



Análisis crítico del alcance de la calidad de imputado, respecto de las fuerzas policiales,
incorporado por la Ley N° 21.560

Tesina de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso

Tesistas: Victoria López González - Catalina Pedreros Peña.

Profesor guía: Javier Rojas-Mery Arcos.

Diciembre, 2023.

TABLA DE CONTENIDO

Abreviaturas	2
Resumen	3
Introducción	4
Capítulo I: Historia de la Ley N°21.560 y sus motivaciones	6
Capítulo II: Sujetos procesales. Imputado, testigo y víctima	15
1. Imputado	16
1.1 Concepto	16
1.2 Derechos del Imputado	18
2. Víctima	21
2.1 Concepto legal y doctrinal	21
2.2 Derechos y deberes de la víctima en el proceso penal	23
2.2.1 Derecho a la protección	24
2.2.2 Derecho al trato digno	25
2.2.3 Derecho a la información	25
2.2.4 Derecho a la acción	26
2.2.5 Derecho de participación y control respecto de las funciones del Ministerio Público	26
2.2.6 Derecho a la reparación del daño causado por el delito	27
2.3 El querellante	28
3. Testigo	29
Capítulo III: Consecuencias de la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo respecto de los funcionarios policiales	32
1. Representación fáctica de la mutación de las calidades procesales	32
2. Delimitación de conceptos que incorpora la Ley N°21.560	33
2.1 Quién, cuándo y bajo qué criterios se determina la mutación de las calidades procesales	33
2.2 Concepto de orden público y seguridad pública interior	38
3. Consecuencias de la modificación de las calidades procesales	41
3.1 Hipótesis de muerte de la persona particular	45
3.2 Carga probatoria y presunción de verdad	46
