Sotomayor quien reconociendo haber disparado el arma, lo hizo para ahuyentar a las personas que estaban dañando los cultivos que tenían para forraje de los

¹¹² STOP de Temuco, 3 de octubre de 2018, RIT 127-2018.

animales, y cuando recibió el llamado de las mujeres que le informaban esta situación, tomó su escopeta y se dirigió al lugar del hecho. Es decir, reconoce haber disparado, mas, lo justifica en razón de los continuos episodios de hostigamientos derivados de la recuperación de las tierras ancestrales por parte de la Comunidad indígena de la que forma parte.

En síntesis, estos son testimonios provenientes de personas que han dado razón de sus dichos, que sus atestados han sido del todo coincidentes y concordantes entre sí, que no han sido desvirtuados por ningún otro medio probatorio, son atestados verosímiles en su conjunto y creíbles en cada uno de los hechos narrados y se conforman a la teoría del caso de la defensa, en cuanto establecen que en el sector de Itropulli, fundo El Refugio de la Comuna de Paillaco, desde el año 2013 hasta fines del año 2015, la Comunidad indígena Román Millapan, compuesta por quince familias, una de las cuales es la de Osvaldo Alvarado Sotomayor ha sufrido hostigamientos múltiples y de todo tipo producto de la reivindicación de tierras ancestrales por parte de los miembros de aquella, hostigamientos, efectuados por personas vinculadas al aparente dueño de aquellas tierras, probándose también que en el interior del predio, había containers pintados con pintura de camuflaje, según las fotografías exhibidas, de lo que se infiere que dichos sujetos pernoctaban en aquellos recintos para llevar a cabo con mayor eficiencia su tarea de destruir puentes y cercos y realizar los restantes desmanes a los que se refirieron los testigos precedentes.-

Que, en este orden de cosas, es razonable sostener que el disparo efectuado por el acusado el día de los hechos, se justifica en razón de un nuevo hostigamiento por parte de personas extrañas que actuarían a nombre del señor Broder Redlefsen”¹¹³.

Esta línea interpretativa del término podría denominarse como el contar con “buenas razones para disparar”.¹¹⁴ Insistimos en que el sentido del carácter injustificado está vinculado a las autorizaciones otorgadas por el derecho para realizar la conducta típica se impone como el más acertado. El TOP de Valdivia en el considerando 21° de sentencia del 31 de agosto de 2018, lo expresa de la siguiente forma:

¹¹³ STOP de Valdivia, 12 de diciembre de 2016, RIT 146-2016.

¹¹⁴ Haciendo uso del término en el mismo sentido STOP de Curicó, 4 de agosto de 2017, RIT 315-2016.

“Los disparos fueron injustificados. No se demostró la existencia de autorización para efectuar los mismos, tampoco existe un contexto de antijuridicidad como por ejemplo una eventual defensa o causal de fuerza mayor que llevare a su uso, de manera que los disparos no pueden entenderse justificados” En este caso el tribunal incurre en una imprecisión al equiparar la fuerza mayor a la defensa en materia de antijuridicidad, sin embargo, la idea de “autorización” entregada por el derecho se mantiene.”¹¹⁵

Otro ejemplo de justificación entendida como autorización se encuentra en el considerando 9° de la sentencia de 1 de junio de 2018 dictada por el Juzgado de Letras, Garantía, Familia y del Trabajo de Pucón:

“Que, se trata además de una conducta antijurídica, esto es, que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, y de acuerdo al mérito de los antecedentes referidos precedentemente no es posible determinar que la realización de la conducta del acusado se haya encontrado autorizada por el Derecho o, dicho de otro modo, hubiere estado cubierta por causales de justificación, con lo que debemos concluir que, además de típica, su acción, fue antijurídica.”¹¹⁶

La opción por una interpretación vinculada a las autorizaciones propias del derecho que vuelven permitida una conducta en principio prohibida por este, se corresponde con la excepcionalidad de la conducta típica del delito, cuya naturaleza altamente lesiva forma parte de los motivos que tuvo el legislador para tipificarla, En otras palabras, sólo en casos muy calificados conviene aceptar que el derecho permita la conducta típica del disparo injustificado, interpretaciones amplias son inconvenientes si lo que se busca es reducir los riesgos y los delitos asociados al uso de armas de fuego. Por otra parte, el desarrollo dogmático de las causales de justificación, aunque sea casi de Perogrullo mencionarlo, constituye terreno conocido para los jueces e intervinientes del proceso penal, quienes pueden ver en las causales de justificación una garantía de racionalidad en el ius puniendi.

¹¹⁵ STOP de Valdivia, 31 de agosto de 2018, RIT 128-2018.

¹¹⁶ SJLGFT de Pucón, 1 de junio de 2018, RIT 1384 - 2017.

1. Causales de justificación en el delito de disparo injustificado cometido por particulares.

Para acometer el desarrollo de este apartado nos serviremos de un ejemplo:

P tiene un vecino llamado C con el que regularmente mantiene discusiones y que últimamente ha empezado a amenazarlo de muerte. P no sabe si C está hablando en serio, lo conoce hace tiempo y le es difícil de creer que pueda atentar contra su vida.

Un día a media tarde, en pleno verano y con las calles de su población llenas de gente, C se para frente a la casa de P, machete en mano, y amenazándolo con que si no sale a verlo, él entrará y lo matará. P cree que C debe tener algún problema porque no se logra explicar su conducta, sin embargo de todas formas decide salir de su casa y tratar de razonar con C, no sin antes por su seguridad guardarse un revólver pequeño que se mete en el cinto del pantalón y que mantiene en su casa con todas las autorizaciones legales pertinentes.

El resto de los vecinos de C y P (a los que denominaremos "V") miran desde las ventanas o parados en la vereda, donde se han empezado a formar grupos de gente. De pronto, V observan que C arremete con el machete sobre P y que este apenas logra esquivarlo por milímetros. P saca el arma y apunta a C diciéndole que si intenta agredirle otra vez, tendrá que disparar. C parece no hacerle caso y alcanza a dar un par de pasos en dirección de P cuando este realiza dos disparos: uno al aire y otro al piso, como advertencia.

Nadie podría dudar que en la situación planteada los intereses de C, P y V se encuentran en conflicto, intereses que por lo demás el derecho ampara; y que la principal característica de este conflicto consiste en que no todos los intereses pueden coexistir simultáneamente, es decir, el derecho tiene que decidir qué interés debe prevalecer por sobre el otro; cuál comportamiento terminará por ser autorizado y cual sancionado.

1.1 Legítima Defensa¹¹⁷

Es claro que entre C y P se ha suscitado una situación susceptible de justificarse bajo la causa de legítima defensa. C ha intentado dañar a P, lo que puede calificarse como agresión ilegítima¹¹⁸, cuya forma típica corresponde al delito de homicidio o lesiones graves; mientras que P ha acometido una reacción ante la agresión, que podría configurar el tipo de disparo injustificado, basado en la peligrosidad que la conducta representa para los intereses de sujetos como V y C.

La situación en la cual un defensor termina por disparar en dirección distinta a la de su agresor antijurídico, al menos puede tener dos explicaciones, ambas bastante comunes: puede ser por accidente, esto es, como un acto que no se corresponde con la voluntad del defensor; o, por el contrario, como un acto intencional que sin buscar la lesión del agresor busca producir efectos en él, por ejemplo, el de advertirlo sobre el uso que se hará del arma en el caso que este decida atacarlo nuevamente. En su función como método de advertencia el disparo puede ser entendido como particularmente expresivo de la necesidad racional del medio empleado en la defensa. La sentencia pronunciada por el TOP de la Serena en caso anterior a la entrada en vigencia de la ley 20.813 es nítida al respecto¹¹⁹. En el considerando undécimo el tribunal discurre sobre la necesidad racional del medio empleado dando por acreditada la necesidad de la defensa, pero no así su racionalidad, para lo cual utiliza el disparo que no va dirigido al

¹¹⁷ Según Politoff la definición de legítima defensa que mejor se ajusta a nuestra tradición jurídica es aquella elaborada por Jiménez de Asúa: “la repulsa de la agresión ilegítima por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla”. Jean Pierre Matus Acuña, coord., *Texto y comentario del código penal chileno. Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008), 128. Etcheberry extiende a nuestro derecho la definición entregada por Soler, por legítima defensa se ha de entender: la reacción necesaria contra una agresión injusta actual y no provocada”. Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, 249. Cury, por su parte, señala que quien obra en legítima defensa “ejecuta una acción típica, racionalmente necesaria, para repeler o impedir una agresión ilegítima, no provocada por él y dirigida en contra de su persona o derechos o los de un tercero”. Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005), 372.

¹¹⁸ Por “agresión” se entiende conducta humana que pone en peligro o lesiona un bien jurídico. El carácter “ilegítimo” de esta debe ser entendido como equivalente a antijurídico, es decir, como contrario a derecho. Héctor Hernández y Jaime Couso, directores, *Código Penal Comentado: libro primero (artículos 1° a 105°)* (Santiago: Legal Publishing, 2011) 214-216.

¹¹⁹ STOP de La Serena, 13 de octubre de 2009, RIT- 124-2009. Los hechos del caso se encuentran en el considerando séptimo de las sentencia: “aproximadamente a las 01:00 horas, en la vía pública, intersección de calle Los Chañares con Pasaje Los Abedules, sector Las Torres, Coquimbo, el acusado Alexander Giovanni López Muñoz, portando un arma de fuego, procedió a efectuar un disparo en la zona torácica de la víctima Nelio Adolfo Ormazábal Pino, quien a raíz de la agresión resultó con una herida de bala toraco-cardíaca con salida de proyectil, que le provocó la muerte minutos más tarde”

agresor como argumento: “sin embargo, es la forma en que lo usó la que excede la racionalidad, porque bien pudo hacer una utilización de carácter disuasivo, ya sea disparando al aire o causando un herida tendiente a neutralizar a su agresor pero no aparece indispensable la ejecución de una conducta que fue dirigida necesariamente a causar su muerte”¹²⁰.

La CA de Rancagua en sentencia de 20 de julio de 2007¹²¹, descarta que haya sido posible el disparo de advertencia, justificando la realización de uno directo al agresor. A contrario sensu, como se desprende del fallo anterior, podría señalarse que, de ser posible hacer un disparo

¹²⁰ *Ibíd.*, considerando undécimo. En un sentido similar se expresa el fallo de 22 de junio de 2007 pronunciado por el TOP de Rancagua en causa RIT 124-2007 que dio por no acreditado el requisito de la necesidad racional del medio empleado: “La falta de necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el ataque de que era objeto, que en definitiva descartó la legítima defensa invocada, como eximente de responsabilidad penal, se advirtió con el tipo de uso que se dio a la escopeta, por parte del imputado, quien, frente a la agresión de que era objeto, atendida la naturaleza del ataque, pudo adoptar otras conductas de defensa, que le eran posibles y proporcionales a los elementos con los cuales era agredido, como el haber disparado previamente al aire, como se lo había sugerido su mujer con anterioridad o intimidar a los sujetos apuntándoles directamente u otras. Esto es, el medio empleado debió ser racionalmente necesario, no pudiendo deducirse en la especie, que la defensa empleada por Silva Sánchez, reunió, en general, tal carácter, desde el momento que, como se explicó, había otras posibilidades de salvación del bien jurídico atacado, que aparecían mucho más expeditas, fáciles y con razonables seguridades de éxito, desde el momento que el acusado empuñaba en los comienzos de la disputa, un arma de fuerte poder destructivo”

¹²¹ SCA de Rancagua, 20 de julio de 2007, ROL 254-2007 Los hechos de la causa se encuentran establecidos en el Considerando 4-: “Que son hechos establecidos e inamovibles para esta Corte que existió agresión ilegítima del lesionado y su acompañante en contra del sentenciado, consistente en que los primeros -que habían sustraído un gran número de coliflores de propiedad de Silva Sánchez- se abalanzaron contra el acusado, portando uno de ellos un machete, quedando encima o a muy poca distancia del Sr. Silva, que sólo pretendía recuperar sus especies o interrumpir su sustracción. En esas circunstancias el acusado dispara su escopeta apuntando hacia abajo, y con ello hiriendo en un pie a Beiza.”

de advertencia, el disparo directo debiese ser considerado un exceso.¹²² Lo propio en el fallo TOP de Talca el 9 de mayo de 2008, en causa RIT 164-2007¹²³.

¹²² “5.- Que de esa relación de hechos resulta por sí mismo establecido el segundo requisito legal de la legítima defensa necesidad racional del medio empleado- que el Tribunal a quo echa de menos, pues la persona que a tan corta distancia es atacada por dos delincuentes, no olvidemos que fueron sorprendidos hurtándole coliflores al acusado, que se abalanzan sobre él portando uno de ellos nada menos que un machete, ni tiene tiempo para reflexionar sobre medios menos peligrosos para defenderse, ni puede acudir tampoco a ninguno, sino a lo único que tiene que en este caso era su escopeta. Pretender que Silva debía disparar al aire o sólo apuntar sin disparar es incompatible con el hecho establecido por el propio Tribunal de que los agresores se abalanzaban sobre él estando a muy poco (sic) distancia o encima de él (fs. 13, final del penúltimo párrafo). Los sujetos (uno de ellos premunido de un arma cortante de envergadura importante como es un machete) se le iban encima nos dicen los jueces- y entonces es obvio que el afectado por esa agresión no podía sino defenderse disparándoles a ellos mismos para detenerlos, y no al aire, pues a nadie se le puede exigir que arriesgue así su vida. Un intento de defensa que no fuera radical en ese minuto, si fracasaba suponía la muerte o graves lesiones para el que se defendía. Si se le iba encima un agresor armado de machete, o lo detenía eficazmente o soportaba el golpe del machete. Es jurídicamente erróneo suponer que el agredido debiera exponer su vida utilizando medios que no le aseguraran eficacia, pues la ley no pide ni puede pedir extremos heroicos o sacrificios suicidas (...)”

¹²³ Los hechos pueden resumirse en que el 12 de enero de 2007, alrededor de la medianoche, la víctima, Héctor Eladio Amaro Reyes, visitó a su ex conviviente, la imputada, María Elisa Villagra Gajardo, con el fin de mantener relaciones sexuales con ella. Ante la negativa de esta, la víctima trató de forzarla y le propinó un golpe en el rostro a la imputada, a lo cual esta última fue a su dormitorio a buscar un arma de fuego y realizó un disparo de advertencia hacia el suelo. El disparo de advertencia hizo que la víctima se pusiera aún más violenta forcejeando y golpeando a la imputada. En esta situación la imputada disparó su arma en contra de la víctima produciéndole lesiones. El tribunal estimó que los hechos eran constitutivos de del delito de lesiones graves previsto en el art. 397 inciso 2 del Código Penal. Acto seguido procedió a reflexionar en torno a la eximente del art. 10 n°4 y termina por acreditarla, absolviendo a la imputada. Respecto a la necesidad racional del medio empleado, el tribunal señaló:

“Por su parte se consideró que la forma en que Villagra Gajardo repelió dicha agresión, fue el único medio que tenía para eludirla, pues era de madrugada, se trataba de una mujer de bastante menor envergadura que Amaro Reyes, que vivía sola, en un sector rural y apartada del camino y de las casas más próximas, tanto es así que, luego de los disparos nadie, aparte de los funcionarios policiales, concurrió al sitio del suceso, los que fueron por la llamada telefónica de la acusada dando cuenta del hecho (elementos éstos que pudieron refrendar los propios funcionarios en audiencia de juicio oral); además, previo al disparo que ocasionó la lesión ha de recordarse se efectuó otro hacia el suelo, lo cual permite interpretarlo como de advertencia, lo que no obtuvo el efecto deseado como se expresó, sino que provocó que el denunciante se ofuscará más y se fuese nuevamente sobre ella. En consecuencia, en dichas circunstancias la reacción de Villagra Gajardo aparece proporcionada a la agresión real y actual de que era objeto y a la inminente de nuevas agresiones físicas, como asimismo de la pretensión final de concretar en su contra una relación sexual. Así las cosas, la utilización del medio empleado (revólver), como elemento lesionador, no fue la inmediata defensa, toda vez que lo primero que se intentó fue utilizar ésta para disuadir a la víctima de las agresiones realizadas y pretendidas, y luego que dicha instancia no fructificara y ante el nuevo abalanzamiento de Amaro Reyes se procedió a disparar, y no a cualquier zona sino que a su pierna, siendo dicho medio a juicio de este tribunal, una alternativa válida de defensa, pues parece el medio idóneo para defenderse en su calidad notoriamente desventajosa de acuerdo a las especiales circunstancias que la rodeaban, lo que configura una necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler el agravio. De esta manera se estimó que no le era exigible otra conducta acorde a derecho que ejercer su defensa legítima de esta forma.

La doctrina también hace un uso del disparo al aire como criterio para establecer la necesidad racional del uso del arma. ROXIN lo utiliza para dar cuenta de la idoneidad de la defensa¹²⁴; y en la doctrina nacional, MAÑALICH hace lo propio¹²⁵.

La peligrosidad de un disparo sin dirección pareciera no tener discusión. Empero, goza de un cierto lugar en el derecho como un signo de racionalidad en la conducta del defensor, que lo haría preferible a otras conductas directamente lesivas en contra del agresor. ¿Cuál es el límite? ¿Se pueden sostener ambas características al mismo tiempo?

El disparo sin dirección como medio de defensa se vuelve problemático cuando se verifica que con éste ha dañado a una persona distinta del agresor. ROXIN es enfático en señalar que los daños provocados a terceros producidos por la reacción defensiva no quedan amparados en la legítima defensa:

“Una actuación defensiva que se mantenga dentro del § 32 sólo está justificada por legítima defensa en la medida en que dañe bienes jurídicos del agresor. Es cierto que el tenor literal del § 32 no lo dice expresamente (a no ser que se quiera interpretar que el término "defensa" implica la limitación de los efectos de la legítima defensa al agresor); pero naturalmente el prevalecimiento del Derecho, que junto con la protección individual es lo característico de toda legítima defensa, sólo tiene sentido frente al agresor y no frente a terceros que no han intervenido en la agresión.”¹²⁶

La misma respuesta se encuentra en la doctrina nacional. COUSO sostiene que, a diferencia de la mayoría de la doctrina nacional que trata el problema a propósito de los requisitos de

¹²⁴ Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, 628: “Necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias clases de defensa elegibles y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. El BGH (GA 1956, 49) lo sintetiza así: “El defensor debe elegir, de entre varias clases de defensa posibles, aquella que cause el mínimo daño al agresor. Pero para ello no tiene por qué aceptar la posibilidad de daños en su propiedad o de lesiones en su propio cuerpo, sino que está legitimado para emplear como medios defensivos los medios objetivamente eficaces que permitan esperar con seguridad la eliminación del peligro”.

¹²⁵ Juan Pablo Mañalich Raffo, «Condiciones generales de la punibilidad», *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N°2 (2005), 430-431. El autor analiza la exclusión de la legítima defensa en el fallo de la Corte Suprema sobre caso “contra Flores Valdés” por no haberse efectuado el disparo de advertencia. Al respecto, señala que para esclarecer si el disparo de advertencia era eficaz para neutralizar la agresión antijurídica se debe atender al análisis de la agresión en cuestión, en el marco de circunstancias del caso concreto. Esto le es útil para fundamentar que el rechazo de una exigencia de proporcionalidad para el reconocimiento de una justificación de legítima defensa no debe conducir necesariamente a un rechazo de un criterio de subsidiariedad, pues de eso se trataría precisamente el juicio de necesidad de la defensa

¹²⁶ Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, 664.

propios de la reacción defensiva, lo que impide que los daños a terceros estén amparados es la falta de agresión antijurídica por parte de estos¹²⁷. MAÑALICH, desde el enfoque analítico, llega a la misma conclusión. Pues, para MAÑALICH las causales de justificación, en tanto normas de comportamiento de carácter permisivo, tienen el efecto de modificar el estatus deóntico de un comportamiento de prohibido a autorizado por el derecho, concediendo al sujeto amparado por ellas una permisión en sentido fuerte de realizar la conducta en principio prohibida y luego autorizada por la norma permisiva¹²⁸. Pero la conducta amparada en una causal de justificación no solo se convierte en autorizada, sino que su principal efecto es fundamentar una facultad de intervención respecto de terceros, los que a su vez tienen un deber correlativo de tolerancia. Si a la norma permisiva se le refuerza con una norma de carácter prohibitivo que impide a los terceros obstaculizarla, entonces se dice que el sujeto cubierto por la norma permisiva tiene un derecho a realizar la conducta¹²⁹. En el caso de la legítima defensa el derecho le es concedido al agredido, quien está autorizado realizar la conducta desde el momento en que se verifica la agresión injusta perpetrada por el agresor, y que se (re)confirma cuando cumple con los demás requisitos de necesidad racional del medio empleado y ausencia de provocación; el agresor por su parte tiene el deber de tolerar la conducta desplegada en contra suya, siempre que ésta se realice en los términos descritos en la norma que contiene la legítima defensa¹³⁰. Sobre el tercero no habría razón para soportar, bajo esta causal la reacción defensiva; no existe un deber de tolerancia. Desde una perspectiva anclada en el principio del interés preponderante, en donde el carácter antijurídico de la agresión determina que la reacción defensiva sólo pueda ser dirigida en contra del agresor, CURY también toma postura en favor de la exclusión de la justificación por legítima defensa de los daños ocasionados a terceros bajo la causal de la legítima defensa¹³¹ NOVOA opina igual que CURY, y se extiende sobre el tema desplegando un abanico de posibilidades de calificación jurídica de los daños producidos a terceros¹³²; incluyendo también alguna

¹²⁷ Hernández y Couso, *Código Penal Comentado*.217

¹²⁸ Mañalich, «Condiciones generales», 421-423.

¹²⁹ Ídem.

¹³⁰ *Ibíd.*, 387-392.

¹³¹ “La lesión del derecho de un tercero, no queda cubierta por la legítima defensa. En ciertos casos a un error sobre el curso causal y, en tal evento, procede aplicar los principios del error de tipo, en otros puede darse un error de necesidad; en algunas situaciones, por fin - especialmente cuando media un error sobre la identidad del agresor-, se presentarán situaciones de inculpabilidad”. Cury, *Derecho Penal Parte General*, 375.

¹³² “Es también requisito de la defensa que ella se dirija contra el injusto agresor; él es el que debe soportar la reacción defensiva que origina su agresión y en contra de él la permiten las normas jurídicas, que facultan precisamente ante la ilegítima acción amenazadora de un determinado ser humano.

jurisprudencia¹³³. Sobre este abanico de posibilidades de calificación jurídica, ya fuera de la doctrina nacional, y por recomendación del mismo NOVOA¹³⁴, el más interesante (y didáctico) desarrollo proviene de JIMÉNEZ DE ASÚA:

“En verdad, las cuestiones que brotan de las muy variadas hipótesis que pueden presentarse no son tan simples y por ello no pueden solucionarse tan rápidamente, ni de modo uniforme.

Nos permitimos distinguir cinco casos:

- a) Cuando la lesión se causa en los bienes de un tercero neutral, que el agresor utilizó como medio de ataque (el perro de un extraño ajeno a todo, azuzado por nuestro adversario), la destrucción de este medio agresivo entra en la legítima defensa.
- b) Cuando la lesión se causa en el medio defensivo utilizado por el atacado (como en el ejemplo de E. Mayer del bastón que se arranca de manos de tercero neutral para defenderse), la ruptura o destrucción de ese medio ha de ampararse en el estado de necesidad.
- c) Cuando la lesión se causa a un tercero que fatalmente ha de ser herido (como en el caso de que el agresor se ampare, como en un escudo, tras del tercero inocente avanzando a su espalda y sacando solo un brazo con la pistola, mientras le empuja para obligarle a marchar), la muerte o las heridas que se causan a este, se justifican por estado de necesidad. Lo mismo cabe decir en el supuesto de que la lesión adjunta se ocasione a una comunidad o a la sociedad en conjunto (como en el caso juzgado por el Tribunal Reich Alemán de que se hace cargo Mezger: una persona ofendida por las expresiones injuriosas exteriorizadas por un sacerdote en la plática, le interrumpió con los gritos de “¡silencio! ¡silencio!”, etc., perturbando en consecuencia el culto religioso.)

Pero hay casos en que la reacción defensiva, por error o perturbación del agredido o por desviación de ella, alcanza a un tercero neutral. ¿Podría estimarse amparado por la causa de justificación de legítima defensa el agredido que causó mal a un tercero?

La doctrina no es uniforme al respecto: Mezger opina decididamente que el caso no queda cubierto por la defensa legítima, sin perjuicio que el atacado pueda alegar en su favor otras exenciones, especialmente el estado de necesidad. Soler cree que en la especie subsiste la legítima defensa solo cuando el mal del tercero de error no culpable de quien se defendió. Maggiore asimila el caso a la aberratio ictus y piensa que es aplicable la justificante porque ‘la ley considera cometido el hecho contra la persona contra la cual iba dirigido. “Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 346.

¹³³ Ídem. El autor se refiere a la SCA de Santiago del 12 de julio de 1943, a la que ya haremos mención más adelante en el apartado de esta sección referida a las hipótesis de Culpa.

¹³⁴ Ídem.

- d) Lesión a tercero neutral de carácter imprevisible (como cuando nuestro disparo al que nos ataca armado atraviesa el cuerpo del agresor y la bala vuelve a herir o matar a un tercero inocente), en cuyo caso el nuevo hecho luctuoso nada tiene que ver con la legítima defensa y se juzgará como “caso fortuito”.
- e) Lesión en supuesto de “aberratio ictus” (es decir, cuando queriendo tirar sobre el agresor erramos la puntería y damos muerte o herimos a un transeúnte, tercero neutral, y también cuando nuestro golpe o disparo alcanza al que se interpone entre el atacante y nosotros, incluso con el designio de ampararnos). Aquí han de aplicarse los principios que rigen la culpa”.¹³⁵

Las opciones desplegadas por JIMÉNEZ DE ASÚA nos permiten hacernos una idea sobre las posibilidades de justificación (autorización) del delito de disparo injustificado, en la medida que este, como sucede en el ejemplo utilizado más arriba, al igual que las hipótesis del autor español, refiere a la afectación de un tercero ajeno (V) a la relación jurídica de legítima defensa entre P y C. A continuación, sirviéndonos de los ejemplos entregados JIMÉNEZ de ASÚA, desarrollaremos los principales nudos problemáticos de cada una de las posibilidades ofrecidas, las cuales son: i) Legítima defensa (afectación de un bien de tercero que el agresor uso como medio de ataque), ii) estado de necesidad, iii) culpa. Finalmente, desarrollaremos una última posibilidad de calificación jurídica: iv) legítima defensa privilegiada.

1.1.1 Legítima Defensa en el caso de afectación de un bien de tercero que el agresor usó como medio de ataque.

La hipótesis a) suele ser sindicada por la doctrina como la única excepción en virtud de la cual se puede hacer afectar el derecho de un tercero y quedar amparado por la legítima defensa¹³⁶. El medio utilizado como instrumento para la agresión por el atacante forma parte de la agresión que se intenta repeler. Al respecto, ROXIN: “si alguien emplea cosas ajenas como medio agresivo o las utiliza de otro modo en la agresión. Por tanto, si p.ej. el arma o el traje del agresor han sido comprados bajo reserva de dominio, los daños que se les causen al repeler la agresión estarán amparados por legítima defensa”¹³⁷. No obstante, la justificación amparada

¹³⁵ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*. V2. “El Delito (2.da parte: causales de justificación)” (Buenos Aires: Editorial Losada, 1964), 266-267.

¹³⁶ Roxin *Derecho Penal. Parte General*, 666. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 336

¹³⁷ Ídem.

por la legítima defensa colinda con la del estado de necesidad¹³⁸. Recuérdese el típico caso en que el agresor utiliza un animal como medio de ataque azuzándolo. En este ejemplo, según señala la doctrina desde hace mucho, sí puede considerarse como legítima la defensa emprendida en contra del animal¹³⁹. Sin embargo, ¿qué pasa si el perro no es suyo? ROXIN estaría de acuerdo con que habría una hipótesis de Estado de Necesidad Defensivo, pues su ordenamiento lo contempla, a lo que añade un criterio de valor del bien: siendo este muy valioso, hay posibilidades que el acto quede fuera del ámbito de la justificación¹⁴⁰.

De todas formas, resulta casi de Perogrullo señalar que los disparos realizados como advertencia no pueden ser subsumidos por esta hipótesis, pues de la información contenida en el ejemplo, no puede decirse que V forma parte de un medio empleado por C para la agresión.

1.2 Estado de necesidad¹⁴¹

Antes de abocarnos de lleno al estado de necesidad aplicable al delito de disparo injustificado, se hace necesario tratar ciertos conceptos previos.

Como se sabe, la doctrina ha entendido que pueden existir varios de tipos de estado de necesidad. Se habla de estado de necesidad justificante y de un estado de necesidad exculpante, según se excluye la antijuricidad o la culpabilidad del acto. Se habla de un estado de necesidad agresivo, referido a “aquellas situaciones de necesidad en las que el «sujeto afectado» no es el competente de la fuente de peligro, pero sobre cuya esfera de intereses recae la acción de salvaguarda”¹⁴², y de un estado de necesidad defensivo, referido a las

¹³⁸ Ídem.

¹³⁹ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 336.

¹⁴⁰ Roxin. *Derecho Penal. Parte General*, 666.

¹⁴¹ Como definición de esta institución hemos elegido la acuñada por Novoa: “Desde un punto de vista doctrinario –puesto que el concepto de nuestro Derecho positivo es mucho más restringido- puede definirse el estado de necesidad como una situación de peligro actual para un bien jurídico, no originada en agresión ilegítima, en la que no hay otra forma de salvar el bien que la violación de otro bien jurídico”. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 356.

¹⁴² Ranier Chocano Rodríguez, «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo», *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del código penal peruano*. (Universit  de Fribourg, 2003), acceso el 29 de noviembre de 2019, [sin número de página] http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_12.pdf.

situaciones en que el «sujeto afectado» por la acción de salvaguarda es competente en alguna medida (de modo preferente) de la fuente de peligro que origina”¹⁴³.

Actualmente, el CP chileno alberga dos hipótesis de estado de necesidad: una de carácter justificante, contemplado en el N° 7 del artículo 10¹⁴⁴, y otra cuya naturaleza exculpante y/o justificante, y su carácter, agresivo y/o defensivo se encuentran en debate por la doctrina, contemplado en el N° 11 del mismo artículo¹⁴⁵. Sobre el estado de necesidad del N°7 hay consenso doctrinal sobre su carácter justificante y también respecto del bien jurídico susceptible de ser sacrificado; se ha dicho que este “sólo puede justificar la producción de un daño en la *propiedad ajena*”¹⁴⁶, haciéndose referencia, en definitiva, a “todo bien de significación patrimonial”¹⁴⁷. No hay consenso, en cambio, respecto a su vigencia, pues un sector de la doctrina sostiene que dada la amplitud del N° 11 el N° 7 está derogado tácitamente¹⁴⁸.

El estado de necesidad el N° 11, desde cuya incorporación al catálogo de eximentes de responsabilidad se cumplirán pronto diez años, como se dijo, presenta debate. Respecto del carácter justificante y/o exculpante de la norma, un sector de la doctrina, dentro de los cuales se encuentra el mismo gestor de la norma, abogan por considerarlo justificante y exculpante a

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ **art. 10. CP**

Están exentos de responsabilidad criminal:

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho, que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera. -Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

Segunda. -Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera. - Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

¹⁴⁵11.º El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.

2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.

3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa.

¹⁴⁶ Hernández y Couso, *Código Penal Comentado*, 236.

¹⁴⁷ Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, 264

¹⁴⁸ Enrique Cury, «El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno», en *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile. Libro homenaje a los profesores de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. (Santiago, 2013), 255.

la vez¹⁴⁹, mientras que otro sector sólo exculpante¹⁵⁰. De igual manera, el carácter agresivo o defensivo de la norma está en discusión. VILLEGAS y SANDRINI construyen una alternativa de estado de necesidad justificante defensivo para la mujer que comete homicidio en contra de su agresor¹⁵¹. Por su parte, MAÑALICH descarta esta posibilidad, pues la norma no contempla, ni alcanza sugerir, la “exigencia definitoria de una situación de estado de necesidad defensivo”, a saber: “la exigencia de que el peligro para el bien jurídico salvaguardado tenga su origen en la ‘esfera de organización’ del titular del bien jurídico menoscabado por la misma salvaguarda”¹⁵²

No forma parte de los objetivos de este trabajo tomar posición respecto de las discusiones arriba planteadas, sino dar cuenta de las posibilidades de encontrar autorizaciones a la conducta típica del delito de disparo injustificado al interior del ordenamiento jurídico chileno. Por esta razón, centraremos nuestro análisis de estado de necesidad contenido en el N° 11, basándonos en las posiciones que abogan por la existencia del carácter justificante de este en su variante agresiva¹⁵³, por ser esta la que mejor se ajusta al ejemplo que hemos venido tratando.

Con todo, la primera dificultad que debe sortear la justificación por estado de necesidad es la exclusión de las reglas aplicables a este instituto debido a la agresión antijurídica que *obligatoriamente* nos pone en sede de legítima defensa¹⁵⁴. Sin embargo, corresponde matizar este problema de entrada, pues no todos los autores comparten esa opinión. Para POLITOFF, MATUS y ACUÑA, el origen del mal en una agresión antijurídica no es un problema:

¹⁴⁹ Enrique Cury, «El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno», 252. También Juan Domingo Acosta, «Artículo 10 N°s7° y 11° Del Código Penal. Algunos criterios de delimitación», en *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing, 2013),691-713; Víctor Vidal Moya, «Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480», *Ars Boni et Aequi* Año 9 N°1(2013), acceso: 20 de noviembre de 2019, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/12/8-Vidal.pdf>; Myrna Villegas Díaz y Renata Sandrini Carreño, «Estado de necesidad Defensivo y mujeres homicidas», *Doctrina y Jurisprudencia Penal* N°16 (2014): 61-84;

¹⁵⁰ Juan Pablo Mañalich Raffo «El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del 10 N°11 del Código Penal chileno», en *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing, 2013) ,715-742.; Tatiana Vargas, « ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N°11», ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing, 2013) ,743-773; Hernández y Couso, *Código Penal Comentado*, 266-275.

¹⁵¹ Myrna Villegas Díaz y Renata Sandrini Carreño, «Estado de necesidad»72 y ss.

¹⁵² Juan Pablo Mañalich Raffo «El estado de necesidad exculpante», 219. Para la contrargumentación de las autoras, véase Villegas y Sandrini, «Estado de necesidad»,77 y ss.

¹⁵³ Se descarta por razones casi evidentes la posibilidad de aplicar al ejemplo la variante defensiva del estado de necesidad. Pues no cabe pensar que V haya sido responsable de la generación de situación de peligro para P, presupuesto sin el cual no puede aplicarse la variante defensiva.

¹⁵⁴ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 356; Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, 262.

perfectamente el que huye de una agresión puede entrar en la casa de un tercero para guarecerse¹⁵⁵. CURY discurre en el mismo sentido muy claramente: “La situación de necesidad puede también ser provocada por una agresión ilegítima; en este caso puede hablarse de un estado de necesidad si el agredido, en lugar de reaccionar contra el agresor (legítima defensa), procura su salvación lesionando el bien de un tercero”¹⁵⁶.

Respecto de los bienes que pueden ser sacrificados el estado de necesidad del N°11 no distingue, como sí lo hace el N°7. Así, bajo el primero, pueden lesionarse bienes jurídicos personalísimos como la integridad física o la libertad de movimiento, y también bienes jurídicos sociales como la administración pública, la salud pública o la seguridad pública; siempre que se cumplan con el requisito que el mal ocasionado sea menor al evitado¹⁵⁷. Es por esta razón que la hipótesis aplicable del delito de disparo injustificado es la del N°11, en tanto la seguridad pública no es un bien de significación patrimonial. SILVA SANCHEZ hace un desarrollo al respecto,¹⁵⁸ sobre la base del antiguo artículo 8, 7° del Código Penal de que consagraba el estado de necesidad¹⁵⁹, que para los efectos es idéntico a la disposición 20.5 del actual Código Penal de ese país¹⁶⁰. Sin embargo, el argumento se erige sobre el concepto de *infracción de un deber*, y no sobre la lesión de un *bien jurídico de otra persona*, puesto que mientras el bien jurídico sea *de otra persona*, se restringe los bienes susceptibles de ser afectados por la

¹⁵⁵ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 229.

¹⁵⁶ Cury, *Derecho Penal Parte General*, 378.

¹⁵⁷ Ranier Chocano Rodríguez, «Situaciones de necesidad», [sin número de página]

¹⁵⁸ Sobre la lesión de bienes jurídicos supraindividuales, que él llama “suprapersonales”, el autor señala: “En nuestra opinión, mediante la actuación en estado de necesidad es posible lesionar no solo bienes jurídicos de otras personas, físicas o jurídicas (entre ellas, las Administraciones Públicas, sino también bienes de titularidad suprapersonal (de la sociedad o del Estado como ente político)”. Jesús-María Silva Sánchez, «Sobre el estado de necesidad en derecho penal español», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 35, Fasc. /Mes 3, (1982), 675, acceso 1 de diciembre de 2019, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46225>. La cursiva se del original.

¹⁵⁹ Según lo relata el propio Silva Sánchez “Desde la reforma del Código Penal Español en 1944, el artículo 8,7° de este texto legal exime de responsabilidad criminal a «El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.” *Ibíd*, 663

¹⁶⁰ **Art.20.5 CP español.**

Están exentos de responsabilidad criminal:

(...)

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

acción necesaria, dejando fuera los bienes supraindividuales¹⁶¹. Según SILVA SÁNCHEZ la *infracción de un deber* engloba la lesión de un bien jurídico sin el requisito de pertenecer a *otra persona*, salvando el problema¹⁶².

Nuestra legislación no incorpora la infracción de un deber como supuesto del tipo de estado de necesidad contenido en el N°11. Sin embargo, el sacrificio de bienes jurídicos supraindividuales, sí estaría permitido por nuestra doctrina. Reconoce ACOSTA: “obra justificadamente quien conduce ebrio un vehículo para llevar a un herido grave a un hospital como única manera de salvarlo...”¹⁶³. El ejemplo propuesto es útil para nuestros propósitos de encontrar justificación al delito de disparo injustificado, pues mediante la seguridad del tráfico, también se protegen bienes como la vida, la integridad física o la salud de quienes conducen vehículos o son peatones, al igual que ocurre con la *seguridad pública*. Por otra parte, en ambos casos la forma de afectación del bien jurídico es mediante la generación de *peligro* para este. Este es un problema que subyace a la ponderación de intereses. Tanto en el caso del conductor ebrio, como en el de P, los bienes jurídicos involucrados, tanto el que se afecta como el que se busca salvaguardar, tienen como sustrato el bien jurídico de la vida. En el caso del ebrio, este para salvar la vida de un accidentado pone en riesgo la de los peatones y automovilistas que se encuentran en ese momento en la calle camino al hospital; en el caso de P este dispara en dirección distinta a la de su agresor como reacción a un peligro para su propia existencia. La doctrina ha resuelto desde hace tiempo que en un conflicto de intereses en donde los bienes jurídicos enfrentados son la vida, no hay justificación posible, sino solo exculpación¹⁶⁴.

Un argumento a favor sobre la justificación del conductor ebrio consiste en que es insoslayable que se trata de un caso en que un sujeto actúa en interés de un tercero y no para salvaguardar un interés propio, cuestión que en principio no debiera ser relevante pero que toma especial importancia si se considera que P tenía otras alternativas acción distintas a las de afectar el los intereses de V y que este nada tenía que ver en el conflicto¹⁶⁵.

¹⁶¹ Silva Sánchez, «Sobre el estado de necesidad», 675-679.

¹⁶² ídem.

¹⁶³ Ídem.

¹⁶⁴ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno*, 358-362; Acosta, Juan Domingo, «Artículo 10ºs 7º y 1º», 70

¹⁶⁵ Raúl Zaffaroni, Alejandro Aliaga y Alejandro Slokar, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed. (Buenos Aire: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002), 636: “5. La inevitabilidad del mal por otro medio no lesivo o menos lesivo, es inherente a la situación de necesidad, sin que sea menester que la ley lo requiera expresamente.

1.2.1 Daños a tercero ocasionados con culpa.

Una alternativa de calificación a los daños a terceros es la calificación mediante las causales de exculpación, que no puede ser llamada una autorización propiamente tal pues, en los términos de MAÑALICH, no tiene el efecto de convertir el estatus deóntico de una conducta de prohibida a permitida, otorgando un derecho que debe ser reconocido y respetado por los demás sujetos del ordenamiento jurídico¹⁶⁶, debe ser descartada como autorización legal existente al nivel de las causales de justificación que hemos venido tratando.

No obstante, NOVOA llama la atención sobre la decisión adoptada por la Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia del 12 de julio de 1943¹⁶⁷ en un caso particular de lesiones producidas por arma de fuego a terceros, cuya ocasión es la reacción defensiva del agredido amparado en legítima defensa. Según los hechos establecidos en la sentencia, el procesado Ramón Bulnes se encontraba en el restaurant de Federico Bodi cuando este lo atacó golpeándolo por haber manifestado una opinión política contraria a la de Bodi. Bulnes habría caído al suelo producto de los golpes, y en esa posición, sacó su revólver y realizó varios disparos, hiriendo, supuestamente, tanto al propio Bodi, como a su esposa, Aída Rivas, que se encontraba en el lugar¹⁶⁸. El tribunal descarta que las lesiones de Bodi se hayan producido por los disparos de Bulnes, no obstante, declara que la defensa de Bulnes respecto de la agresión fue legítima. Respecto de Aída Rivas, en cambio, constata la existencia del delito de lesiones producidas por arma de fuego, y procede a considerar si corresponde amparar a Bulnes en legítima defensa por este último delito. El tribunal descarta de entrada esta posibilidad, pues reconoce que el destinatario de la reacción defensiva debió ser Bodi, no Rivas, en tanto el primero es agresor. De todas formas, las lesiones de Rivas, sostienen los sentenciadores, provienen del acto lícito de defensa, por lo que procede establecer si le son aplicables el número 8 del artículo 10¹⁶⁹ del Código Penal. El tribunal considera que Bulnes al

Por supuesto que el mal no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar otro, esto es, cuando igualmente el otro se producirá; tampoco lo será cuando se disponga de otro medio alternativo inocuo o menos lesivo. Por ello se excluyen del ámbito del estado de necesidad los supuestos en que existen regulaciones legales para resolverlo o repararlo...”,

¹⁶⁶Mañalich, «Condiciones generales», 421-423.

¹⁶⁷ SCAP de Santiago, 12 de julio de 1943, Revista de ciencias penales. Tomo 6 (1943)

¹⁶⁸ Vistos 1º, 2º y 3º, SCA de Santiago del 12 de julio de 1943

¹⁶⁹ Artículo 10:

Están exentos de responsabilidad criminal:

(...)

haber efectuado un acto lícito no pudo haber actuado con dolo, pues “sería ilógico suponer lo contrario, dado que la intención del agredido, no pudo sino encaminarse directamente a repeler el ataque de que era víctima, y por lo tanto es forzoso concluir que el mal causado a la Rivas lo fue por mero accidente ‘por mero accidente’, como dice la ley”¹⁷⁰. La razón detrás de la culpabilidad, según reflexiona la Corte, encuentra su fundamento en el deber que tiene toda persona, no solo de no atentar en contra de otras, sino de ejecutar los actos propios con las debidas precauciones; deber que en todo caso es individual, personalmente dirigido¹⁷¹. De este modo, la culpa es imputable si voluntariamente no se ha querido prever lo que se debía prever, en caso contrario, si no ha sido posible seguir ese deber por motivos independientes al agente, es forzoso concluir que la actuación debe excluirse de culpa¹⁷². Considerando la situación en que se encontraba Bulnes: “tendido en el suelo, ante un grupo de personas, situación que lo imposibilitaba para mantener la tranquilidad de espíritu, hacer raciocinios y procurar una determinada diligencia; al defenderse con su arma, frente a la inminencia del ataque”¹⁷³, el tribunal resuelve que este no tuvo oportunidad de actuar con la diligencia debida y termina por absolverlo.

1.3 Legítima defensa privilegiada

La imposibilidad de considerar como justificante el estado de necesidad del artículo 10 n°11 obliga a volver al terreno de la legítima defensa, pero esta vez al n°6 que consagra la denominada legítima defensa privilegiada. Esta modalidad permite presumir legalmente los requisitos de la legítima defensa tanto en los casos de legítima defensa propia como de parientes y extraños. Sin embargo, el alcance de la presunción respecto de los requisitos era discutido. Según GARRIDO se presumen todos los requisitos, si es que se comprueba que efectivamente ocurrió el hecho base, esto es el escalamiento o alguno de los otros delitos mencionados por el número 6¹⁷⁴. Para ETCHEBERRY, en cambio, lo que se presume son todos los requisitos menos la agresión ilegítima, que se expresa precisamente en el escalamiento y los delitos que sirven de base a la legítima defensa privilegiada¹⁷⁵. CURY,

8° El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente.

¹⁷⁰ Visto 13° SCA de Santiago del 12 de julio de 1943.

¹⁷¹ *Ibíd.* Visto 15°

¹⁷² *Ibíd.* Visto 16°

¹⁷³ *Ibíd.* Visto 17°

¹⁷⁴ Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Nociones fundamentales de la teoría del delito* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 176.

¹⁷⁵ Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, 260.

señala por su parte que lo que se presume es únicamente el requisito de la necesidad racional de la defensa¹⁷⁶

Actualmente, la posición que se impone en la doctrina parece ser la sostenida por GARRIDO. A esta postura se suma la de COUSO que destaca el carácter simplemente legal de la presunción, dejando abierta la prueba sobre los requisitos conforme al deber del ente persecutor de probar los hechos materia de la acusación más allá de toda duda razonable¹⁷⁷.

Sobre la plausibilidad de incluir dentro de la presunción legal el daño producido a terceros, se hace necesario decir que esta solución es problemática. Esto es, porque más allá de que el requisito de no infligir daños a terceros no esté escrito en la norma que trata la legítima defensa y de que este pueda ser reconducido a uno de los requisitos específicos que sí se encuentra contemplado (agresión antijurídica, en el caso de COUSO; reacción defensiva, CURY y NOVO), justificar los daños a terceros de esta pareciera querer ocultar un estado de necesidad justificante, que es mejor sincerar en el n°11 del artículo 10.

2. Causales de justificación en el supuesto de la realización de la conducta típica del delito de disparo injustificado cuyo sujeto activo es un funcionario policial.

El funcionario policial y su facultad para utilizar la fuerza irrogando un mal típico a los ciudadanos autorizado por el ordenamiento jurídico puede encontrar fácilmente su fundamento en la teoría clásica del contrato social: los ciudadanos renuncian al ejercicio particular de la fuerza y la entregan al Estado, que será el único ente, por regla general, facultado para ejercerla en contra de los propios ciudadanos. Esta situación se traduce en un derecho a la seguridad¹⁷⁸ según el cual el ciudadano puede exigir al Estado no solo la no injerencia

¹⁷⁶ Cury, *Derecho Penal Parte General*, 261.

¹⁷⁷ Hernández y Couso, *Código Penal Comentado*, 231-233

¹⁷⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos (2009), 7: "En esta dirección, la Comisión destaca que en el orden jurídico internacional de los Derechos Humanos no se encuentra consagrado expresamente el derecho a la seguridad frente al delito o a la violencia interpersonal o social. Sin embargo, puede entenderse que ese derecho surge de la obligación del Estado de garantizar la seguridad de la persona, en los términos del artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: "Toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales"; y del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales". No obstante, la Comisión considera que la base de las obligaciones exigibles al Estado se encuentra en un plexo normativo que exige la garantía de derechos

injustificada en su esfera de libertad, sino también que el mismo Estado le proteja de la injerencia injustificada de otros ciudadanos¹⁷⁹. El deber del Estado correlativo a este derecho a la seguridad sirve de fundamento último a la institución policial y su facultad de irrogar males o coaccionar a los individuos con el objeto de impedir hechos punibles¹⁸⁰.

BASCUR, acertadamente, llama la atención sobre las causales de justificación especiales que rigen a funcionarios policiales al desplegar el elemento normativo del tipo *injustificadamente*, pues son estas cláusulas las que habilitan al policía ejercer la fuerza la que los particulares han renunciado, permitiéndole al funcionario realizar una acción típica, como disparar, como manifestación del deber vinculado al derecho a la seguridad.

El autor indica a las causales contenidas en el Código de Justicia Militar (en adelante CJM) tienen una cierta laxitud que se explicaría sobre la base de la específica habilitación de tales funcionarios públicos en la gestión de situaciones límite, lo que debiese operar como parámetro de subsunción de la conducta al tipo de justificación¹⁸¹. Esto es solo parcialmente cierto, es una realidad que en razón de la habilitación especial que tienen los funcionarios policiales para coaccionar a los ciudadanos, estos tienen un margen de actuación más amplio para realizar esas acciones, en tanto existe un mayor número de hipótesis justificantes. Sin embargo, la interpretación que se realiza de las autorizaciones específicas es por cierto mucho más estricta que la que se realiza sobre las causales generales precisamente por la especial habilitación. Las normas de derecho internacional de los derechos humanos y las normas provenientes del derecho reglamentario delimitan de tal forma las causales especiales del CJM y del DL N° 2.460, que las hipótesis aparentemente amplias de estos cuerpos normativos se vuelven muy calificadas. Así ocurre en la hipótesis de auto defensa, cuyo correlato en las causales generales de justificación es la legítima defensa, en que el criterio de

particularmente afectados por conductas violentas o delictivas, cuya prevención y control es el objetivo de las políticas sobre seguridad ciudadana. Concretamente, este cúmulo de derechos está integrado por el derecho a la vida; el derecho a la integridad física; el derecho a la libertad; el derecho a las garantías procesales y el derecho al uso pacífico de los bienes, sin perjuicio de otros derechos que serán objeto de análisis específico en el cuerpo de este informe”.

¹⁷⁹ Ivó Coca Vila, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19 (2017) 6-8, acceso 9 de octubre de 2019, <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-24.pdf>,

¹⁸⁰ Ídem.

¹⁸¹ Bascur, «Análisis de los principales delitos», 584.

proporcionalidad es estricto en el caso de la primera, mientras que en el de la segunda se encuentra casi ausente¹⁸².

2.1 Normativa aplicable a la Función Policial.

El marco normativo aplicable a la función policial en lo atinente al delito de disparo injustificado comprende, en el ámbito de la normativa internacional, y más allá de las explícitamente mencionadas en la normativa interna de Carabineros o de la Policía de Investigaciones, a todas aquellas normas que provengan de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado chileno en virtud de la ratificación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como de derecho internacional humanitario, en su caso.

En el ámbito interno, en tanto, comprende las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República de Chile de 1980 (en adelante CPR), la Ley N° 18.961 Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, el DL 2.460 que dicta la Ley Orgánica Constitucional de Policía de Investigaciones de Chile, el Código de Justicia Militar, y respecto de este último específicamente las causales de justificación contenidas en los artículos 410, 411 y 412, las disposiciones atinentes del Código Penal, especialmente las contenidas en el artículo 10 n° 10, así como los reglamentos sobre uso de la fuerza contenidos en la Circular N° 1.832 de la Subsecretaría del Ministerio del Interior y la Orden General N° 2.635 que aprueba el protocolo para el mantenimiento del orden público, a lo menos.

2.2 Marco Internacional: Estándar sobre uso de la fuerza y armas de fuego por funcionarios policiales

Cuando señalamos que es un complemento el Derecho Internacional, es entre otras cosas porque el marco internacional reconocido en la Circular N° 1.832 no es exhaustivo, pues la ratificación de tratados de Derechos Humanos por parte del Estado de chileno obliga a este a respetar y acatar la interpretación que de ellos hacen los organismos autorizados. De esta manera habría que incluir también las opiniones consultivas, los informes emanados de órganos internacionales como los relatores, los exámenes periódicos que rinde el Estado chileno, entre otros. También, por aplicación del artículo 38 de la Corte internacional de

¹⁸² Como se verá más adelante, una de las implicancias de la distinción de la hipótesis de autodefensa respecto de la de legítima defensa que asiste a particulares.

Justicia, las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales internacionales también resultan vinculantes para el Estado¹⁸³. Y finalmente, las normas de *ius cogens* también son obligatorias para el Estado chileno, según el artículo 53 de la Convención de Viena¹⁸⁴.

No obstante lo anterior, es efectivo que las normas primordiales en el marco internacional sobre el uso de la fuerza se encuentran en el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979 (en adelante Código de conducta) y en los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba, entre 27 de agosto y el 07 de septiembre de 1990 (en adelante Principios básicos).

En el caso de la Policía de Investigaciones de Chile, según consta en el Informe “Programa de Derechos Humanos: Función Policial y Orden Público 2017” : la institución no cuenta con protocolos específicos relacionados con procesos de detención, uso de la fuerza, traslado de imputados/detenidos, etc.¹⁸⁵ De todas maneras, la normativa internacional de derechos humanos aplicable a Carabineros es extensiva a la Policía de Investigaciones, pues ambos cuerpos policiales corresponden a las Fuerzas de Orden y Seguridad según la CPR. Es más: el Código de Ética de la Policía de Investigaciones de Chile reconoce como sustento e inspiración la garantía de los Derechos Humanos¹⁸⁶; el artículo 3º es particularmente

¹⁸³El marco internacional sólo respecto de los instrumentos normativos que lo componen debiera a lo menos contemplar: los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), adoptadas por la Asamblea General el 17 de noviembre de 2015 en su Resolución 70/175; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes y su Protocolo Facultativo; la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH); la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing); Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad); las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad; las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok), entre otras.

¹⁸⁴Más comprensivo del ordenamiento jurídico internacional que le compete es la Orden General 2635, de misma fecha que la Circular N°1.832, que establece los Protocolos para el mantenimiento del Orden Público. Véase: su apartado inicial “Normas internacionales de Derechos Humanos aplicables a la función policial y abreviaturas empleadas”.

¹⁸⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Programa de Derechos Humanos: Función Policial y Orden Público (Santiago: 2018), 163-208.

¹⁸⁶ Así se reconoce en los Vistos del mencionado Código:

categorico a este respecto¹⁸⁷. Con respecto a las causales de justificación aplicables exclusivamente a funcionarios de investigaciones, cabe señalar que estos poseen una norma específica, consagrada en el artículo 23 bis, como veremos más adelante.

Es efectivo que el Código de Conducta y los Principios Básicos constituyen la matriz normativa de los estándares internacionales para el uso de la fuerza y las armas de fuego, y sobre ellos la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH), y también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) han construido el estándar sobre uso de la fuerza.

En el Código de Conducta se encuentran las definiciones fundamentales para regular el actuar de funcionarios policiales, como lo es su artículo 1° y 2°:

Código de Conducta art. 1°: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley cumplirán en todo momento los deberes que les impone la ley, sirviendo a su comunidad y protegiendo a todas las personas contra actos ilegales, en consonancia con el alto grado de responsabilidad exigido por su profesión.”¹⁸⁸

f) Que, la Policía de Investigaciones de Chile, es una Institución Policial de carácter profesional, civil, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, dependiente del Ministerio encargado de la Seguridad Pública, cuyo personal estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto.

g) Que, la Policía de Investigaciones de Chile, es una organización de servicio público, humanista, responsable y promotora del Estado de Derecho y los derechos humanos, y cuya doctrina favorece la cohesión y la solidaridad interna, según las orientaciones establecidas en el Plan Estratégico de Desarrollo Institucional.

h) Que, la Policía de Investigaciones de Chile entiende que su misión se fundamenta en el servicio a la sociedad y en su contribución al desarrollo humano y al bien común, motivo por el cual promueve un contexto laboral sustentado en la calidad, en la probidad, en la transparencia y en la confianza y credibilidad ciudadana. También asume que una labor policial ética y lícita se basa en tres principios esenciales como son: el cumplimiento de la ley, el respeto de la dignidad de las personas y la protección de los derechos humanos

¹⁸⁷ “Artículo 3: RESPETO DE LA DIGNIDAD Y DERECHOS HUMANOS El personal de la Policía de Investigaciones de Chile respeta, promueve, garantiza y protege la dignidad y derechos humanos, sin distinciones ni excepciones. En caso alguno permite o tolera algún tipo de apremio físico o psicológico y, por lo mismo, excluye prácticas, procedimientos y métodos inhumanos, crueles, degradantes y atentatorios contra la persona humana.”

¹⁸⁸ El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley agrega en cada uno de sus artículos comentarios, respecto del artículo 1°:

Comentario:

a) La expresión "funcionarios encargados de hacer cumplir la ley" incluye a todos los agentes de la ley, ya sean nombrados o elegidos, que ejercen funciones de policía, especialmente las facultades de arresto o detención.

b) En los países en que ejercen las funciones de policía autoridades militares, ya sean uniformadas o no, o fuerzas de seguridad del Estado, se considerará que la definición de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley comprende a los funcionarios de esos servicios.

Código de Conducta art. 2°: “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas.”¹⁸⁹

Así como la normativa general sobre uso de la fuerza, contenida en el artículo 3°:

Código de Conducta art. 3°: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.”¹⁹⁰

c) En el servicio a la comunidad se procura incluir especialmente la prestación de servicios de asistencia a los miembros de la comunidad que, por razones personales, económicas, sociales o emergencias de otra índole, necesitan ayuda inmediata.

d) Esta disposición obedece al propósito de abarcar no solamente todos los actos violentos, de depredación y nocivos, sino también toda la gama de prohibiciones previstas en la legislación penal. Se extiende, además, a la conducta de personas que no pueden incurrir en responsabilidad penal.”

¹⁸⁹ Comentario al artículo 2° del Código de Conducta:

a) Los derechos humanos de que se trata están determinados y protegidos por el derecho nacional y el internacional. Entre los instrumentos internacionales pertinentes están la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

b) En los comentarios de los distintos países sobre esta disposición deben indicarse las disposiciones regionales o nacionales que determinen y protejan esos derechos.”

¹⁹⁰ Comentario al artículo 3° del Código de Conducta:

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes”

Es claro que en la letra a) del Comentario, la excepcionalidad del uso de la fuerza para el cumplimiento de los objetivos específicos de la función policial, a lo que se vincula un criterio de necesidad racional del medio empleado. La letra b) establece un criterio de proporcionalidad al objeto que se persigue. Finalmente, la letra c), que desarrolla el ámbito del uso de armas de fuego, es categórica en la excepcionalidad y gravedad de sus consecuencias (establece un grupo especial de protección: niños, niñas y adolescentes); al mismo tiempo, establece de forma clara la subsidiariedad y las hipótesis en las cuales el uso de armas estaría autorizado: cuando un presunto delincuente oponga resistencia o ponga en peligro la vida de terceros y para ayudar en su detención, cuando ningún otro medio sea practicable.

Los Principios Básicos amplían el contenido básico expuesto en el Código de Conducta¹⁹¹, principalmente mediante el desarrollo y caracterización de los contextos en que los funcionarios policiales pueden hacer uso de la fuerza y los procedimientos que estos deben emplear para llevarla a efecto. Al mismo tiempo suman nuevas hipótesis de actuación¹⁹² y profundizan en el concepto del funcionario policial como sujeto de derechos¹⁹³ que a la vez es garante de los derechos humanos¹⁹⁴.

¹⁹¹ Los Principios Básicos citan el artículo 3 del Código de Conducta en el preámbulo: “Teniendo presente que el artículo 3 del Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley estipula que esos funcionarios podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiere el desempeño de sus tareas,

¹⁹² 9. Disposición especial: Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

¹⁹³ Preámbulo de los principios básicos:

“Considerando que la labor de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley constituye un servicio social de gran importancia y, en consecuencia, es preciso mantener y, siempre que sea necesario, mejorar las condiciones de trabajo y la situación de estos funcionarios,

Considerando que la amenaza a la vida y a la seguridad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe considerarse como una amenaza a la estabilidad de toda la sociedad,

Considerando que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley desempeñan un papel fundamental en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, tal como se garantiza en la Declaración Universal de Derechos Humanos y se reafirma en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

¹⁹⁴ Preámbulo de los principios básicos:

“Considerando que es oportuno, teniendo debidamente en cuenta su seguridad personal, atender al papel de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en relación con la administración de justicia y la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas, a su responsabilidad de mantener la seguridad pública y la paz social, y a la importancia de sus calificaciones, capacitación y conducta”

Destaca la disposición quinta que detalla el procedimiento que deben emplear los funcionarios policiales al desplegar las armas de fuego:

Principios Básicos disp. 5.: “Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.”

El principio especial 9° establece las hipótesis bajo las cuales los funcionarios policiales estarían autorizados para hacer uso de la fuerza:

Principios Básicos disp. 9.: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.”

Salta a la vista que el uso de armas de fuego está permitido en hipótesis específicas, todas circunscritas a la protección de los bienes jurídicos de la vida y la integridad física, y ante

peligros particularmente intensos y no cualquiera respecto a la primera¹⁹⁵. Es más: la norma es clara en señalar que el uso de armas se encuentra restringido a cuando sea estrictamente inevitable para la protección de este bien jurídico; el sentido de la disposición es claro en descartar cualquier hipótesis diferente. La disposición también recalca la obligación de recurrir a medidas menos extremas si con ellas puede alcanzarse el mismo objetivo.

La disposición especial 11 establece el contenido que las reglamentaciones internas sobre el uso de la fuerza deben contemplar:

Principios Básicos disp. 11.: “Las normas y reglamentaciones sobre el empleo de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben contener directrices que:

- a) Especifiquen las circunstancias en que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley estarían autorizados a portar armas de fuego y prescriban los tipos de armas de fuego o municiones autorizados;
- b) Aseguren que las armas de fuego se utilicen solamente en circunstancias apropiadas y de manera tal que disminuya el riesgo de daños innecesarios;
- c) Prohíban el empleo de armas de fuego y municiones que puedan provocar lesiones no deseadas o signifiquen un riesgo injustificado;
- d) Reglamenten el control, almacenamiento y distribución de armas de fuego, así como los procedimientos para asegurar que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respondan de las armas de fuego o municiones que se les hayan entregado;
- e) Señalen los avisos de advertencia que deberán darse, siempre que proceda, cuando se vaya a hacer uso de un arma de fuego;
- f) Establezcan un sistema de presentación de informes siempre que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley recurran al empleo de armas de fuego en el desempeño de sus funciones.

¹⁹⁵ Es claro en este sentido las referencias a: peligro inminente de muerte o lesiones graves; delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida; “represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad”.

Particularmente relevante es la disposición f) arriba señalada pues, en concordancia con la disposición general 6¹⁹⁶ las disposiciones especiales 22, 23, 24, 25 y 26,¹⁹⁷ conforman un entramado normativo relativo a establecer debidamente las responsabilidades que pueden seguirse del uso de armas de fuego.

A partir de esta normativa la Corte IDH ha ido construyendo el estándar aplicable al uso de la fuerza, que se pueden resumir en 4 principios fundamentales: Legalidad, Necesidad, Proporcionalidad y Responsabilidad.

Respecto al Principio de Legalidad, la Corte tuvo oportunidad de expresarse en el caso de Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México¹⁹⁸ en aplicación de los Principios Básicos n° 1, 7 y 8¹⁹⁹, entre otros:

¹⁹⁶ “6. Cuando al emplear la fuerza o armas de fuego los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley ocasionen lesiones o muerte, comunicarán el hecho inmediatamente a sus superiores de conformidad con el principio 22.”

¹⁹⁷ “22. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley establecerán procedimientos eficaces para la presentación de informes y recursos en relación con todos los casos mencionados en los principios 6 y 11 f). Para los casos con respecto a los cuales se informe de conformidad con esos principios, los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley asegurarán que se establezca un procedimiento de revisión eficaz y que autoridades administrativas o judiciales independientes estén dotadas de competencia en circunstancias apropiadas. En caso de muerte y lesiones graves u otras consecuencias de importancia, se enviará rápidamente un informe detallado a las autoridades competentes para la revisión administrativa y la supervisión judicial”

“23. Las personas afectadas por el empleo de la fuerza y de armas de fuego o sus representantes legales tendrán acceso a un proceso independiente, incluido un proceso judicial. En caso de muerte de esas personas, esta disposición se aplicará a sus herederos.”

“24. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que los funcionarios superiores asuman la debida responsabilidad cuando tengan conocimiento, o debieron haberlo tenido, de que los funcionarios a sus órdenes recurren, o han recurrido, al uso ilícito de la fuerza y de armas de fuego, y no adopten todas las medidas a su disposición para impedir, eliminar o denunciar ese uso.”

“25. Los gobiernos y los organismos encargados de hacer cumplir la ley adoptarán las medidas necesarias para que no se imponga ninguna sanción penal o disciplinaria contra los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en cumplimiento del Código de conducta pertinente y de estos Principios básicos, se nieguen a ejecutar una orden de emplear la fuerza o armas de fuego o denuncien ese empleo por otros funcionarios.”

“26. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no podrán alegar obediencia de órdenes superiores si tenían conocimiento de que la orden de emplear la fuerza o armas de fuego, a raíz de la cual se ha ocasionado la muerte o heridas graves a una persona, era manifiestamente ilícita y tuvieron una oportunidad razonable de negarse a cumplirla. De cualquier modo, también serán responsables los superiores que dieron las órdenes ilícitas.”

¹⁹⁸ Hechos del caso: Durante los días 3 y 4 de mayo del año 2006 la policía municipal de Texcoco y San Salvador de Atenco, la policía estadual del estado de México y la Policía Federal Preventiva adelantaron operativos en los municipios de San Salvador de Atenco, Texcoco y en la carretera Texcoco Lechería para reprimir manifestaciones que se llevaban a cabo en dichos municipios. En el curso de los operativos fueron detenidas las once mujeres víctimas del caso, durante su detención y mientras eran trasladadas e ingresadas al Centro de Readaptación Social “Santiaguito” (en adelante “CEPRESO”), fueron sometidas a distintas formas de violencia, incluida en algunos casos la violación sexual.

¹⁹⁹ “7. Los gobiernos adoptarán las medidas necesarias para que en la legislación se castigue como delito el empleo arbitrario o abusivo de la fuerza o de armas de fuego por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.”

8. No se podrán invocar circunstancias excepcionales tales como la inestabilidad política interna o cualquier otra situación pública de emergencia para justificar el quebrantamiento de estos Principios básicos”

“Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo, debiendo existir un marco regulatorio que contemple la forma de actuación en dicha situación.”²⁰⁰

La necesidad de un marco regulatorio de carácter legal y las implicancias de este en el respeto que los Estados (y sus funcionarios policiales) deben tener para con el derecho a la vida y la integridad personal ha sido tratado por la Corte en Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana²⁰¹:

“80. Esta Corte ha establecido con anterioridad que existe un deber del Estado de adecuar su legislación nacional y de “vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”.

El Estado debe ser claro al momento de demarcar las políticas internas tratándose del uso de la fuerza y buscar estrategias para implementar los Principios sobre empleo de la fuerza y Código de Conducta. En este sentido debe dotar a los agentes de distintos tipos de armas, municiones y equipos de protección que le permitan adecuar materialmente su reacción de

²⁰⁰ SCIDH, 28 de noviembre de 2018, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371., Párrafo 162

²⁰¹ Hechos del caso: el 16 de junio de 2000, 30 nacionales haitianos, entre ellos un menor de edad y una mujer embarazada ingresaron a territorio dominicano. El camión en el que se encontraban pasó por dos puestos de control. En el segundo, cuatro militares pertenecientes al Destacamento Operativo de Fuerza Fronteriza abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo que no se había detenido. Los militares realizaron numerosos disparos con sus armas en dirección al camión. - Durante el tiroteo, fue herido de muerte el acompañante del conductor Máximo Rubén de Jesús Espinal, cuyo cuerpo salió expulsado del camión. Los militares que se encontraban en persecución observaron el cuerpo del señor Espinal caer del vehículo, sin embargo continuaron su marcha sin detenerse. Posteriormente, el camión se volcó a orillas de la carretera, y algunas personas quedaron atrapadas bajo el vehículo. Un grupo de personas fallecieron producto del accidente y por los disparos de los militares luego de la volcadura del camión. - Posteriormente, algunas personas sobrevivientes fueron trasladadas a un hospital. Sin embargo, el tratamiento recibido fue precario. El 18 de junio de 2000, un grupo de personas sobrevivientes fueron detenidas. Los detenidos fueron llevados a un cuartel militar en Dejabón. En el cuartel militar de Dejabón, agentes militares del cuartel amenazaron con obligarlos a trabajar en el campo o bien darles dinero a dichos agentes a cambio de que éstos los llevaran a la frontera con Haití. En respuesta, los detenidos hicieron una colecta de dinero para dárselo a los agentes, quienes en horas de la tarde del mismo día los trasladaron a la ciudad de Ouanaminthe (Wanament), en Haití. El 5 de marzo de 2004 el Consejo de Guerra de Primera Instancia emitió sentencia en el proceso penal militar contra los agentes involucrados en los hechos, en la cual se encontraron culpables de homicidio a dos personas y se les condenó a cinco años de prisión.

forma proporcional a los hechos en que deban intervenir, restringiendo en la mayor medida el uso de armas letales que puedan ocasionar lesión o muerte”.²⁰²

La Corte se ha pronunciado sobre el Principio de Necesidad en varias oportunidades, dando aplicación al Principio Básico disposición 4; y fue particularmente elocuente en el caso de *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*²⁰³:

“Absoluta necesidad: es preciso verificar si existen otros medios disponibles menos lesivos para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que se pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. Esta Corte ha señalado que no se puede concluir que quede acreditado el requisito de "absoluta necesidad" para utilizar la fuerza contra personas, cuando estas no representan un peligro directo, "inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura". Los hechos en este caso, en principio, se podrían encuadrar en el supuesto de impedir la fuga y/o repeler una agresión. La Corte considera que, en consecuencia, se podría justificar el empleo de la fuerza frente a la posible amenaza directa que resultara a los agentes o terceros con motivo del supuesto enfrentamiento, más debiera ser utilizada como medida de último recurso.”²⁰⁴.

La mención a la observación que deben realizar los funcionarios policiales al contexto en el que se pretende aplicar la fuerza es particularmente interesante, y fue desarrollado también a partir del caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*:

²⁰² SCIDH, 24 de octubre de 2012, *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251, Párrafo 80.

²⁰³ El caso se refiere a la muerte de Igmár Alexander Landaeta Mejías, de 18 años de edad, ocurrida el 17 de noviembre de 1996, y la detención y muerte de su hermano Eduardo José Landaeta Mejías, de 17 años de edad, ocurridas el 29 y 31 de diciembre del mismo año, respectivamente. Dichos hechos se relacionan con amenazas, hostigamientos y actuaciones de los funcionarios del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del estado de Aragua (CSOP) en Venezuela. La Corte determinó que al momento de ocurrir los hechos existía una seria problemática de abusos policiales en diversos estados de Venezuela, incluyendo el estado de Aragua. La Corte concluyó que Venezuela era responsable internacionalmente por la privación arbitraria de la vida de los hermanos Landaeta Mejías. En el caso de Igmár Alexander, con motivo del uso desproporcionado de la fuerza y en el caso de Eduardo José, quien fue ejecutado mientras se encontraba bajo custodia de agentes estatales, situaciones que acarrearán otras violaciones conexas, las cuales se detallan en la Sentencia

²⁰⁴ SCIDH, 27 de agosto de 2014, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 281, Párrafo 134. Énfasis añadido.

“ii. Absoluta necesidad: es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger, de conformidad con las circunstancias del caso. (...) Si bien los hechos en este caso, en teoría, se podrían encuadrar en el supuesto de oponer resistencia a la autoridad e impedir la fuga, la Corte considera que, aun cuando la abstención del uso de la fuerza hubiera permitido la huida de las personas objeto de la acción estatal, los agentes no debieron emplear la fuerza letal frente a las personas que no representaban una amenaza o peligro real o inminente de los agentes o terceros. En consecuencia, dicho acontecimiento no constituyó, en definitiva, una situación de absoluta necesidad.”²⁰⁵.

El Principio de Proporcionalidad en el uso de la fuerza ha sido también desarrollado por la Corte en múltiples ocasiones. En el caso de Cruz Sánchez y otros vs. Perú la Corte dio aplicación a los Principios Básicos 5 y 9 de la siguiente forma:

“Proporcionalidad: los medios y el método empleados deben ser acorde con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda”²⁰⁶.

Aunque fue en el caso de los Hermanos Landaeta Mejías en donde más desarrollo alcanza. A lo dicho más arriba debemos sumar:

“Para determinar la proporcionalidad del uso de la fuerza, debe evaluarse la gravedad de la situación que enfrenta el funcionario. Para ello, se debe considerar, entre otras circunstancias: la intensidad y peligrosidad de la amenaza; la forma de proceder del individuo; las condiciones del entorno, y los medios de los que disponga el funcionario para abordar una situación específica. Además, este principio exige que el funcionario encargado de hacer cumplir la ley busque en

²⁰⁵ SCIDH, 24 de octubre de 2012, Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de. Serie C No. 251, Párrafo 85.

²⁰⁶SCIDH, 17 de abril de 2015, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de. Serie C No. 292, Párrafo 265

toda circunstancia reducir al mínimo los daños y lesiones que pudieran causarse a cualquier persona, así como utilizar el nivel de fuerza más bajo necesario para alcanzar el objetivo legal buscado”²⁰⁷.

El principio de Responsabilidad fue tratado a propósito del mismo caso de los Hermanos Landaeta Mejías, desarrollando los deberes que el Estado debe cumplir una vez que se ha registrado un hecho en el que han participado funcionarios policiales empleando armas de fuego:

“B.3 Acciones posteriores a los hechos: debida diligencia y humanidad en relación con el deber de respeto y garantía del derecho a la vida:

143. Respecto de las acciones posteriores al empleo del uso de la fuerza, la Corte ha sostenido que, de conformidad con los Principios básicos sobre el empleo de la fuerza, en caso de presentarse heridos luego del despliegue de la misma, se les debe prestar y facilitar los servicios médicos correspondientes y notificar lo sucedido lo antes posible a los parientes o amigos íntimos. Además, se debe proceder con la rendición de informes de la situación, los cuales deberán tener supervisión administrativa y judicial. De igual forma, debe existir una investigación de los hechos que permita determinar el grado y modo de la participación de cada uno de los interventores, sean materiales o intelectuales, y, con ello, establecer las responsabilidades que puedan corresponder (infra párr. 242)”²⁰⁸.

2.3 Marco constitucional.

La CPR traza de forma general las características de la función policial en nuestro país en el artículo 101, específicamente en sus incisos segundo y tercero:

“Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

²⁰⁷ CIDH, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 281, párr. 136

²⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 143.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.”

Los elementos de esta definición que son importantes para el ejercicio de la función policial: el carácter de fuerza pública; la función de garantizar el orden público y la seguridad interior, así como la caracterización de las Fuerzas Armadas y Carabineros como cuerpos armados esencialmente obedientes y no deliberantes.

La facultad de recurrir a la fuerza como método de coacción por parte de funcionarios policiales, sean estos partes de la Policía de Investigaciones o de Carabineros, se encuentra en el carácter de fuerza pública. Esta interpretación es recogida expresamente en la introducción de la Circular N° 1.832 de 1 de marzo de 2019, siendo válida para el cuerpo de la Policía de Investigaciones en la medida que cuenta con la misma habilitación legal que Carabineros para el uso de la coacción.

Con respecto a la función de garantizar el orden público y la seguridad interior, nos remitimos a las prevenciones y reseñas esbozadas en la sección sobre el bien jurídico de la seguridad pública, pues estimamos que si bien la terminología usada por la CPR es equívoca, según lo hemos podido aclarar, los conceptos de orden público, seguridad interior y seguridad pública buscan sintetizar una misma idea: un bien jurídico para la seguridad de otro bien jurídico.

La función de dar eficacia al derecho está dada por el mandato de cumplimiento a resoluciones emanadas de los órganos jurisdiccionales, señalado en el art. 76 CPR, “sin más trámite”. En el mismo sentido se expresa en el artículo 83 relativo a las facultades del Ministerio Público de impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, las que deberá cumplir quedando vedada por parte de estas la posibilidad de calificar su fundamento de justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

Sin embargo, desde un punto de vista más complejo, la función de dar eficacia al derecho debe ser comprendida también como parte fundamental del respeto y garantía de los

mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico en general, de los procedimientos establecidos para desempeñar la actividad policial y de los derechos humanos.²⁰⁹

La caracterización de esencialmente obedientes y no deliberantes de las Fuerzas de Orden ha sido explicada por la doctrina de la siguiente forma: “El carácter de ser esencialmente obedientes tiene un aspecto externo y otro interno. Desde el punto de vista externo significa que estas fuerzas, como entes orgánicos, deben obediencia al ordenamiento jurídico y en consecuencia a las autoridades del Estado, que actúen dentro de sus competencias. Desde el punto de vista interno, importa la consecuencia de su carácter jerárquico y disciplinado”²¹⁰.

La norma consagra la prohibición de debate al interior de los cuerpos uniformados en cualquiera de sus niveles acerca de los problemas colectivos con miras a uniformar apreciaciones o coordinar actitudes que conduzcan a expresar aplauso o crítica a los órganos del poder político o hacer prevalecer soluciones propias²¹¹.

La función de *dar eficacia al derecho* es tratada desde un punto de vista procesal, mientras que la caracterización como *esencialmente obedientes y no deliberantes* se entiende, fundamentalmente, desde un punto de vista político, relativo a la injerencia de las Fuerzas Armadas y de Orden en la vida pública civil. Ambos elementos tienen su origen en criterios jurídicos diversos; no obstante, descansan sobre la base de la misma sustancia: la sujeción de los cuerpos armados y de orden al ordenamiento jurídico y su obligación de acatar las decisiones de las autoridades civiles, destacándose la imposibilidad de controvertir tanto al primero como a las segundas. Uno de los efectos inmediatos de este hecho es que se encuentra restringida desde la propia Constitución el ámbito de discrecionalidad de los funcionarios policiales a la hora de ejercer la función que les es propia, debiendo observar estrictamente los parámetros que para ésta exige la ley.

²⁰⁹ Ése pareciera el sentido del término que intenta darle la Circular 1.832 en el apartado **VI. Conclusiones**:

“La función policial tiene como misión sustancial ‘dar eficacia al derecho’, esto es, cumplir y hacer cumplir la ley.

El cumplimiento de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad garantizan que el uso de esta fuerza se haga cumpliendo los estándares internacionales, garantizando el respeto de los derechos humanos y el profesionalismo policial. Estas pautas no sólo dan garantías a la comunidad del alto estándar de servicio que quiere alcanzar permanentemente Carabineros de Chile sino, al mismo tiempo, legitiman jurídica y éticamente las intervenciones policiales en que se hace uso de la fuerza.”

²¹⁰ Hernán Molina, *Derecho Constitucional* (Santiago: Legal Publishing, 2010), 520.

²¹¹ Alejandro Silva, *Tratado de Derecho Constitucional, Volumen 3* (Santiago: Editorial Jurídica, 1963), 345.

2.4 Leyes Orgánicas Constitucionales.

Lo dicho sobre el texto constitucional es trasladable a las leyes orgánicas respectivas de ambos cuerpos policiales. La ley N° 18.961 o Ley Orgánica Constitucional de Carabineros recoge en los mismos términos el carácter de *fuera pública*, la función de *dar eficacia al derecho* y la caracterización de esencialmente obedientes y no deliberantes realizada por la CPR, en el inciso primero del artículo 1° y en el artículo 2° inciso primero. En el caso del DL 2.460 que dicta Ley Orgánica Constitucional de la Policía de Investigaciones, si bien no se hace mención expresa al respecto, se debe entender que lo dicho por la CPR respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública les compete, pues en el artículo 1° inciso I²¹² del mencionado decreto se reconoce a Policía de Investigaciones como parte de las *Fuerzas de Orden*.

Sobre la utilización de las armas de fuego por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad para el cumplimiento de sus funciones, la misma CPR supone su uso en el mismo artículo 100 inciso 3²¹³, conjugándose con la reserva del monopolio en la tenencia y uso de estas que se establece en el artículo 103²¹⁴ -con matices, pues la norma establece la posibilidad de autorización en la posesión de armas por sujetos distintos a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad, si una ley de quórum calificado lo permite-. En el mismo sentido se expresan el artículo 102 de la Ley Orgánica de Carabineros. En el caso del DL 2460 no existe una disposición análoga a la de Carabineros, sin embargo, el artículo 24²¹⁵ de la norma establece

²¹² **Artículo 1° inciso I DL 2460**

“La Policía de Investigaciones de Chile es una Institución Policial de carácter profesional, técnico y científico, integrante de las Fuerzas de Orden, dependiente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, cuyo personal estará sometido a un régimen jerárquico y disciplinario estricto. Se vincula administrativamente con el referido Ministerio a través de la Subsecretaría del Interior”

²¹³ El **artículo 100 inciso III CPR** señala:

“Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.

²¹⁴ **Art. 103. CPR**

“Ninguna persona, grupo u organización podrá poseer o tener armas u otros elementos similares que señale una ley aprobada con quórum calificado, sin autorización otorgada en conformidad a ésta.

Una ley determinará el Ministerio o los órganos de su dependencia que ejercerán la supervigilancia y el control de las armas. Asimismo, establecerá los órganos públicos encargados de fiscalizar el cumplimiento de las normas relativas a dicho control”.

²¹⁵ “El personal de Policía de Investigaciones de Chile está autorizado para portar armas de fuego en la forma y condiciones que determine el Reglamento.

que el personal de Policía de Investigaciones puede portar armas de fuego, extendiéndose dicho permiso incluso a oficiales retirados.

2.5. Causales de Justificación Contenidas en Normas especiales: Código de Justicia Militar: Arts. 410, 411 y 412 y artículo 23 bis. del DL N° 2.460

La exigua reglamentación constitucional relativa al uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales nos reenvía de la Constitución y Leyes Orgánicas al Código de Justicia Militar (en adelante CJM) y al DL N°2.460.

En el caso del CJM, la regulación sobre causales de justificación es anacrónica y se encuentra desactualizada respecto al desarrollo doctrinal que en materia de antijuricidad se ha verificado respecto del ejercicio de la función policial, el uso de la fuerza y, en especial, el uso de las armas. Esto explica en parte por qué los autores han considerado que su formulación es contraria a un Estado de Derecho²¹⁶. Lo anterior obliga a considerarlas obsoletas en su aplicación y a resolver los problemas de antijuricidad sobre la base de decretos reglamentarios y los instrumentos normativos propios del derecho internacional de los derechos humanos.

El caso del artículo 23 bis del DL N° 2.460 es distinto, pues la inclusión de esta causal de justificación es más reciente y su rendimiento dogmático mayor. Ahora bien, quizás porque la gestación de este artículo se realiza todavía en dictadura, no escapa a la crítica sobre su posición en el marco de una sociedad democrática. Así dispuesto el asunto, al contrario de lo que acontece con Carabineros de Chile, la Policía de investigaciones no ha generado reglamentos mínimos sobre el uso de la fuerza y armas de fuego, según consta en informe al respecto²¹⁷.

Llama la atención el desequilibrio y el escaso desarrollo conceptual de la normativa atingente al uso de la fuerza, y en especial de la utilización de armas, a nivel legal. Ya que la falta de regulación legal da cuenta de las pocas claridades que se tienen sobre la importancia de fijar

Los Oficiales Policiales de los grados de Director General, Subdirectores, Prefectos Inspectores, Prefectos y Subprefectos, de la Policía de Investigaciones de Chile en retiro, estarán facultados para portar armas de fuego que tengan debidamente inscritas a su nombre, previa autorización otorgada por el Director General, sin perjuicio de aplicárseles lo que disponga la reglamentación respectiva, para el personal en servicio activo

²¹⁶ Como se verá más adelante.

²¹⁷ Así se vio en la parte final del apartado 2.2 Marco Internacional: Estándar sobre uso de la fuerza y armas de fuego por funcionarios policiales

de forma democrática los límites del uso de la fuerza policial. A lo que debiésemos sumar la poca capacidad de implementación de estas normas en el contexto concreto en el que se ha de desplegar la fuerza policial.

Sobre el fundamento de estas causales de justificación especiales este se encuentra en el artículo 10 n° 10 CP, referido a obrar en cumplimiento de un deber, pues es esta norma la que opera como umbral de entrada a las causales de justificación tanto penales como extrapenales, independientemente de la fuente de donde provengan²¹⁸: leyes especiales (CJM y DL 2.460), reglamentos (Circular N° 1832, Orden General N° 2.635) y tratados internacionales (Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y armas de fuego por los Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley). La operatividad del N° 10 del art. 10 se erige sobre la imposibilidad del legislador y la doctrina de hacer una enumeración exhaustiva de las causales de justificación, así como el principio de unidad del derecho²¹⁹.

Es claro que el deber que autoriza el comportamiento típico para los funcionarios policiales chilenos es, como establece el artículo 101 de la CPR, *garantizar el orden público y la seguridad pública interior*, en consonancia con el deber de *dar eficacia al derecho*. La doctrina es clara en señalar que el deber que fundamenta la causal de autorización debe ser de naturaleza jurídica, no importando si está dispuesto en la ley, un convenio internacional, un reglamento o una instrucción²²⁰. Solo así existe la autorización (justificación) por la cual el policía puede cometer actos típicos, como coaccionar (494 n° 16 CP), producir lesiones leves (494 n° 5 CP), graves (399 CP) o disparar un arma (14 D LCA), sobre la base de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, conviene aclarar que es el deber específico inherente al cargo o autoridad de policía el que permite que su actuar típico esté autorizado, no la autoridad o cargo en sí mismo, razón por la cual el actuar típico, para estar autorizado (justificado), debe siempre estar circunscrito al cumplimiento del deber previamente normado²²¹. En este sentido el actuar conforme al deber tiene que regirse por la normativa específica que le es atingente²²².

²¹⁸ Garrido, Mario, *Derecho Penal Parte General*, 146.

²¹⁹ *Ibíd.*, 146-147.

²²⁰ Garrido, Mario, *Derecho Penal Parte General*, 192.

²²¹ *Ibíd.*, 201.

²²² *Ídem.*

Finalmente, la doctrina ha establecido ciertas condiciones para que opere la autorización (justificación):

- 1) Que el sujeto investido de autoridad, oficio o cargo tenga la obligación de actuar, dado que se le ha impuesto individualmente un deber que tiene que ser de naturaleza jurídica, sin importar el tipo de fuente normativa. Este mandato tiene que ser específico, esto es: la norma debe señalar cuál es la conducta que se ordena y a quién está destinada²²³.
- 2) Que el que cumple el deber actúe dentro de los límites que le corresponden y empleando el medio necesario. Por un lado, no bastaría que se dé la situación fáctica de cumplimiento del deber para dar por cumplido este, se requiere, además, que quien actúa lo haga siempre dentro de los límites que el deber le impone. Por otro lado, el acto típico realizado por el funcionario, debe ser estrictamente necesario, entendido como idóneo, para el cumplimiento cabal del deber²²⁴.

Es claro que las condiciones postuladas por la doctrina están en concordancia con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, que han sido construidos en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que contribuyen para servirnos de parámetro para evaluar el actuar de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y determinar, aunque sea teóricamente, qué comportamientos merecen estar contemplados dentro de la autorización que permite cometer actos típicos, cuyos márgenes están en parte delimitados por el deber impuesto a estos funcionarios policiales.

Artículo 410 CJM: “Además de las exenciones de responsabilidad establecidas será causal eximente de responsabilidad penal para los Carabineros, el hacer uso de sus armas en defensa propia o en la defensa inmediata de un extraño al cual, por razón de su cargo, deban prestar protección o auxilio.”

²²³ Garrido Montt, ofrece como ejemplo la orden legal del verdugo de cumplir la pena de muerte, o del policía de detener en flagrancia al delincuente; haciendo la salvedad de que la aprehensión por orden judicial no es un comportamiento típico en ningún caso, más la aprehensión sin más de un delincuente, sí. Garrido Montt, *Derecho Penal Parte General*, 195.

²²⁴ Garrido Montt ejemplifica: el policía que detiene a un sujeto, si éste opone resistencia, deberá emplear medios coactivos –que en otras circunstancias podrían ser injustos- en cuanto sean los exactamente requeridos para cumplir su cometido, y siempre que no cuente con otros atípicos que pudiera haber empleado. Garrido, *Derecho Penal Parte General*, 196.

El artículo 410 del CJM establece la hipótesis de uso de armas en defensa propia y de terceros que a los cuales en razón del cargo el policía deba prestarles protección o auxilio en razón de su cargo. Al tratarse de una disposición de defensa propia y de terceros puede interpretarse que entre esta disposición especial y el artículo 10 n° 4 a 7 CP habría más similitudes que diferencias²²⁵. Sin embargo, una comparación textual entre el art. 410 CJM y el N°4 del artículo 10 del CP, indica lo contrario, pues en la norma del CJM no existe referencia explícita a ninguno de los requisitos mencionados en el Código Penal para la legítima defensa, ni siquiera al de agresión ilegítima, que como se ha venido estableciendo constituye el presupuesto básico de la legítima defensa²²⁶.

En doctrina comparada hay sectores que estiman que los funcionarios policiales están amparados por la causal de legítima defensa en los mismos términos que un sujeto particular²²⁷. En respuesta, se esgrimen diferencias sustanciales entre una y otra causa de justificación. Una primera diferencia radica en que la defensa legítima emprendida por particulares es no preparada y en defensa del derecho subjetivo del agredido; en la actuación de la autoridad pública, por lo menos en lo que se refiere a la prevención del delito, esta no es espontánea y se hace, entre otros fines, en razón del resguardo del orden y la seguridad pública. Una segunda diferencia estriba en que la legítima defensa no está sujeta a un criterio estricto de proporcionalidad, pudiéndose matar, incluso, a quien ha intentado entrar a un

²²⁵ Así se desprende del apartado II. Marco jurídico aplicable para el uso de la fuerza Circular 1.832 relativa a las causales de justificación: "Asimismo, las causales de justificación penales específicas ante los posibles efectos dañinos de la fuerza coactiva de Carabineros se encuentran en el Código Penal, artículo 10 numerales 4° a 7°, que están relacionados, a su vez, con los artículos 410, 411 y 412 del Código de Justicia Militar.". Y lo mismo en el apartado III. Principios para el uso de la fuerza : "Como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los miembros de Carabineros de Chile podrán hacer uso de la fuerza de forma gradual y proporcional en aquellos casos que se obre en legítima defensa, esto es, para proteger la integridad de terceras personas o la suya..."

²²⁶Hernández y Couso, *Código Penal Comentado*, 217.

²²⁷Por ejemplo, en Alemania, según reseña Omar Palermo, la opinión dominante, por lo menos durante la primera mitad de la década de los 2000, cuando Palermo escribe, sostiene abiertamente que los policías que se encuentran en un estado de necesidad propia o ajena, pueden actuar en legítima defensa propia o de terceros. Es más: estos podrían actuar no solo en caso de agresiones que pongan en riesgo grave la vida propia o de terceros, sino que también en los casos en que se pone en riesgo la integridad corporal o la propiedad privada. Sostienen, a su vez, que sería ilógico que el funcionario policial contara con menos atribuciones que un particular para el ejercicio de su función pública, razón por la cual, además, estos contarían con la facultad de defender el bien atacado con todos los medios disponibles a su alcance. En contraposición a quienes sostienen que una equiparación entre la legítima defensa ordinaria y la de funcionarios policiales es incorrecta, la postura dominante sostiene que de haber una imposibilidad de acceder a la legítima defensa por parte de funcionarios policiales en los mismos términos que los particulares se daría la paradoja de que los funcionarios policiales, en determinadas situaciones, tendrían menos posibilidades de repeler eficazmente ciertas agresiones que un particular, dando pie para que este último prefiera recurrir al auxilio de terceros o actuar por sí mismo, antes que recurrir a la policía, poniéndose en duda, en definitiva, el monopolio de la fuerza por parte del Estado, propendiendo a la autotutela, lo que es político criminalmente indeseable. Omar Palermo, *La legítima defensa: una revisión normativista* (Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2006), 365-366.

inmueble presumiblemente a perpetrar un robo; la actuación policial, en tanto expresión pura de la violencia estatal, sí, debiendo, como se desprende de los tratados internacionales al efecto, respetar al máximo posible la vida. Por otra parte, la situación en la cual el particular tiene más facultades de actuación que la policía frente a determinadas situaciones se vería compensado por las facultades propias de la policía que le permiten actuar antes y después de la agresión, cuestión que no es posible en caso de particulares cuya reacción defensiva está supeditada a la inmediatez de la agresión²²⁸. Ante el argumento según el cual al contar la policía con menores facultades para reaccionar eficazmente en razón de una sujeción más estricta al principio de proporcionalidad que los particulares, llevaría a estos últimos a preferir la autotutela antes que el auxilio de la autoridad pública, Palermo sostiene que esto no es posible dado que los principios generales de la legítima defensa obligan al agredido a recurrir, de entre todos los medios posibles el menos lesivo, en virtud del cual el particular está obligado a acudir antes a la policía si esta cuenta con mejores medios que los propios para enfrentar la agresión²²⁹. Desde otro punto de vista, una vez que se ha iniciado la repulsa de la agresión por parte de funcionarios policiales, no le es posible al particular intervenir, de lo contrario se pondría en duda la capacidad de tutela del Estado, por lo que la preferencia por la legítima defensa. Desde el punto de vista del deber que los funcionarios policiales están llamados a cumplir, si les fueran aplicables las normas de legítima defensa, el cumplimiento de este deber sería facultativo y no obligatorio, como se espera que sea; esto en virtud que la legítima defensa constituye un derecho para el agredido, implicando para el funcionario policial agredido una facultad para elegir por sí mismo en qué situaciones de necesidad intervenir o no.

Finalmente, El artículo 410 está vinculado al artículo 330 del CJM que establece el delito de violencias innecesarias en el caso de que no se cumplan los criterios asociados a la defensa propia o de terceros, lo que constituye un tratamiento privilegiado para el policía que atenta contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el N°2 del artículo 19 de la CPR. Esto, pues el artículo 330 contempla una pena más baja por el mismo hecho ilícito (por ejemplo, matar a otro) por el sólo hecho de que el autor es policía²³⁰.

²²⁸ *Ibíd.*, 367.

²²⁹ *Ídem.*

²³⁰ Hay que recordar que la pena para el homicidio simple en nuestro ordenamiento jurídico, según lo describe el artículo 390 CP va desde presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo en el caso del homicidio calificado, y de presidio mayor en su grado medio para el homicidio simple

Art. 411 CJM:

“Estará también exento de responsabilidad penal, el Carabinero que haga uso de sus armas en contra del preso o detenido que huya y no obedezca a las intimaciones de detenerse.

Esto no obstante, los Tribunales, según las circunstancias y si éstas demostraren que no había necesidad racional de usar las armas en toda la extensión que aparezca, podrán considerar esta circunstancia como simplemente atenuante de la responsabilidad y rebajar la pena en su virtud en uno, dos o tres grados.”

El artículo 411 consagra una hipótesis de uso de armas en caso de fuga del preso o detenido que desatiende las intimaciones a detenerse. La norma consagra la potestad del tribunal de atenuar la pena hasta en tres grados en los casos en que según la prueba de las circunstancias concretas, se demostrare que no había una necesidad racional de usar las armas en toda su extensión. A todas luces la norma también atenta contra el artículo 19 n°2 de la CPR, pues es incomprensible que habiéndose demostrado en juicio que uno de los presupuestos de la causal de justificación no concurre, a saber, la necesidad racional del medio empleado -lo que significa, en otras palabras, que no era procedente usar el arma-, el tribunal este facultado para reducir la pena. De lo cual resultaría que, por ejemplo, si se mata al detenido o preso, la pena podría llegar a ser presidio menor en su grado mínimo; es decir, una pena equivalente al hurto de hallazgo²³¹. Desde otro punto de vista, la norma es deficiente toda vez que no recoge la necesidad de un análisis del caso concreto en que sucede la fuga y el peligro que la fuga del delincuente puede ocasionar al orden público o la seguridad ciudadana, lo que en teoría faculta a Carabineros y Policías de Investigaciones a utilizar su arma para detenidos o presos fugados por delitos contra bienes jurídicos que no afectan la vida o la integridad física para el cumplimiento de las funciones que la policía está llamada a cumplir.

Por otra parte, para definir el presupuesto fáctico de aplicación de la norma se hace necesario definir cuándo se es detenido y cuándo preso. Las normas que regulan la detención se encuentran en la Constitución: art. 19 n° 7 que consagra el derecho a la libertad personal y la seguridad individual. La letra a) puntualiza el contenido del derecho; los presupuestos excepcionales por los cuales se puede detener a un individuo se encuentran en los numerales b) y c), por orden de funcionario público competente expresamente facultado por la ley y

²³¹A lo que habría que agregar el hecho que la fuga del detenido o preso no constituye delito, apenas falta, por lo que la utilización de la fuerza con armas de fuego sería en inapropiada por excesiva.

después que dicha orden le sea intimada en forma legal y en caso de delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes, respectivamente²³². Las normas constitucionales tienen correlato en el Código Procesal Penal en los artículos 5°, 125 y siguientes²³³. Dentro de las normas de este Código llama la atención el artículo 129 inciso primero sobre la detención en caso de flagrancia²³⁴, ya que constituye una excepción a la detención realizada por funcionarios públicos, pues cualquier persona puede realizar la detención. La variabilidad de las situaciones en que se da la detención ha llevado a la doctrina a construir un concepto amplio de la misma, anclado en las situaciones fácticas más que en conceptos netamente jurídicos. HORVITZ y LÓPEZ entienden que la detención, en sentido amplio, “puede ser definida como toda privación de la libertad ambulatoria de una persona, distinta de la prisión provisional o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada bajo invocación de un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico”²³⁵. El sentido amplio privilegia una idea de la detención en sentido fáctico más que jurídico, pues así puede aplicar el estatuto jurídico del detenido, los derechos y garantías que el ordenamiento jurídico le reconoce, con independencia de la nomenclatura específica del acto, por ejemplo, en los casos de “conducción” o “retención”. Por otra parte,

²³²Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

7°.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

- a) Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;
- b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;
- c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

²³³ **Artículo 5°.-** Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.

Artículo 125.- Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público competente expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en ese caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere.

²³⁴Artículo 129.- Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiera en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

²³⁵ María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho procesal penal chileno. Tomo I.* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010) 362-364.

dicen los autores, la detención como situación fáctica de privación de libertad permite el análisis de casos en los que no solo funciona como medida cautelar sino también como medida ejecutiva o cuando tiende a garantizar la comparecencia de una persona distinta al imputado²³⁶. Con todo, la causal opera cuando la detención, entendida como la situación fáctica, se realiza por funcionarios policiales. En este sentido, es clave, en todo caso, entender que el uso de armas en contra de una persona que se encuentra detenida, pero cuya legalidad de la detención es posteriormente declarada, no puede estar amparada por la causal. Por otra parte, si un individuo huye y no alcanzó a ser detenido, la causal no aplica.

“Preso” es el sujeto que se encuentra privado temporalmente de su libertad ambulatoria mediante su ingreso en un recinto penitenciario, durante la sustanciación del procedimiento, en el caso de la prisión preventiva²³⁷, o mientras dura su condena, en el caso del imputado condenado por sentencia definitiva a la pena de prisión y presidio. La causal, entonces, tiene una restricción espacial, pues la prisión está circunscrita al recinto penitenciario.

Art. 412. CJM:

“La disposición del artículo anterior se aplicará también al caso en que el Carabinero haga uso de sus armas en contra de la persona o personas que desobedezcan o traten de desobedecer una orden judicial que dicho Carabinero tenga orden de velar, y después de haberles intimado la obligación de respetarla; como cuando se vigila el cumplimiento del derecho de retención, el de una obligación de no hacer, la forma de distribución de aguas comunes, etc.”

El artículo 412 hace aplicable las disposiciones del artículo 411 a los casos en que oficiales de policía hagan uso de armas con ocasión del cumplimiento de una orden judicial que les ha sido encargada, después de haberla intimado. La extensión del artículo 411 implica, entonces, que los tribunales tendrían la misma facultad de atenuar la pena en hasta tres grados si el uso del arma no fuese racionalmente necesario según la prueba de las circunstancias del caso. La norma no lo expresa, pero es claro que la intimación de la orden judicial debe haberse realizada en la forma establecida en la ley para el caso concreto. Los casos mencionados por la norma son ejemplares, aunque bastante amplios. Así, no se especifica cuál es el alcance o

²³⁶ Horvitz y López, *Derecho Procesal*, 363-364.

²³⁷ *Ibíd.*, 389.

sentido que debe tener esa “obligación de no hacer” que habilita a los funcionarios a actuar debiendo descartarse, por ejemplo, que se trate de una obligación civil que afecte meramente a particulares; el caso es distinto si, por ejemplo, se trata de una prohibición de acercarse a la víctima por parte de un sujeto particularmente peligroso o sobre el cual se tengan indicios claros de que si se acerca a la víctima atente gravemente en contra de ella. El ejemplo de la distribución de las aguas da a entender que los oficiales estarían facultados en el caso en que deban actuar ante situaciones que revistan un interés público importante, sin embargo, la falta de especificación sigue siendo peligrosa en la medida que deja demasiado abierto el ámbito de discreción policial.

En el caso de la Policía de Investigaciones, regula el artículo 23 bis

Artículo 23 bis DL 2.460: “Estará exento de responsabilidad criminal, el funcionario de la Policía de Investigaciones de Chile, que con el objeto de cumplir un deber que establezca este decreto ley, se viere obligado a hacer uso de armas, para rechazar alguna violencia o vencer alguna resistencia contra la autoridad.”

El art. 23 bis del DL 2.460 aplicable a Policía de Investigaciones constituye una causal de exclusión amplia con dos hipótesis para el uso de armas: cuando sea necesario para rechazar una violencia y para vencer una resistencia a la autoridad, siempre que esto ocurra con ocasión del cumplimiento de alguno de los deberes que el mismo decreto ley establece. La primera de las hipótesis consagra un supuesto de defensa propia y de terceros. La utilización del vocablo “violencia” es bastante impreciso ¿cuándo o qué debe constituir una violencia para motivar el actuar policial? La ausencia de referencias al contexto tampoco ayuda. El segundo supuesto se presenta también bastante complejo de determinar, puesto que faltan referencias que especifiquen la calidad de la autoridad a cuya resistencia se pretende vencer, pues sabemos que la oposición a la autoridad es legítima si esta a su vez no tiene fundamento racional, es arbitraria o ilegal.

Finalmente, cabe señalar que tanto las disposiciones del CJM y del DL N° 2460 estarían muy reñidas con el Estado de Derecho²³⁸. El caso del artículo 410 sería el más dramático, pues se consagraría una verdadera presunción de derecho para el Carabinero o funcionario de las fuerzas armadas que cumpla funciones de guarda del orden y seguridad pública, en virtud del artículo 208 del CJM²³⁹. En el caso del 411 y 412, se trataría de una presunción simplemente legal toda vez que permite al tribunal calificar los hechos mediante la prueba para determinar la racionalidad del uso de armas, con el resultado de rebaja de pena que criticamos más arriba. Lo mismo ocurriría con el artículo 28 bis, sin perjuicio que, según señala el autor, los términos “se viere obligado” empleado por la norma, en teoría permitiría que el tribunal indague en las circunstancias concretas del caso²⁴⁰, con el subsecuente problema de pretender entrar en la psicología del funcionario.

2.6 Marco Reglamentario para Carabineros de Chile.

2.6.1 Protocolo sobre el uso de la fuerza para Carabineros de Chile.

El marco reglamentario actual que rige el uso de la fuerza y de las armas de fuego tiene su origen en el Decreto N° 1.384, de 13 de noviembre de 2018 que establece las Disposiciones relativas al uso de la fuerza en las intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público²⁴¹. El artículo primero del decreto establece los mentados lineamientos generales²⁴².

²³⁸ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 227.

²³⁹ **Art. 208.** Será causal eximente de responsabilidad para los militares, el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida.

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

²⁴⁰ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 227.

²⁴¹ La dictación del decreto da cumplimiento al Acuerdo de Cumplimiento de Recomendaciones del caso N° 12.880 "Edmundo Alex Lemún Saavedra Vs. Chile" en virtud del cual el Estado chileno se comprometió a una serie de garantías de no repetición tales como: “aprobar un decreto presidencial que contenga lineamientos generales sobre el uso de la fuerza policial, revisar y actualizar los protocolos existentes relativos al empleo del uso de la fuerza para la mantención del orden público, así como establecer el mecanismo para que Carabineros de Chile reporte anualmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, estadísticas relativas al uso de la fuerza y episodios violentos”

²⁴² Artículo primero: Lineamientos generales sobre el uso de la fuerza en intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública deberán observar los siguientes lineamientos generales relativos al uso de la fuerza en intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público:

- 1) En sus actuaciones, las fuerzas policiales deberán velar por la protección de la seguridad pública y los derechos de las personas.
- 2) En sus actuaciones, las fuerzas policiales respetarán y cumplirán la ley en todo momento.

En lenguaje empleado en la redacción de la norma es bastante amplio e impreciso, lo que le resta fuerza al carácter protector de los derechos humanos y posibilita errores en la interpretación que podrían ser evitables. Así, específicamente sobre el uso de la fuerza y las armas de fuego, en el número 1) se equipará la protección del orden público a “los derechos de las personas” ¿A qué derechos se refiere? ¿Derechos patrimoniales, derechos humanos, derechos fundamentales? La ausencia de una especificación debilita la eventual protección de derechos humanos. El número 3) busca establecer el uso de armas letales como último recurso, pero el mandato es débil. En primer lugar ¿A qué se refiere la norma cuando dispone “uso intencional”? ¿Acaso hay una manera no intencional de usar un arma para cumplir un objetivo policial? Si lo que intentaba la norma era restringir la utilización del arma de fuego de forma imprudente o caprichosa, reservándolas sólo para los casos en que fuera estrictamente necesario sobre la base de una verdadera razón vinculada a la función pública de la policía, el vocablo aparece como equívoco. Por otra parte, la utilización del verbo “preferir” sugiere la idea de ejercicio discrecional con un margen excesivamente amplio, desdibujando el verdadero sentido de la exigencia del último recurso, esto es, mandar el uso de medios menos lesivos y reservar los más intensos sólo cuando sea estrictamente necesario.

Sobre la base del Decreto N° 1.384 se yergue la Circular N°1.832 que desarrolla los lineamientos generales, conceptualiza los principios que deben regir el uso de la fuerza y el de las armas de fuego, incluyendo, además pautas de actuación a los funcionarios policiales vinculadas a la graduación y proporcionalidad de la fuerza. Finalmente, esquematiza los tipos de armas que deben usar los funcionarios policiales.

3) Los funcionarios policiales deberán evitar el uso intencional de armas letales, debiendo preferir el empleo de elementos o la adopción de medidas menos dañinas para lograr sus objetivos.

4) En caso que sea necesario emplear un arma de fuego, y siempre que sea posible, adecuado y útil, el funcionario policial advertirá claramente su intención de utilizarla. Esta advertencia no será necesaria en aquellos casos que con ella se ponga en peligro al funcionario policial o se cree un riesgo grave a otras personas.

5) Los funcionarios policiales deberán asegurar el mantenimiento del orden público con el objeto de garantizar las reuniones autorizadas por la autoridad competente y de carácter pacífico.

6) En caso de reuniones no autorizadas por la autoridad competente y de carácter no violento, los funcionarios policiales evitarán el uso excesivo de la fuerza.

7) Los funcionarios policiales no podrán hacer uso de la fuerza en contra de personas detenidas, salvo cuando sea estrictamente necesario para concretar la detención, para mantener la seguridad y el orden en las unidades policiales o cuando esté en peligro la integridad física de alguna persona.

8) Las normas internas que regulen la intervención policial para el mantenimiento del orden público, deberán dar estricto cumplimiento a la legislación interna y a los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado de Chile, en materia de derechos humanos.

El apartado de Los Principios para el Uso de la Fuerza inicia destacando el principio de necesidad supeditado al ejercicio de la función policial; el deber de los funcionarios policiales de recurrir, siempre en la medida de lo posible, a medios no violentos, reservando la fuerza sólo para algunos casos; y la utilización de la fuerza de forma gradual y proporcional²⁴³. Sobre una posible legítima defensa la Circular señala: “Como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, los miembros de Carabineros de Chile podrán hacer uso de la fuerza de forma gradual y proporcional en aquellos casos que se obre en legítima defensa, esto es, para proteger la integridad de terceras personas o la suya, toda vez que tienen bajo su cargo hacer cumplir la ley, respetar y proteger la dignidad humana, y defender los derechos humanos de todas las personas”²⁴⁴.

Los principios básicos para el uso de la fuerza en el título III de la Circular son los mismos desarrollados por el derecho internacional de los Derechos Humanos: legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad:

“Principio de Legalidad: El uso de la fuerza debe estar suficientemente fundada en la legislación nacional, como, asimismo, debe efectuarse en el cumplimiento del deber, empleando métodos (procedimientos) y medios (armas) que hayan sido previamente autorizados por Carabineros. Ejemplos: cada Carabinero porta en su cinturón de servicio elementos de protección como esposas, bastón de servicio y arma de fuego.

Principio de Necesidad: El personal de Carabineros en el desempeño de sus funciones debe utilizar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza, correspondiendo hacer uso de esta cuando los otros medios resulten ineficaces o no garanticen el logro del resultado previsto. El uso de la fuerza es el último recurso frente a la resistencia de un sujeto sometido al control o la acción de Carabineros o para repeler una agresión ilegítima. Ejemplo: una persona puede ser inmovilizada por la fuerza si no ha accedido voluntariamente a un control policial permitido por el ordenamiento jurídico.

Principio de Proporcionalidad: Significa que debe haber un equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un Carabinero y la intensidad de fuerza que se aplica para

²⁴³ Según dispone la Circular N° 1.832 en el título III Principios para el uso de la fuerza: “La fuerza sólo debe aplicarse cuando sea estrictamente necesaria y en la medida requerida para el desempeño de las funciones policiales, de modo tal que personal de Carabineros en el cumplimiento de sus tareas profesionales deben aplicar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza, tales como la utilización de tácticas de persuasión, negociación y mediación, y sólo cuando fuera necesario, emplear la fuerza mediante la utilización de los elementos o la adopción de las acciones de manera gradual y proporcional para el logro de sus objetivos.”

²⁴⁴ Ídem.

lograr que la persona se someta al control policial. Igualmente este principio conlleva que el uso de la fuerza tiene como límite que no puede infligir más daño, que aquel que se pretende evitar con su empleo y, en su caso, considerar las características particulares de la persona, como por ejemplo, ser un niño, niña o adolescente o un adulto mayor. Ejemplo: un Carabiniero puede emplear su bastón de servicio para inhibir una agresión de una persona que utiliza sus puños, y puede usar su arma de fuego para repeler amenazas potencialmente letales como armas blancas o de fuego.

Principio de Responsabilidad: El uso de la fuerza fuera de los parámetros permitidos por la Ley, no sólo conlleva las responsabilidades individuales por las acciones y omisiones incurridas, sino también la responsabilidad de los mandos llamados a dictar órdenes, supervisar y/o controlar la legalidad, necesidad y proporcionalidad en el ejercicio de esta por parte de los subalternos²⁴⁵

Una comparación entre lo establecido por el estándar internacional y los principios recogidos en la circular nos revela que en esta se presenta un déficit en la protección y garantías de las personas que se puedan verse enfrentadas al uso de la fuerza y armas de fuego. En primer lugar, el **principio de necesidad** establecido en la Circular refiere únicamente a la elección del medio menos lesivo en relación al binomio de medios violentos y no violentos, procurando recalcar que la fuerza sólo puede utilizarse como último recurso, y olvidando que gran parte del significado de la disposición establecido en el derecho internacional de los derechos humanos va en el sentido de utilizar el medio preciso y ajustado a la situación concreta, debiendo verificarse esta situación, y además que el medio elegido sea el menos lesivo, lo cual no parece satisfecho con establecer la elección *en lo posible*. Por otra parte, la sola referencia a una elección entre medios violentos y no violentos, deja de lado que aún dentro de los medios violentos debe elegirse aquel con menos potencial lesivo.

Vinculado a lo anterior, el **principio de proporcionalidad** consagrado por la Circular, además de dar pie a la gradualidad en el uso de la fuerza, se ocupa principalmente de establecer que entre la resistencia y la fuerza debe haber un equilibrio, a lo que sigue el establecimiento de un límite al uso de la fuerza en la magnitud del daño que se pretende evitar. La disposición olvida mencionar un punto esencial sobre el principio de proporcionalidad establecido en el estándar internacional: el policía, según las circunstancias del caso, debe ocuparse de reducir al máximo posible el daño producido por la medida de fuerza de la

²⁴⁵ Ídem.

actuación policial. Esto es central, pues como se analizó en el apartado de marco legal a propósito del artículo 410 CJM, entre la agresión sufrida por el oficial de policía y su respuesta defensiva debe haber una proporcionalidad estricta, salvo en casos excepcionales, nunca igualdad; por el contrario, el oficial sin importar la magnitud de la agresión, en razón de su específica función policial debe adecuarse al mínimo de violencia posible que sea necesaria para repeler la agresión.

Además del reconocimiento de los principios, la Circular N° 1.832 contempla una escala gradual de uso de la fuerza que debiera ser proporcional al nivel de cooperación o resistencia ofrecido por el sujeto al cual se intenta someter a control policial. La siguiente tabla sintetiza la escala antes mencionada para facilitar el análisis sobre este punto.

Escala de uso gradual de la fuerza²⁴⁶:

²⁴⁶ Circular N° 1.832 Cuadro 1: Modelo de uso de la fuerza policial de Carabineros. El cuadro a continuación es una elaboración propia sobre la base de lo señalado en la Circular a la que se le agregan ejemplos por nuestra parte.

Nivel	Resistencia	Características	Fuerza	Medios
1	Cooperación	Cumplimiento de indicaciones	Verbalización	Preventivos. Presencia física y diálogo
2	Resistencia pasiva	No acatamiento de las indicaciones. Actitud indiferente o indolente, a través de afirmaciones corporales o verbales negativas.	Verbalización	Preventivos. Persuasión, negociación, mandato perentorio.
3	Resistencia activa	Oposición a fiscalización. Intento de evasión o resistencia física.	Control físico	Reactivos. Reducción para doblegar fuerza e inmovilizar.
4	Agresión activa	Intento de lesionar al Carabiniero para resistir el control o evadirlo. No pone en riesgo vidas.	Uso de armas no letales	Reactivos. Técnicas defensivas para inhibir agresión.
5	Agresión activa potencialmente letal	Ataque con armas o tácticas lesivas graves potencialmente letales.	Uso de armas letales	Reactivos. Fuerza potencialmente letal para repeler la agresión y resguardar la vida del Carabiniero o de un tercero.

Sobre la escala gradual, la Circular puntualiza que el movimiento a través de esta puede ser tanto ascendente como descendente, debiendo el funcionario estar atento a la fluctuación de los niveles de resistencia e ir acotando el uso de la fuerza a dicha fluctuación. Se hace presente la prohibición del uso de la fuerza en contra de personas detenidas, excepto en los casos en que sea necesario para concretar la detención, mantener el orden las Unidades Policiales.

La reglamentación es mejorable, toda vez que los “medios reactivos” no están definidos en la norma, razón por la cual no se puede evaluar si su inclusión como forma de conjurar una agresión es adecuada. Por otra parte, la escala utilizada en el nivel 4 de “agresión activa” no considera la observación de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad como sí se hace en el caso del nivel 5 de “agresión activa potencialmente letal”, siendo que los medios empleados en el nivel 4 si bien no son los inmediatamente idóneos para acabar con la vida de un individuo, su uso indiscriminado tiene potencial letal, como veremos en el apartado siguiente.

2.6.2 Empleo de armas letales (Circular N° 1.832):

La Circular cierra refiriéndose al uso de armas potencialmente letales. Particularmente relevante y afortunado es el establecimiento del uso restringido de armas potencialmente letales a los casos en que esté en riesgo la vida de algún individuo, aunque la idea sobre la legítima defensa de funcionarios policiales aparezca nuevamente como el principal sustento.

Otra mención particularmente afortunada es la prohibición de hacer demostraciones de fuerza con armas de fuego. No está claro a qué se refiere la norma con “demostraciones de fuerza” pero es razonable pensar que dentro de estas puede estar el disparo al aire. Lo anterior es concordante con el párrafo final relativo al deber de resguardo que deben tener los funcionarios policiales con los terceros que pudiesen verse afectados por el uso de armas de fuego durante la actuación policial.

A continuación el Cuadro 2 de la Circular N° 1.832:

Paso	Actuación de quien emplea un arma letal
Primero	Identificarse verbalmente como Carabinero: ¡ALTO CARABINERO! (u otro término similar, pero siempre identificándose como tal).
Segundo	Siempre que sea posible, adecuado y útil, se dará una advertencia clara de intención de utilizar el arma letal: ¡SUELTE EL ARMA! ¡NO SE MUEVA! ¡MANOS ARRIBA! Esta advertencia no se requerirá en aquellos casos que con ella se ponga en peligro al funcionario policial o se cree un riesgo grave a otras personas. El uso de las armas de fuego se considera una medida extrema, se deberá hacer todo lo posible para evitar su uso, especialmente contra niños, niñas y adolescentes.
Tercero	Cubrirse, verificar que no se ponga en riesgo la integridad de terceros y priorizar disparos selectivos.
Cuarto	Utilizada el arma de fuego y habiendo cesado el riesgo, se deberá proporcionar auxilio al lesionado.
Quinto	Dar cuenta a la jefatura superior directa de forma inmediata.
Sexto	Identificar, ubicar e informar a familiares del lesionado.
Séptimo	Elaborar un informe escrito que de cuenta de las circunstancias del empleo de arma de fuego.

2.6.3. Empleo de armas no letales (Orden General N° 2.635):

Hay medios o armas definidos como no letales, pero que por su naturaleza son idóneos para atender contra el bien jurídico de la vida y la integridad física. Damos cuenta que la definición no letal es normativa, mientras su empleo se realice dentro de los márgenes establecidos por

la Ley. Si bien encontramos ejemplos de cómo el chorro del carro lanza agua, el disparo de la carabina lanza gases, incluso el bastón retráctil pueden ser utilizados fuera de los protocolos de manera letal. Nos detendremos a analizar solamente el caso de la escopeta antidisturbios, pues definida como no letal, acontecimientos recientes (publicación de Informe sobre *Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano*)²⁴⁷ nos indica que es letal disparado a partes blandas, no es de nuestro interés indagar en la letalidad de esta arma, sino en la relación de esta arma con el delito de disparo injustificado.

Esta arma se encuentra definida en el Anexo 2: Glosario de la Orden General N° 2.635 como “Es un arma de fuego larga, y su denominación de antidisturbios se debe a que utiliza cartuchos calibre 12mm. No letales, tales como, perdigón de goma, supersock, entre otros, utilizándose bajo el nivel 4 del uso de la fuerza.” De esta definición consideramos que estamos frente a un arma de aquellas reguladas en el artículo 2° letra b) “las armas de fuego, sea cual fuere su calibre, y sus partes, dispositivos y piezas”. Por su parte, respecto del protocolo de empleo se encuentra establecido en la parte 2 de la Orden General, en el punto 2.8 Empleo de Escopeta Antidisturbios:

²⁴⁷ Mauricio Weibel. 2019. «Ya en 2012 informe de Carabineros advirtió que escopetas antidisturbios provocan lesiones letales y estallido ocular» CIPER Chile 21 de noviembre de 2019, acceso 21 de noviembre de 2019, <https://ciperchile.cl/2019/11/21/ya-en-2012-informe-de-carabineros-advirtio-que-escopetas-antidisturbios-provocan-lesiones-letales-y-estallido-ocular/>. Se acompaña el Informe del departamento de criminalística de Carabineros de Chile de noviembre de 2012: *Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano*, acceso 21 de noviembre de 2019, https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/INFORME-CARABINEROS_compressed.pdf

MATERIA	2	Restablecimiento del Orden Público.
PROTOCOLO	2.8	Empleo de Escopeta Antidisturbios (munición no letal).

MARCO JURÍDICO	
INTERNACIONAL	Convención Americana (Artículos 5º, 13.2, letra b), 15, 22 N° 4 y 32 N° 2). Pacto INDC (Artículos 21 y 22.2) Convención contra la Tortura (Artículo 1º). Código de Conducta (Artículos 2º y 3º letra c). Principios Básicos (Principios 2, 4, 5, 6, 9, 13, 14 y 20).
NACIONAL	Constitución Política de la República (Artículos 19 N° 12 y N° 13 y 101). Ley N° 18.961 de 1990 (Artículos 1º a 4º). Ley N° 17.798 de 1972. Código Penal (Artículo 10 N° 4 a 7). Código de Justicia Militar (Artículos 410, 411 y 412).

EMPLEO DE ESCOPETA ANTIDISTURBIOS (MUNICIÓN NO LETAL).	
ASPECTOS GENERALES	1 El empleo de la escopeta antidisturbios deberá ser consecuencia de una aplicación necesaria, legal, proporcional y progresiva de los medios, cuando el efecto de otros elementos tales como agua, humo, gases y otros resulten insuficientes o el nivel de agresividad haga aconsejable su utilización para evitar un mal mayor en donde esté en riesgo la integridad física de los transeúntes, manifestantes o Carabineros. Conforme a la Circular N° 1832, de fecha 01 de marzo del año 2019, el uso de la escopeta antidisturbios corresponde a los niveles 4 y 5, "Agresión Activa" y "Agresión Activa Potencialmente Letal", la cual tiene directa relación con el uso de la fuerza autorizada.
	2 El usuario debidamente calificado, quien deberá contar con la correspondiente certificación al día, verificará que el tipo de cartuchos a utilizar sean los que correspondan para el uso antidisturbios, tanto en la parte legal como reglamentaria, debiendo tener tipos de munición no letal, tales como perdigones de goma, <i>super-sock</i> . Asimismo, será él quien deberá utilizar, manipular, cargar y descargar dicho armamento.
	3 Se deberá considerar en todo momento por parte del usuario aspectos como la distancia entre el tirador y la muchedumbre, las características del lugar (abiertos, cerrados, pasajes, calles, etc.), o si en la muchedumbre se encuentran participando niños, niñas o adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores, personas con capacidades diferentes o con notorios problemas de salud, lo anterior con la finalidad de evaluar el tipo de munición a utilizar o la conveniencia de su uso.
	4 En el evento que se tomara conocimiento de haber ocasionado una lesión a una persona, se procederá lo antes posible a prestar asistencia al afectado, dar cuenta al Mando y adoptar el procedimiento policial correspondiente, incluyendo, si procediere, la detención del causante de las lesiones, haciendo la respectiva lectura de derechos.

Damos cuenta de una inconsistencia entre la definición del Glosario en el uso de la fuerza y el protocolo de empleo del arma. Pues de la definición puede utilizarse en el nivel de fuerza 4, y el protocolo de empleo señala que le corresponden los niveles 4 y 5 del uso de la fuerza de la Circular N° 1.832. Para una interpretación de esta situación tenemos que comprender que si estamos frente al nivel de fuerza 4 "agresión activa", entonces el medio es reactivo con técnicas defensivas para **inhibir la agresión**, con esto queremos decir que no podría tener por finalidad agredir al agresor; y respecto del nivel de fuerza 5 asociado a una "agresión activa potencialmente letal" el funcionario sí podría usar fuerza potencialmente letal, siempre cuidando de que se haga con atención a los principios básicos de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad. Cualquiera sea el caso, también el funcionario debe cuidar de actuar en atención al protocolo para empleo de ésta arma, la cual está contemplada para ser utilizada por un funcionario debidamente calificado, que escogerá la munición a utilizar y

el momento para utilizarla para cuidar, como se señala en el recuadro, la integridad de población vulnerable.

Por lo tanto, y en consideración a los conocimientos del funcionario, a los que debemos agregar los conocimientos de la dañosidad, los disparos a zonas blandas (potencialmente letales) no estarían permitidos salvo en las mismas situaciones en las que están permitidas las armas de fuego letales, la dañosidad a la integridad física que nos muestra el informe citado es que hasta 30 metros de distancia se puede causar mutilación de miembro importante, esto es estallido ocular, a menor distancia corren peligro incluso de fractura craneal, y en partes blandas como el cuello se puede causar la muerte. Enlazamos así con el inicio de este acápite, el *quid* no está en la letalidad del arma, que es demostrable, la cuestión está en si el arma se utilizó dentro del estándar normativo de agresión y con el medio de fuerza que se establece para dicha agresión, con los requisitos establecidos en la norma. Y si un arma de fuego se utiliza fuera de la autorización legal, estamos frente entonces a una hipótesis de disparo injustificado.

Capítulo IV: Disparos injustificados efectuados por Carabineros de Chile a la luz de hechos recientes.

1. El caso de la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca Marín.

Como es de público conocimiento,²⁴⁸ Camilo Catrillanca Marín (24 años) y el adolescente M.A.P.C (15 años) el día 14 de noviembre de 2018 en la Comunidad de Temucuicui, Comuna de Ercilla, se trasladaban en tractor por una vía pública al interior de ésta Comunidad, cuando se topan de frente con Carabineros del Grupo de Operaciones Policiales Especiales (GOPE) que se encontraba en un operativo para la ubicación y recuperación de tres vehículos motorizados encargados por robo, Camilo se encontraba conduciendo el tractor y M.A.P.C se encontraba sentado sobre uno de los taparuedas del tractor, aquél da la vuelta para alejarse del operativo policial. Como consta por el material audiovisual de público acceso, sin que existiera ninguna situación de peligro para la integridad física de alguno de los funcionario del GOPE, en el momento en que el tractor da la vuelta para alejarse, el sargento Carlos Alarcón utilizó su fusil de guerra M4 dotado con munición de 5.56 milímetros, para disparar por la espalda en varias oportunidades, en contra del tractor y sus ocupantes. Al mismo tiempo en que Carlos Alarcón realizaba los disparos, Raúl Ávila también realizó disparos utilizando un fusil de las mismas características que portaba el funcionario anteriormente descrito, ambos disparaban en contra del tractor en el que se desplazaba Camilo y M.A.P.C. Por su parte, el cabo primero Braulio Valenzuela, también realizó disparos con su escopeta en contra del tractor. El disparo que ocasionó la muerte de Catrillanca fue perpetrado por Alarcón,²⁴⁹ y tenían aptitud para haber dado muerte a M.A.P.C., los disparos que percute Ávila tenían la aptitud para haber dado muerte a cualquiera de las dos víctimas, aparentemente los disparos efectuados por Valenzuela sólo hicieron correr un peligro a la integridad de cualquiera se encontrara en el perímetro del operativo, más difícilmente de haber dado muerte a cualquiera de las dos víctimas.

Luego del impacto balístico que Camilo Catrillanca Marín recibió en su cabeza, el tractor se desplazó por algunos metros y se detuvo a un costado del camino. El adolescente M.A.P.C.,

²⁴⁸ Pablo Basadre. 2018 «Muerte de Catrillanca», *CIPER*, 19 de diciembre de 2018, acceso 12 de noviembre de 2019, <https://ciperchile.cl/2018/12/19/muerte-de-catrillanca-ciper-revela-en-exclusiva-tres-de-los-videos-que-grabo-carabineros/>

²⁴⁹ Chilevisión noticias: «Revelan video del momento exacto en que Carabineros dispara a Catrillanca» *Chilevisión Noticias*, 19 de diciembre de 2018, acceso 12 de noviembre de 2019, https://www.chvnoticias.cl/trending/revelan-video-del-momento-exacto-en-que-carabineros-dispara-a-catrillanca_20181219/

descendió entonces del tractor y permaneció de pie, y con las manos levantadas mientras los funcionarios de Carabineros se acercaban a él, sin que existiera resistencia de M.A.P.C. para su detención.²⁵⁰

1.1. Tipo Objetivo²⁵¹

El delito de disparo injustificado se encuentra regulado en la Ley N° 17.798 de Control de Armas específicamente en el artículo 14 D inciso IV, el cual señala:

“Quien disparare injustificadamente un arma de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2° en, desde o hacia uno de los lugares mencionados en el inciso primero será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere en, desde o hacia uno de los lugares que indica el inciso segundo, la pena será de presidio menor en su grado medio. Si el arma disparada correspondiere a las señaladas en la letra a) del artículo 2° o en el artículo 3°, se impondrá la pena inmediatamente superior en grado”.

Como delito de peligro abstracto basta con que se compruebe la acción prohibida por la ley, esta conducta prohibida es la de **disparar** con alguna de las armas mencionadas como referencia en el artículo, verbo rector que se concretiza en los objetos descritos en el **artículo 2°**: letra **a)**, por parte de Alarcón y Ávila; y letra **b)**, por parte de Valenzuela. Todos **en** la vía pública, como hipótesis del **inciso primero** del artículo 14 D.

A la acción de disparar se le agrega el elemento normativo del tipo **injustificadamente**, este último elemento implica en el caso de Funcionarios Policiales realizar ese disparo no conforme a derecho, o de otra forma, no cumpliendo con la ley y protocolos aplicables a la situación concreta, los que determinan en su caso la antijuridicidad.

²⁵⁰ Abordaremos el relato de los hechos del caso hasta este momento, y haremos mención de los delitos ocurridos hasta aquí y con posterioridad: homicidio consumado 391 n° 1 (CP) en la persona de Catrillanca; homicidio frustrado 391 n° 1 (CP) en la persona de M.A.P.C.; torturas 150 D inciso 2° (CP) en la persona de M.A.P.C.; disparo injustificado 14 D inc. 4° LCA; obstrucción a la investigación 269 bis (CP); y encubrimientos 17 ° 2 (CP) de las distintas hipótesis por parte de los acompañantes. Ver: Pablo Basadre y Equipo CIPER, «Muerte de Catrillanca: así se inventó la versión falsa de Carabineros», *CIPER*, 1 de febrero de 2019, acceso en 12 de noviembre de 2019, <https://ciperchile.cl/2019/02/01/muerte-de-catrillanca-asi-se-invento-la-version-falsa-de-carabineros/>

²⁵¹ Sólo haremos referencia al delito que se encuentra en estudio.

1.2. Tipo Subjetivo.

Decía KINDHÄUSER que el *peligro es inseguridad consciente*²⁵², en el capítulo pertinente sobre el tipo señalamos las razones porque el tipo subjetivo de este delito sólo puede ser doloso, es lo que ocurre acá sobre el conocimiento y voluntad de peligro por parte de todos quienes disparan, independiente de los resultados típicos sobre otros delitos, el **dolo** a analizar es sobre el **peligro** que la conducta tiene sobre el bien jurídico de la seguridad pública a la luz del delito de disparo injustificado.²⁵³ Dentro de los conocimientos de los autores está el hecho de que se encontraban en un procedimiento de investigación por un delito de receptación de vehículo motorizado, pero este Grupo se encuentra entrenado para acciones contra terroristas, equipados con armamento militar. Y aun así, a sabiendas de que no era un delito terrorista el investigado, y que se encontraban con armamento militar, con helicópteros rodeando la zona y en camino 4 carros de Fuerzas Especiales más. En una descoordinación apreciable en los videos, el equipo que se encontraba merodeando la zona en helicóptero señalan “podrían haber subido a un tractor azul”²⁵⁴ y los funcionarios del GOPE entienden otra cosa y expresan entre ellos “¡Noo! están en el tractor, tenemos que pescar a los hueones que están en el tractor”, así al encontrarse de frente con quienes venían en el tractor, sin solicitar la detención del vehículo a partir del minuto 7:06 se percute 1 disparo por segundo, hasta completar doce entre 3 funcionarios del GOPE. Tanto desde el punto de vista de la imputación objetiva como desde una postura crítica a la misma como describimos en el **Capítulo II: El tipo penal**, es decir, tanto un observador promedio comprende que disparando armamento militar a sujetos en movimiento a una distancia mucho menor a los 500 metros de alcance que tiene un fusil de estas características, sugiere un peligro para todo aquel que se encuentre en el radio posible para la trayectoria de la bala; como también el dolo en relación a los conocimientos específicos de los autores no se ve alterado por el error sobre la posible flagrancia de los sujetos, el peligro es de tal envergadura que incluso da muerte a una persona.

1.3. Antijuridicidad.

²⁵² Urs Kindhäuser, «Estructura y legitimación», 12.

²⁵³ Tanto el término **peligro**, como el **bien jurídico** tutelado fueron temas analizados en el Capítulo I: Marco Dogmático.

²⁵⁴ CNN Chile, «Revelan video del momento exacto en que Carabineros dispara a Catrillanca», CNN Chile, acceso 11 de noviembre de 2019. Ver Minuto 5:05 <https://www.youtube.com/watch?v=7EEfWGrS2o4&t=61s>

Confirmada la acción típica *disparar* hemos de analizar, como ya hemos advertido, si este disparo fue *injustificado*. Y para ello, señalaremos conforme a los que ya hemos retratado en el **Capítulo II: Antijuridicidad** nos queda atenernos a la norma que permite a Carabineros de Chile actuar en el legítimo ejercicio de un derecho.

Circular N° 1.756 de 13 de marzo de 2013: Imparte instrucciones sobre uso de la fuerza para Carabineros de Chile.

Esta circular de la Dirección General de Carabineros de Chile es la que se encontraba vigente al momento de ocurrir los hechos acaecidos el 14 de noviembre de 2018. Y son éstos hechos precisamente los que generan la necesidad posterior de la Circular 1.832 de 1 de marzo de 2019: Que actualiza las instrucciones al respecto. Respecto del mantenimiento del orden público la circular que se encontraba vigente al momento de acaecidos los hechos es **la Circular N° 2.225 de 2 de octubre de 2012: Que imparte instrucciones sobre operaciones policiales en el control del orden público** en su punto 4.- “Atendido a lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución Política de la República²⁵⁵, en el artículo 436 del Código de Justicia Militar²⁵⁶ y en el artículo 21 de la Ley N° 20.285²⁵⁷, el Manual que por esta Orden

²⁵⁵ **Art. 8. CPR.**

“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

El Presidente de la República, los Ministros de Estado, los diputados y senadores, y las demás autoridades y funcionarios que una ley orgánica constitucional señale, deberán declarar sus intereses y patrimonio en forma pública.

Dicha ley determinará los casos y las condiciones en que esas autoridades delegarán a terceros la administración de aquellos bienes y obligaciones que supongan conflicto de interés en el ejercicio de su función pública. Asimismo, podrá considerar otras medidas apropiadas para resolverlos y, en situaciones calificadas, disponer la enajenación de todo o parte de esos bienes.”

²⁵⁶ **Art. 436. CJM.**

“Se entiende por documentos secretos aquellos cuyo contenido se relaciona directamente con la seguridad del Estado, la Defensa Nacional, el orden público interior o la seguridad de las personas y entre otros:

- 1.- Los relativos a las Plantas o dotaciones y a la seguridad de las instituciones de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile y de su personal;
- 2.- Los atinentes a planos o instalaciones de recintos militares o policiales y los planes de operación o de servicio de dichas instituciones con sus respectivos antecedentes de cualquier naturaleza, relativos a esta materia;
- 3.- Los concernientes a armas de fuego, partes y piezas de las mismas, municiones, explosivos, sustancias químicas y demás efectos a que se refiere la ley N° 17.798 usados por las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, y
- 4.- Los que se refieran a equipos y pertrechos militares o policiales.”

²⁵⁷ **Artículo 21.-** Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

General se aprueba tiene el carácter de secreto”. Esta Orden General hoy se encuentra derogada siendo reemplazada por la Orden General n° 2.635 que se encuentra publicada en el diario oficial desde 1 de marzo de 2019.

1. Respecto del uso de la fuerza la circular indica distintos niveles de fuerza a distintos niveles de resistencia:

Señalaremos dos hipótesis posibles, por un lado durante los primeros días los funcionarios policiales señalaron defenderse de armas de fuego, imponiendo la idea de que existió fuego cruzado:

“Nivel 5 de agresión activa potencialmente letal: se da un ataque premeditado con armas o tácticas lesivas graves o potencialmente letales.

Nivel 5 de fuerza: Uso de armas de fuego. Empleo de medios reactivos y de fuerza potencialmente letal para controlar al agresor y defender la vida. Se deben considerar en esta etapa los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.”

La segunda hipótesis aparece una vez que salen a la luz pública los videos que muestran que las víctimas no estaban armadas, pero intentan evadir a los funcionarios policiales:

“Nivel de Resistencia Activa: existe un oposición a la fiscalización directa que se manifiesta mediante intentos de evasión.

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

- a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
- b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.
- c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la Nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política.

Nivel 3 de fuerza: control físico. Aplicación de medios reactivos. Reducción del fiscalizado para doblegar su fuerza e inmovilizarlo.”

2. Respecto del uso de armas de fuego

Según los hechos establecidos hasta el momento, en el caso de Camilo Catrillanca y su acompañante, los efectivos policiales dispararon por la parte posterior al tractor para hacer uso de su armamento en la forma en que lo hicieron debieron estar amenazados de muerte o ver seriamente comprometida su integridad física, incluso su vida, lo que según se ha podido establecer no ocurrió, pues no hubo enfrentamiento entre efectivos policiales y personas armadas. Damos cuenta que el nivel de uso de la fuerza no se correspondió con el nivel de resistencia de las víctimas. Por lo tanto, queda manifiesto que los policías involucrados en este caso actuaron fuera del protocolo, excediéndose injustificadamente en el uso de la fuerza, y por tanto los disparos que perpetraron en ningún caso estuvieron autorizados por el derecho.

3. Derecho Internacional aplicable:

Los disparos realizados en contra de Camilo Catrillanca y M.A.P.C. infringen los estándares internacionales sobre uso de la fuerza contenidos en el Código de Conducta y los Principios Básicos, sobre los cuales la Corte ha construido, entre otros, el Principio de Necesidad. Esto, pues como hemos podido analizar, el estándar internacional sólo permite a los funcionarios policiales usar armas de fuego en hipótesis en las cuales existe un riesgo grave para la vida o la integridad física. Como señalamos a propósito del Principio de Necesidad esto aplica incluso cuando se corre el riesgo de no cumplir el objetivo propuesto, por ejemplo, la supuesta captura de un “delincuente” en fuga.

2. Más de un millar y medio de casos de disparo de balas, balines y perdigones en el contexto de la protesta social iniciada el 18 de octubre de 2019 y aún en curso.

Durante la tercera semana de octubre de 2019 un grupo importante de estudiantes secundarios a modo de protesta comenzó a evadir el pago del pasaje en el tren subterráneo, metro, a través tanto de manifestaciones pacíficas como violentas. El día más complejo fue el 18 de octubre en que hubo distintos focos de protesta tanto al interior de las estaciones del metro de Santiago como en el exterior, que obligaron a suspender el servicio en todas las

líneas. Hacia la noche el Presidente de la República decide decretar Estado de Excepción Constitucional de Emergencia en la Región Metropolitana, para luego decretarlo en 15 regiones del país, siendo levantados 10 días después el 28 de octubre todos los Estados de Excepción Constitucional en el territorio nacional. El delito de mayor cuantificación perpetrado por agentes del Estado durante la semana descrita hasta la de hoy en curso (última semana de noviembre) ha sido el delito de disparo de balas, balines, perdigones y municiones de otras armas de fuego no identificadas sin cumplir con los protocolos que al efecto tienen las Fuerzas Armadas y de Orden en nuestro país, sin embargo sólo haremos referencia al delito de disparo injustificado por parte de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Las estadísticas del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) sobre los hechos acaecidos y en los que tiene incidencia este organismo estatal, comienzan a partir del 17 de octubre y se acompaña en esta tesis hasta aquel presentado el 21 de noviembre de 2019.²⁵⁸

En este período de tiempo, fueron atendidos por personal del INDH **1.552 heridos** en hospitales por balas, balines, perdigones y municiones de armas de fuego no identificadas. Estos heridos son aquellos constatados por el INDH en Hospitales, lo cierto es que el Ministerio de Salud no ha dado una estadística transparente hasta el día de hoy sobre los heridos que han recibido.²⁵⁹ En Oficio FN N° 986/2019 del Fiscal Nacional Jorge Abbott, al Ministro de Salud Jaime Mañalich, solicita coordinación en la entrega de esta información que ya es una obligación de los recintos asistenciales públicos y privados de entregar. Es así que podríamos señalar que 1.552 no es el número real de heridos, sólo los constatados por el INDH, si a esto le agregamos los heridos que han pasado por Centros Asistenciales de Salud públicos y privados el número aumenta, si a éstos les agregamos los atendidos por la Cruz Roja ya aumentan a casi el doble de los constatados por el INDH,²⁶⁰ y finalmente si a esto le agregamos

²⁵⁸ Se acompañan en los anexos n° 1 y n° 2.

²⁵⁹ El 15 de noviembre de 2019 se realizó un requerimiento de acceso a la información pública Subsecretaría a de Redes Asistenciales del Ministerio de Salud con el objetivo de recabar información precisa sobre el número de individuos que fueron atendidos a nivel nacional en establecimientos de la Red de Salud Pública, en el rango fechas entre el 18 de octubre de 2019 y el 15 de noviembre de 2019, y cuyo motivo de atención o consulta fueron lesiones producidas por el impacto de balas, balines y perdigones con. Además se solicitó el desglose según los siguientes criterios: a) Por variable demográfica (edad, género, comuna, etc.); b) Por variable temporal (diariamente, y de no ser posible, semanalmente) Por tipología utilizada para caracterizar la lesión (solicitando, además, descripción sobre la tipología utilizada; así, si por ejemplo la tipología es el carácter gravísimo, grave o leve de la lesión, se solicitó descripción sobre lo que el servicio asistencial entiende en su concepto por carácter gravísimo, grave o leve; d) Por zona anatómica en donde se encuentra la lesión; e) Por establecimiento de salud (hospital, urgencias, consultorios, etc.). Se recibió acuse de recibo del requerimiento por parte de la Subsecretaría, informándonos del código asignado al requerimiento: AO002T0003722, y la fecha límite para obtener respuesta: 13 de diciembre de 2019, la que todavía no hemos recibido.

²⁶⁰ Respecto del total de heridos al menos, que incluye todo tipo de heridas y de golpes, la Cruz Roja el 3 de noviembre ya cifraba cuantitativamente en cientos de casos más los heridos constatados por el INDH. El Mostrador,

aquellos que son atendidos por puntos de salud de estudiantes del área médica o aquellos que ni siquiera se atienden y continúan simplemente en la manifestación creemos que el número podría aumentar con creces respecto de aquellos señalados por el INDH, estadística esta última, respecto de la cual podemos hacer un análisis fidedigno. Como las disgregación de los datos, que se encuentran en el anexo n° 1 de esta memoria, es de la siguiente manera: balas (43), descartamos analizar en este acápite esta hipótesis por ser suficientemente tratada en el **Capítulo III: Antijuridicidad**; perdigones (1.015); balines (68); munición de arma de fuego no identificada (426), por no tener claridad del arma de fuego y por tanto si la procedencia es efectivamente de Fuerzas de Orden y Seguridad, no tomaremos este dato para el análisis; respecto al tratamiento en este acápite sobre golpes al cuerpo y rostro con bombas lacrimógenas disparadas con arma de fuego, descartamos su análisis por no estar separada de otros golpes o heridas (984); finalmente sumar el insumo sobre las heridas oculares (223), el 75% de ellas han sido producto de disparos.

Hechas las prevenciones, el análisis del fenómeno de disparos injustificados lo circunscribimos en este apartado a 1.083 casos de disparos de balines y perdigones constatados por el INDH en Hospitales en el período que media entre 17 de octubre y 21 de noviembre de 2019.

2.1 Tipo Objetivo²⁶¹

Como delito de peligro abstracto basta con que se compruebe la acción prohibida por la ley, esta conducta prohibida es la de **disparar** a la que se le agrega el elemento normativo del tipo **injustificadamente**, este último elemento implica en el caso de Funcionarios Policiales realizar ese disparo no conforme a derecho, o de otra forma, no cumpliendo con la ley y protocolos aplicables a la situación concreta, los que determinan en su caso la antijuridicidad.

Por su parte el tipo de arma a la que corresponde por aplicación del Anexo n° 2: Glosario de la Orden General N° 2.635 que señala: **Escopeta antidisturbios** es un arma de fuego larga, que utiliza cartuchos de 12mm no letales. Lo que nos deja en la hipótesis de armas fuego, sea cual fuere su calibre, y sus partes, dispositivos y piezas, regulado en el artículo 2° letra b) LCA.

«INDH se quedó corto: Cruz Roja cifra en 2.500 los heridos durante las protestas en Chile», *El Mostrador*, 3 de noviembre de 2019, acceso 15 de noviembre, <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/11/03/indh-se-queda-corto-cruz-roja-cifra-en-2-500-los-heridos-durante-las-protestas-en-chile/>

²⁶¹ Nos parece suficiente señalar que estamos ante la hipótesis del delito en estudio, para no reiterar el cuerpo del artículo, que ya hemos reiterado en este capítulo en Capítulo IV. 1.1 Tipo objetivo.

Los disparos han sido efectuados **en la vía pública**, regulado como hipótesis en el inciso primero del artículo 14 D.

2.2. Tipo Subjetivo.

En este caso, el **dolo de peligro**, que hemos afirmado es un concepto normativo a lo largo de este trabajo, encuentra especial regulación en lo que respecta a los conocimientos del sujeto, cuestión que se relaciona con el peligro de la **conducta de disparo injustificado**. Sobre estos conocimientos, la norma exige para el momento del empleo de esta arma en la Orden General N° 2.635 en el apartado 2.8 sobre Empleo de Escopeta Antidisturbios en su punto N° 2 que “**el usuario debidamente calificado, quien deberá contar con la correspondiente certificación al día, verificará que el tipo de cartuchos a utilizar sean los que correspondan para el uso de antidisturbios.**” Con esto queremos apuntar que, mínimamente, el usuario ha de conocer el protocolo de empleo de esta arma, ha de conocer las municiones posibles de utilizar, y para combinar estas dos cuestiones, ha de saber el daño posible a ocasionar con estas armas. Sobre esto último, Carabineros de Chile cuenta con un informe sobre *Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano*.²⁶² Y si bien existió controversia en un determinado momento respecto de la composición de los perdigones, luego del informe de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile,²⁶³ Carabineros generó un informe por el Labocar,²⁶⁴ comprobando la inconsistencia entre lo referido por el fabricante de los perdigones y la composición real de los mismos. A partir de ese día el conocimiento objetivo y exigible no puede ser sino el de una munición más letal que la retratada en su propio informe sobre daño en el cuerpo humano.

Dicho todo esto, el dolo de peligro recae en el hecho de que el funcionario sabe las posibilidades lesivas del arma de fuego utilizada por haber sido estudiados sus efectos en el

²⁶² LABOCAR, *Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano*, (Santiago: 2012), acceso 21 de noviembre de 2019, https://ciparchile.cl/wp-content/uploads/INFORME-CARABINEROS_compressed.pdf

²⁶³ Comunicaciones DIMEC-FCFM, «Dispositivos utilizados en manifestaciones. Investigación U. de Chile comprueba que perdigones usados por Carabineros contienen solo 20 por ciento de goma» *Uchile*, acceso 21 de noviembre de 2019, <https://www.uchile.cl/noticias/159315/perdigones-usados-por-carabineros-contienen-solo-20-por-ciento-de-goma>

²⁶⁴ Camilo Calderara, «Carabineros suspende uso de perdigones antidisturbios durante las manifestaciones», *T13.cl*, 19 de noviembre de 2019, acceso 21 de noviembre de 2019, <https://www.t13.cl/noticia/nacional/Carabineros-suspende-uso-de-balines-antidisturbios-durante-las-manifestaciones>

cuerpo humano por parte de la misma Institución. Este dolo de peligro que se representa **sujeto debidamente calificado** conforme a la diligencia exigida, se distingue entre la distancia en metros en los que este sujeto sabe que *puede* ocasionar una lesión, el dolo de peligro se hace más probable a menos metros, pero respecto de la posibilidad de mutilación o lesiones graves gravísimas, la posibilidad de generar estallido ocular es posible en un rango que abarca hasta más allá de los 30 metros de distancia, y evidentemente se agrava desde el momento en que saben que los perdigones no son sólo de goma, sino que mayormente tienen componentes metálicos.

2.3. Antijuridicidad.

El uso de la escopeta antidisturbios con munición no letal se rige por el protocolo 2.8 sobre restablecimiento del Orden Público regulado por la Orden General N° 2.635, el que debe ser puesto en relación con la Circular N° 1832 sobre uso de la fuerza. La Circular incorpora como marco jurídico tanto la normativa internacional de los derechos humanos como cierta normativa interna referida a las causales legales de justificación que aplican a funcionarios policiales. La Orden General N° 2635 tiene aparejado un Anexo Glosario con definiciones de los términos empleados en la Orden General que para estos efectos ya analizamos en apartados anteriores.

Definición normativa de la escopeta antidisturbios Orden General N° 2635

Según la definición como arma de fuego larga, de munición no letal, le corresponde un nivel de Fuerza 4.

Protocolo para mantenimiento del Orden Público 2.8 Orden General N° 2635

Agrega a la definición la posibilidad de utilizarse en un nivel de Fuerza 5 en el punto 1 del protocolo de empleo de la escopeta antidisturbios.²⁶⁵

Por su parte el punto 2 y 3 contextualiza el uso de la escopeta antidisturbios al terreno, la distancia y el tipo de sujeto contra el cual se puede hacer uso de esta. Una utilización acorde

²⁶⁵ Ver recuadro en sección 2.6.3 Empleo de armas no letales (Orden General N° 2.635)

con las directrices que de estos números se desprende implica un número mínimo de lesiones graves, así como si se hallaren participando de la manifestación niños, niñas o adolescente, ancianos, mujeres embarazadas, personas con problemas de salud o de movilidad. Del número de casos y el tipo de lesiones, así como la aparición de casos de lesiones en los grupos de riesgo recién mencionados, descartan la correcta aplicación de estos numerales del protocolo de empleo.

El punto 4 materializa en parte el Principio de Responsabilidad consagrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por su parte su contenido es distinto al de la Circular N°1.832, el cual hace hincapié en las responsabilidades penales e institucionales en caso de uso de las armas.

Nivel de Fuerza establecido en la Circular N° 1832

El Nivel 4 de Fuerza corresponde al “uso de armas no letales. Empleo de medios reactivos como armas no letales, tales como disuasivos químicos, bastón de servicio, esposas, carro lanza aguas o tácticas defensivas para inhibir la agresión”. Según la lógica de la propia Circular N°1832 a este nivel le es asociado un nivel correlativo en la conducta del sujeto sometido a control, denominado Nivel 4 de Agresión Activa en el cual “intenta lesionar al Carabinero para resistir el control o evadirlo, no poniendo en riesgo vidas.” En el nivel de Fuerza 5 “agresión activa potencialmente letal” puede ocupar este armamento de modo “potencialmente letal para repeler la agresión y resguardar la vida del Carabinero o de un tercero”. Así las cosas, habrá que estar al grado de agresión para comprender el nivel de fuerza y comprender así si la decisión del funcionario fue la correcta a la luz de la agresión.

De los 1.083 casos en ninguno de ellos se llevó a efecto el número 4 del protocolo, esto es la responsabilidad, entendida como asistir a la víctima. Sobre el nivel de agresión, hasta ahora no han habido funcionarios policiales heridos vitalmente, las agresiones en su mayoría han sido con objetos contundentes, sin peligrar la vida del funcionario. Aun así el nivel de fuerza utilizado ha sido el 5. Por su parte, no es posible constatar la legalidad cuando han sido atacados menores de edad, no es posible constatar la necesidad cuando lo ocupan como primer medio, no es posible constatar la proporcionalidad cuando se ha atacado a muchedumbre pacífica o personas que se encuentran en el desempeño de su profesión como fotógrafos, y sobre la responsabilidad en los términos de la Circular habrá que estar al

desempeño en tribunales de los mandos llamados a dictar órdenes, como responsables o dentro de su responsabilidad señalar las circunstancias en las que ocurrieron los hechos y la participación que le compete a los funcionarios que tengan a cargo.

Derecho internacional aplicable

El uso indiscriminado de la escopeta anti disturbios infringe los estándares internacionales sobre uso de la fuerza contenidos en el Código de Conducta y los Principios Básicos sobre los cuales la Corte ha construido, entre otros, el Principio de Proporcionalidad. En los hechos, y teniendo únicamente a la vista las características y número de las lesiones provocadas por el uso de la escopeta antidisturbios, se puede señalar que no se cumplió el principio de proporcionalidad pues los efectos de los disparos demuestran que hubo un exceso en el uso de esta arma respecto del objetivo que se perseguía (la dispersión de los manifestantes “violentos”) y el nivel de resistencia ofrecido individualmente por cada persona.

Capítulo V: Determinación de la pena.

1. Concursos

Una lectura de la Historia de la Ley N° 20.813 y en particular la intervención que informara Rodrigo González, asesor del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, nos orienta en este ámbito con bastante claridad: “[Sobre] acometer el tema del concurso real del delito base con el del porte o uso de armas de fuego. Explicó que, a este respecto, podían considerarse dos posibilidades: establecer en el Código Penal figuras calificadas o, como lo propuso el profesor Matus, introducir en la ley de control de armas una regla expresa que permita la acumulación material de penas cuando se configure un tipo de la ley de control de armas y, a la vez, un ilícito del Código Penal. Considerar la proposición del profesor Matus en cuanto a repensar la actual agrupación de los tipos de tenencia y porte de armas, pues se observa que, en la actualidad, ellos no se estructuran de acuerdo a la peligrosidad del arma involucrada, sino por el orden de la ley. Al respecto, se propondría distinguir, para efectos de la tipificación y penalización de la tenencia o porte ilegal, entre las armas prohibidas -considerándose en esa calidad las de guerra y las hechizas-, y las que son susceptibles de registro, cuando son utilizadas para la comisión de delitos. Incorporar en la ley de control de armas una norma que sancione el disparo no autorizado en lugares públicos y la colocación de artefactos explosivos, ambos como tipos penales propios e independientes del resultado que puedan provocar, que serán castigado de manera paralela. Hubo coincidencia con estos criterios por parte de la Comisión.”²⁶⁶

De esta manera, según lo señalado en el inciso I del artículo 17 B de la LCA²⁶⁷, mediante la Ley N° 20.813, se crea un régimen especial de determinación de la pena para los delitos sancionados en la Ley de control de armas, los cuales se aplicarán sin perjuicio de las penas que correspondan a los delitos cometidos valiéndose de las armas o elementos regulados en la misma ley, esto conforme al artículo 74 del CP que regula el *concurso real* de delitos.

²⁶⁶ Historia de la Ley N° 20.813. Ley publicada el 6 de febrero de 2015. (BCN, 267-268.) Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/3960/HLD_3960_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (acceso 1 de agosto de 2019.)

²⁶⁷ Inciso primero, artículo 17 B de la Ley de Control de Armas:

“Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3°, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”

La norma resulta controversial, pues obliga a los jueces a aplicar las reglas del concurso real en casos en que, en términos dogmáticos esto es susceptible de crítica toda vez que las hipótesis son encuadrables en las reglas del concurso *ideal* o *concurso ideal impropio*²⁶⁸, haciendo aplicación de las reglas generales del Código Penal. El texto de la ley por su historia intenta aplicar una regla que no impacta con tanta claridad en la jurisprudencia, pues de las 70 sentencias existentes, 35 son condenatorias y respecto de estas 22 presentan concursos posibles de delitos, 4 fueron solucionados a través de la aplicación directa de las reglas generales del CP aplicando concurso aparente; 18 aplicaron concurso real con otros delitos por aplicación de la regla especial de la LCA, y 5 de éstas últimas incluso aplicaron concurso real con el porte de arma. Esto último nos obliga a reiterar que las reglas concursales son expresivas de principios generales del derecho penal, que a su vez constituyen garantías fundamentales para los individuos, como el principio del *non bis in ídem*; el principio de proporcionalidad, o el principio de humanización de las penas, y no solo redundan en una disquisición teórica; inciden directamente en el Estado de Derecho.

2. Pena

El inciso II del artículo 17 B de la LCA²⁶⁹ consagra lo que se ha conocido como ‘marco rígido’ para la aplicación de penas, el cual obliga al juez a determinar el quantum según su propio criterio, pero dentro del exclusivo margen abstracto contenido en la norma, permitiéndole

²⁶⁸Un ejemplo expreso de lo que se menciona lo constituye la STOP de Iquique, del 2 de agosto de 2017, Rol 217-2017, que condenó a un individuo a 6 años de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de homicidio frustrado, y a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo por el delito de disparar injustificadamente. Respecto de la relación concursal entre ambos delitos el tribunal se expresó en el considerando DECIMO: “En relación con el delito de disparar injustificadamente un arma de fuego en la vía pública. La existencia de este ilícito se estableció igualmente con la prueba rendida en la audiencia a la que ya hemos hecho referencia que estableció que el acusado disparó a lo menos en cuatro oportunidades proyectiles balísticos calibre 9 milímetros con una pistola, en calle Los Jazmines de la ciudad de Iquique, uno de los cuales impactó en la persona de la víctima Ronny Campillay Castillo (...)”. Si bien en doctrina, podría este ilícito subsumirse en el delito de homicidio frustrado, ya que todos los disparos fueron ejecutados con el objeto de dar muerte a la víctima, la actual legislación en materia de armas impide tal cuestión, ya que el artículo 17 letra b de la ley 17.798 indica que las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en dicha ley, como ocurre en este caso, lo que además debe hacerse de conformidad a lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal, lo que excluye igualmente la posibilidad de tratar el tema como un concurso ideal”. A la experiencia jurisprudencial comentada se debe añadir la opinión dogmática de BASCUR, quien reconoce una relación de concurso aparente entre el delito de disparo injustificado y la tenencia (art. 13 de la LCA) y o el porte (14 de la LCA), en la que la sanción de aquel absorbe la de éstos. Bascur, Gonzalo, «Análisis de los principales delitos», 585.

²⁶⁹ Inciso II, artículo 17 B

únicamente usar como criterios de determinación el número y entidad de agravantes y atenuantes y la extensión del mal causado.

La razón de la limitación se encontraría en la misma historia de la ley 20.813: “(e)l profesor Matus explicó “esta proposición ofrece una solución a la situación que se produce a raíz de que los delitos contemplados en la ley de armas presentan también el problema común del régimen actual de determinación de penas, que se traduce en el hecho de que, por regla general, incluso penas de hasta quince años previstas por la ley para ciertos crímenes pueden terminar sufriendo importantes rebajas judiciales y sustituyéndose por sanciones de la ley N° 18.216.”²⁷⁰

La norma restringe el ámbito de discrecionalidad del juez para determinar la pena según lo que aparece en el caso concreto, resolviendo el asunto de forma previa, principalmente sobre la base valoración de la perniciosidad de la conducta realizada por el legislador al momento de elaborar la norma. Llama poderosamente la atención que el mismo profesor Matus la opinión antes citada cuando él mismo, en texto de referencia para el derecho penal chileno, da cuenta de la falta de aplicación por parte de los jueces de las normas del sistema ordinario de determinación de la pena, poniendo especial hincapié en la valoración del caso concreto, con razonamientos situados, que permitan la adecuada fundamentación de la pena:

“Por lo mismo, es preciso notar que las magnitudes penales respecto de las que se aplica el art. 69 pueden llegar a ser particularmente significativas. Por ej.: si no concurren atenuantes ni agravantes, el art. 68 inciso i faculta al tribunal para imponer al autor de sustracción de menores (art. 142 N° 2) una pena que va desde 10 años y un día hasta 20 años. Sin embargo, y a pesar de la importancia que se le asigna a esta disposición por la doctrina nacional, nuestros tribunales tienden a hacer escasa aplicación de ella, limitándose, por regla general, a aplicar en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena resultante de las reglas anteriores, sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, de acuerdo al mérito del proceso, o de la forma en que todos estos factores se han conjugado en su pensamiento para llevarlo a la determinación precisa de la pena impuesta, a pesar de la

²⁷⁰ Historia de la Ley N° 20.813. Ley publicada el 6 de febrero de 2015. (BCN, 307.) Disponible en: https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/3960/HLD_3960_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf (acceso 1 de agosto de 2019.)

inobjetable obligatoriedad de este artículo y de los reclamos que por una individualización judicial razonada y fundamentada hace nuestra doctrina”.²⁷¹

El conflicto que subyace a la norma divide la jurisprudencia analizada, en donde 14 del total de sentencias condenatorias optan desaplicar el marco rígido, propendiendo a una disminución de la pena.

La creación del marco rígido también implicó la modificación del inciso II del artículo 1º de ley 18.216, determinando la exclusión del condenado por delitos contenidos en la LCA de las penas sustitutivas. Respecto de éste último punto, se ha desatado una controversia constitucional por la vía de la interposición de requerimientos de inaplicabilidad por infracción de garantías fundamentales que aún no ha sido zanjada de forma definitiva por el Tribunal Constitucional.

²⁷¹ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 537.

Conclusiones

Nuestra investigación adquiere relevancia para diversas áreas del Derecho penal, adquiere importancia por la escasa discusión dogmática en la doctrina nacional sobre los delitos de peligro; también repercute en el tratamiento de la jurisprudencia nacional (en cuestiones como el análisis del tipo, la aplicación de los concursos y de las penas); adquiere una importancia, por supuesto, en la política criminal del Estado, cuestión de la que no nos hacemos cargo como apartado en este trabajo de investigación, pues excede la investigación, pero no por eso dejamos de mencionar aquí, pues se trasluce en el desarrollo de este trabajo.

1. Bien jurídico protegido

El debate en torno al bien jurídico protegido es esencial para determinar los límites de la fuerza coactiva del Estado, sólo respecto del artículo 14 D se discute el bien jurídico protegido por los distintos incisos. Así podemos ver que el bien jurídico, varía desde la propiedad privada, entendiéndolo como una de las hipótesis en el inciso II; pasando por el orden público en el inciso III; para coincidir en los incisos I y IV en el bien jurídico tutelado, entendiéndose que es la seguridad pública. Sin embargo, lo conclusivo de nuestra investigación es que la seguridad pública, ha de estar dotada de un contenido material que encuentre tras de sí una cantidad determinada de bienes jurídicos individuales, y no como una abstracción propicia para la interpretación del gobierno de turno. Esto tiene repercusiones enormes en todo el desarrollo del delito, y habiendo hecho las prevenciones pertinentes, en el capítulo indicado, sobre la complejidad que genera un bien jurídico intermedio como el postulado, lo cierto es que consideramos que permite resolver en la práctica, el tratamiento jurídico en las distintas etapas del delito, resolviendo así las dificultades dadas por la proliferación de delitos de peligro abstracto generada por la política criminal de los últimos años y de tendencia nacional e internacional.

2. El tipo y en especial el elemento normativo del tipo

Si bien la doctrina nacional está conteste en que el tipo referido contiene un elemento normativo del tipo que reenvía el análisis del delito hacia antijuridicidad. La jurisprudencia por su parte hace escasa referencia a esta cuestión, pareciera no haber claridad en esta clase de conductas típicas por parte de los jueces de primera instancia, en torno a que la relación es con antijuridicidad, y que el término “injustificadamente” no es sencillamente la existencia de

buenas razones para disparar. Dentro de las 70 sentencias encontradas que discurren sobre el disparo injustificado 30 de ellas son plenamente absolutorias, 35 condenatorias, 4 mixtas (absolutorias y condenatorias) y 1 en que el MP se desistió de las 30 plenamente absolutorias, solo 1 lo hace por vía causal de justificación (legítima defensa); de las 35 condenatorias, en sólo 2 oportunidades se pudo catastrar la vinculación cierta entre el término injustificadamente y las autorizaciones otorgadas por el derecho. Con esto es claro que las causales de justificación no han sido un tema gravitante a la hora de aplicar el delito de disparo injustificado.

3. Causales de justificación en particulares

Dicho lo anterior, el bien jurídico tutelado por el delito de peligro abstracto complica la relación entre sujeto activo y pasivo de una causal de justificación. Pues si bien es posible exigirle a un sujeto pasivo de un acto típico no antijurídico acarrear las consecuencias típicas de un acto cuando es el agresor, no es posible esa exigencia respecto de un tercero, y conforme a nuestra investigación no es posible encuadrar alguna de las causales de justificación para efectos de realizar el verbo rector de disparar, en definitiva, de manera justificada. Quedando circunscrita esa opción sólo para aquellos que lo hacen en el cumplimiento de un deber.

4. Funcionarios policiales

Sobre las últimas reformas a la Ley de armas es poco lo que se ha escrito, algunos autores hacen referencia a una posible laxitud de las causales de justificación para los funcionarios policiales, creemos que esta afirmación no es completa al analizar todo el desarrollo de la causal de justificación o del acto típico. Veamos, si bien son más amplias las hipótesis de causal de justificación contenidas en los artículos 410, 411 y 412 CJM, no es menos cierto que el uso de la fuerza por parte de funcionarios policiales se ve compelido a las normas de derecho internacional aplicables y por tanto circunscriben su actuar a criterios de necesidad, proporcionalidad y responsabilidad que en términos prácticos generan incluso más exigencias que a los particulares para poder -en definitiva- decidirse a disparar. Lo propio sucede con el caso de Carabineros, que tienen un protocolo del uso de la fuerza que convierte de *soft law* la normativa internacional a derecho vinculante, es más, en el protocolo del uso de la fuerza vigente para Carabineros de Chile agrega los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad al momento de ocupar un arma de fuego.

5. Concursos

Sobre los concursos el tema se torna especialmente debatible, pues la norma contenida en el artículo 17 B LCA señala que no se podrán aplicar las reglas generales de los concursos del Código Penal y se aplicará directamente el artículo 74. Al analizar la historia de la ley uno puede comprender la intención expresa del legislador, sin embargo de la sola lectura del artículo cabe lugar a la interpretación de que podrían aplicarse las reglas generales para el delito en estudio, pues no se puede disparar injustificadamente sin hacerlo con un arma, lo que dogmáticamente se entiende como concurso ideal medial. Lo cierto es que existen voces tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional para interpretar el artículo del modo en que estamos planteando, y perfectamente podría suceder que la jurisprudencia gire por interpretación o por aplicación de justicia material a una aplicación interpretativa de este inciso que soslaye esta intención del legislador.

6. Aplicación de la pena

Sobre la aplicación de la pena, un porcentaje alto de los jueces de primera instancia no han hecho aplicación del artículo 17 B inciso II, principalmente en razón de igualdad ante la ley y principio de justicia material²⁷². Sobre la pena sustitutiva los tribunales han soslayado la aplicación de lo prescrito en la Ley N° 18.216 sobre la base de que haya un pronunciamiento del Tribunal Constitucional en orden a no darle aplicabilidad.

7. Reflexión final

A lo largo de la travesía de títulos y citas en esta memoria fuimos trazando una convicción, ésta parte en una postulación sobre que los delitos de peligro deberían ser excepcionales dentro de la legislación penal, casi desaparecer como dijo Von Liszt allí donde no hay peligro concreto. Para continuar en la idea de que los bienes jurídicos sin contenido cierto o de contenido moldeable, desdibujan los principios liberales del Derecho penal porque se acomodan como un molde a las necesidades políticas del Gobierno de turno, por eso dimos contenido al bien jurídico protegido por este delito, a su vez consentimos fielmente en lo escrito por Ferrajoli *una política penal de tutela de bienes jurídicos sólo se justifica y es creíble, si es subsidiaria de una política no penal de tutela de los mismos bienes*. En relación a esto último, y continuando con la concatenación de ideas, agregamos en esta conclusión la crítica del fenómeno de la seguridad ciudadana como paradigma de legislación, que parten tomando los principios de la sociedad del riesgo, para luego desfigurarlos e interpretarlos como para la

²⁷² Así, de un total de 35 sentencias condenatorias, en 12 los jueces decidieron no aplicar el marco rígido.

solución de la delincuencia común, cuando son dos cuestiones ideológicas contrapuestas, la primera delincuencia relacionada con los grupos de poder, la segunda relacionada con los marginados de la sociedad, fenómeno advertido hace 15 años en España y que tiene plena vigencia en el Chile de hoy. Es por todas estas razones que tenemos una opinión abolicionista o de *lege ferenda* sobre el delito estudiado, el fenómeno de las 'balas locas' ha de ser abarcado por la legislación penal, pero no como delito de peligro abstracto, sino como delito de peligro concreto, y más aún, ni siquiera tendría que estar contemplado como delito, sino que la legislación -consideramos- ha de hacerlo como falta.

Bibliografía:

I. Autores y Autoras.

1. Acosta, Juan Domingo. «Artículo 10 N°s 7° y 11° Del Código Penal. Algunos criterios de delimitación», en *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*. Ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing, 2013), 691-713.
2. Bages Santacana, Joaquim. El principio de lesividad en los delitos de peligro abstracto. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2018. Acceso 5 de septiembre de 2019. <https://bibliotecatirantcom.uchile.idm.oclc.org/cloudLibrary/ebook/show/9788491691488>.
3. Bailone, Matías. «La tenencia y portación de armas en el Código Penal Argentino. La Ley 25.886 y la fiebre punitiva». Acceso 5 de marzo de 2019. <https://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/tenencia.htm>
4. Barrientos, Deisy. «Lesividad en los bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro. Análisis del delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones», *Revista Nuevo Foro Penal* 84 (2015): 91-136. Acceso 5 de septiembre de 2019. <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3243/2912>.
5. Bascur Retamal, Gonzalo. «Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas» *Revista Política Criminal* 23 (2017): 533-609. Acceso 6 de septiembre de 2019. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v12n23/art14.pdf>.
6. Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 2013. Acceso 5 de septiembre de 2019. <https://davidhuerta.typepad.com/files/beck-ulrich-la-sociedad-del-riesgo-hacia-una-nueva-modernidad.pdf>.
7. Bustos, Juan. *Obras Completas*. Tomo II. *Control Social y otros estudios*. Lima: ARA Editores. 2004.

8. Cea, Sergio y Patricio Morales. *Control de armas. Manual de aplicación de la ley N°17.798*. 3a.ed. Santiago: Lexisnexis, 2009.
9. Chocano Rodríguez, Ranier. «Situaciones de necesidad de las que derivan causas de justificación: Estado de necesidad agresivo y defensivo». *Anuario de Derecho Penal. Aspectos fundamentales de la Parte General del código penal peruano*. (Université de Fribourg, 2003). Acceso 29 de noviembre de 2019. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_12.pdf.
10. Coca Vila, Ivó. «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 19 (2017): 1-41. Acceso 9 de octubre de 2019. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-24.pdf>
11. Cury, Enrique. «El Estado de Necesidad en el Código Penal Chileno», en *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*. Libro homenaje a los profesores de ciencias penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. (Santiago, 2013).
12. Cury, Enrique. *Derecho Penal Parte General*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.
13. Díez Ripollés, José Luis. «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 7 (2005): 1-37. Acceso 30 de junio de 2019. <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>.
14. Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 1997.
15. Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. *Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2009.

16. Hefendehl, Roland. « ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?», *Revista Electrónica de Ciencia penal y criminología*. 04 (2002): 1-13. Acceso 7 de julio de 2019. http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_04-14.pdf.
17. Hernández, Héctor y Jaime Couso. directores. *Código Penal Comentado: libro primero (artículos 1º a 105º)*. Santiago: Legal Publishing. 2011.
18. Hirsch, Hans Joachim. «Peligro y peligrosidad». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc. /Mes 2, 1996, (1996): 509-529. Acceso 14 de julio de 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224086>
19. Horvitz, María Inés y López Julián. *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2010.
20. Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Vol.2. *El Delito (2da parte: causales de justificación)*. Buenos Aires: Editorial Losada. 1964.
21. Kindhäuser, Urs. «Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal» *Revista para el análisis del Derecho* 1 (2009): 1-19. Acceso 1 de junio de 2019. <http://www.indret.com/pdf/600.pdf>
22. Maldonado, Francisco. «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia* 7 (2006): 23-63. Acceso 5 de marzo de 2019. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15082/15500>.
23. Mañalich Raffo, Juan Pablo «Condiciones generales de la punibilidad». *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N°2 (2005).
24. Mañalich Raffo, Juan Pablo «El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del 10 N°11 del Código Penal chileno», en *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing 2013), 715-742.

25. Matus, Jean Pierre coord. *Texto y comentario del código penal chileno*. Tomo I Santiago: Editorial Jurídica. 2008.
26. Méndez Rodríguez, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Universidad Complutense Madrid. 1993.
27. Mendoza Buergo, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares. 2001
28. Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor. 2005.
29. Molina, Hernán. *Derecho Constitucional*. Santiago: Legal Publishing. 2010.
30. Novoa, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno. Parte General*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2005.
31. Palermo, Omar. *La legítima defensa: una revisión normativista*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos. 2006.
32. Paredes Castañón, José Manuel. «La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal» *Eguzkilo*. N° 20 (2006). Acceso 30 de julio de 2019. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174920/13+-+Seguridad+Como+Objetivo.pdf>
33. Pérez-Sauquillo, Carmen. “Delitos De Peligro Abstracto y Bienes Jurídicos Colectivos.” *Foro FICP (Tribuna y Boletín De La FICP)*, No. 3 (2015): 115-145. Acceso 15 de agosto de 2019. <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/2015/12/Foro-FICP-2015-3.pdf>
34. Pérez-Sauquillo, Carmen. «Delitos de peligro abstracto y bienes jurídicos supraindividuales». Tesis doctoral. Universidad de Alcalá. 2017.
35. Politoff Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Segunda Edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

36. Politoff Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez. *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General. Segunda Edición*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. 2004.
37. Rodríguez Montañés, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid: [sin edit.,] 1994.
38. Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 2da. ed. trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas. 1997.
39. Silva Sánchez, Jesús-María «Sobre el estado de necesidad en derecho penal español», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 35, Fasc. /Mes 3, (1982). Acceso 1 de diciembre de 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46225>
40. Silva, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional*. Volumen 3. Santiago: Editorial Jurídica. 1963.
41. Urs Kindhäuser. «El tipo subjetivo en la construcción del delito» *Revista para el análisis del Derecho* 4 (2008), accesos 5 de agosto de 2019. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2784602>
42. Vargas, Tatiana. « ¿Tiene la *necesidad* cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N°11», ed. por Alex van Weezzel (Santiago: Legal Publishing, 2013) ,743-773.
43. Vidal Moya, Víctor «Análisis de las características más relevantes del estado de necesidad establecido por la Ley 20.480», *Ars Boni et Aequi* Año 9 N°1(2013), acceso: 20 de noviembre de 2019. <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2013/12/8-Vidal.pdf>.

44. Villegas Díaz, Myrna y Renata Sandrini Carreño, «Estado de necesidad Defensivo y mujeres homicidas». *Doctrina y Jurisprudencia Penal* N°16 (2014): 61-84.
45. Villegas Díaz, Myrna. «Propuesta Anteproyecto de Código Penal Chileno. Delitos de Terrorismo », en Anteproyecto de Código Penal Chileno 2013. (Santiago). Acceso 8 de noviembre. <http://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Villegas-D%C3%ADaz-Myrna-Delitos-de-Terrorismo.pdf>
46. Zaffaroni, Raúl, Aliaga, Alejandro y Slokar, Alejandro *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed. Buenos Aire: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. 2002

II. Documentos de Instituciones.

1. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 17.798. Ley publicada el 21 de octubre de 1972. (BCN). Acceso 1 de noviembre de 2019. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/2450/HLD_2450_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
2. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.014. Ley publicada el 13 de mayo de 2005. (BCN). Acceso 1 de noviembre de 2019. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/5593/HLD_5593_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf.
3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.813. Ley publicada el 6 de febrero de 2015. (BCN). Acceso 1 de abril de 2019. https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/3960/HLD_3960_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf
4. Centro Regional de las Naciones Unidas para la Paz, el Desarme y el Desarrollo en América Latina y el Caribe (UNLIREC). Documento de Trabajo: Balas Perdidas II: Análisis de Casos de Balas Perdidas Reportados en Medios de Comunicación en

América Latina y el Caribe (2014 – 2015). Acceso 28 de marzo de 2019.
http://www.unlirec.org/Documents/Balas_Perdidas.pdf.

5. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009.
6. Departamento de criminalística de Carabineros de Chile. Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano. Acceso 21 de noviembre de 2019.
https://ciperchile.cl/wp-content/uploads/INFORME-CARABINEROS_compressed.pdf.
7. Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Programa de Derechos Humanos: Función Policial y Orden Público. Santiago: 2018.

III. Cuerpos normativos nacionales

1. Constitución Política de la República de 1980.
2. Código Penal.
3. Código de Justicia Militar.
4. Ley N° 17.798 sobre control de armas.
5. Ley N° 20.813 modifica Ley de Control de Armas y Código Procesal Penal.
6. Ley N° 18.216 establece penas sustitutivas a las privativas de libertad.
7. Ley N° 18.961 orgánica de Carabineros de Chile.
8. DL N° 2.460 orgánica de Policía de Investigaciones de Chile.
9. Circular N° 1.832 actualiza instrucciones para el uso de la fuerza.
10. Orden General N° 2.635 protocolo para el mantenimiento del orden público.

IV. Instrumentos normativos internacionales.

1. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979.

2. Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, adoptado por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba, entre 27 de agosto y el 07 de septiembre de 1990.

V. Fuentes jurisprudenciales nacionales.

1. Corte de Apelaciones de Santiago. 12 de julio de 1943
2. Corte de Apelaciones de Rancagua. ROL 254-2007. 20 de julio de 2007.
3. Tribunal Oral en lo Penal de Talca. RIT 164-2007, el 9 de mayo de 2008.
4. Tribunal Oral en lo Penal de La Serena. RIT- 124-2009, 13 de octubre de 2009.
5. Tribunal Oral en lo Penal de Curicó. RIT 315-2016, 4 de agosto de 2017.
6. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia. RIT 146-2016, 12 de diciembre de 2016.
7. Juzgado de Letras, Garantía, Familia y Trabajo de Pucón. RIT 1384 – 2017, 1 de junio de 2018.
8. Tribunal Oral en lo Penal de Temuco. RIT 127-2018, 3 de octubre de 2018.
9. Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia. RIT 128-2018, 31 de agosto de 2018.

VI. Fuentes jurisprudenciales internacionales.

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 251., 24 de octubre de 2012.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 281. 27 de agosto de 2014.
3. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 292, 17 de abril de 2015.

4. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 371., 28 de noviembre de 2018

VII. Artículos periodísticos de medios electrónicos.

1. Basadre, Pablo y Equipo CIPER. «Muerte de Catrillanca: así se inventó la versión falsa de Carabineros», CIPER. 1 de febrero de 2019. Acceso en 12 de noviembre de 2019. <https://ciperchile.cl/2019/02/01/muerte-de-catrillanca-asi-se-invento-la-version-falsa-de-carabineros/>
2. Basadre, Pablo. «Muerte de Catrillanca». CIPER .19 de diciembre de 2018. Acceso 12 de noviembre de 2019. <https://ciperchile.cl/2018/12/19/muerte-de-catrillanca-ciper-revela-en-exclusiva-tres-de-los-videos-que-grabo-carabineros/>
3. Calderara, Camilo. «Carabineros suspende uso de perdigones antidisturbios durante las manifestaciones». T13.cl. 19 de noviembre de 2019. Acceso 21 de noviembre de 2019. <https://www.t13.cl/noticia/nacional/Carabineros-suspende-uso-de-balines-antidisturbios-durante-las-manifestaciones>
4. Cárdenas, Rodrigo. «Los migrantes están cambiando la economía en Chile». La Tercera 11 de junio de 2019. Acceso 30 de junio de 2019. <https://www.latercera.com/pulso/noticia/los-inmigrantes-estan-cambiando-la-economia-chile/695357/>
5. Chilevisión noticias: «Caso Catrillanca». 19 de diciembre de 2018. Acceso 12 de noviembre de 2019. https://www.chvnoticias.cl/trending/revelan-video-del-momento-exacto-en-que-carabineros-dispara-a-catrillanca_20181219/
6. CNN Chile. «Contralor Bermúdez descartó que existiera validez jurídica para que Piñera convocara al Cosena». CNN Chile. 8 de noviembre de 2019. Acceso 8 de

noviembre de 2019. https://www.cnnchile.com/pais/contralor-bermudez-validez-juridica-cosena-pinera_20191108/

7. Comunicaciones DIMEC-FCFM. «Dispositivos utilizados en manifestaciones. Investigación U. de Chile comprueba que perdigones usados por Carabineros contienen solo 20 por ciento de goma». Uchile. Acceso 21 de noviembre de 2019. <https://www.uchile.cl/noticias/159315/perdigones-usados-por-carabineros-contienen-solo-20-por-ciento-de-goma>
8. El Mostrador. «INDH se quedó corto: Cruz Roja cifra en 2.500 los heridos durante las protestas en Chile». El Mostrador. 3 de noviembre de 2019. Acceso 15 de noviembre de 2019. <https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/11/03/indh-se-queda-corto-cruz-roja-cifra-en-2-500-los-heridos-durante-las-protestas-en-chile/>
9. Delgado, Felipe, información de Pino, Rodrigo. «Presidente Piñera lideró demolición de muros para abrir pasajes de la población La Legua» 05 de diciembre de 2018. Acceso 30 de abril de 2019. <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2018/12/05/presidente-pinera-lidera-demolicion-de-muros-para-abrir-pasajes-de-la-poblacion-la-legua.shtml>
10. Martínez, Raúl. «Los muertos en el gobierno de Aylwin». Diario Uchile. 22 de abril 2016. Acceso 1 de noviembre de 2019. <https://radio.uchile.cl/2016/04/22/los-muertos-en-el-gobierno-de-aylwin/>.
11. Weibel, Mauricio. 2019. «Ya en 2012 informe de Carabineros advirtió que escopetas antidisturbios provocan lesiones letales y estallido ocular» CIPER Chile 21 de noviembre de 2019, acceso 21 de noviembre de 2019, <https://ciperchile.cl/2019/11/21/ya-en-2012-informe-de-carabineros-advirtio-que-escopetas-antidisturbios-provocan-lesiones-letales-y-estallido-ocular/>
12. Palma, Tamy. «Marya Fuentes: “Vivo con una bala en mi cara”». La Tercera. 11 de enero de 2019. Acceso 28 de marzo de 2019. <https://www.latercera.com/tendencias/noticia/marya-fuentes-vivo-una-bala-cara/480597/>.

13. Reyes, C. 2019. «No hay DD.HH cuando no existe orden público». La Tercera. 8 de noviembre de 2019. Acceso 8 de noviembre de 2019.
<https://www.latercera.com/politica/noticia/no-dd-hh-cuando-no-orden-publico-polemico-tweet-felipe-kast-borro-debio-salir-explicar/892971/>

VIII. Páginas web.

1. «El impacto de la Guerra Fría en Chile». Acceso 1 de noviembre de 2019.
<http://www.memoriachilena.gob.cl/602/w3-printer-3460.html>
2. «La pobreza en Chile». Acceso 30 de junio de 2019.
<https://www.hogardecristo.cl/pobreza-en-chile/>
3. «Revelan video del momento exacto en que Carabineros dispara a Catrillanca». Acceso 11 de noviembre de 2019.
<https://www.youtube.com/watch?v=7EEfWGrS2o4&t=61s>

ANEXOS

1. N° 1 Reporte INDH 21 de noviembre:

 REPORTE 21-11-19 // 13.00HRS	
PERSONAS VISITADAS COMISARIAS	6.972*
MUJERES	1.062
HOMBRES	4.924
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	833
HERIDOS EN HOSPITALES	2.535
POR DISPARO DE BALA	43
POR DISPARO DE PERDIGONES	1.015
POR ARMA DE FUEGO NO IDENTIFICADA	426
POR BALINES	68
POR GOLPES, GASES Y OTROS	984
PERSONAS CON HERIDAS OCULARES	223*
ACCIONES JUDICIALES PRESENTADAS	462
MANIFESTACIONES OBSERVADAS	158

*No en todas las observaciones fue posible registrar el sexo.

*75% de los casos, 163 en total, son producto de disparos.

2. N° 2 Reporte INDH 21 de noviembre:

 REPORTE 21-11-19 // 13.00HRS	
ACCIONES JUDICIALES PRESENTADAS	462
QUERELLAS HOMICIDIO	6
QUERELLAS HOMICIDIO FRUSTRADO	7
QUERELLAS POR VIOLENCIA SEXUAL*	74
QUERELLAS TORTURAS Y TRATOS CRUELES	341
QUERELLAS LESIONES	14
RECURSOS DE QUEJA	5
AMPAROS (J.G y Constitucionales)	15
TOTAL QUERELLAS	442
TOTAL VÍCTIMAS REPRESENTADAS	646
MUJERES	143
HOMBRES	384
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	119
PERSONAS LGTBIQ+	6
PERSONAS MIGRANTES	3
PERSONAS PUEBLOS ORIGINARIOS	2
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	5

*Desnudamientos, amenazas, tocaciones y cuatro violaciones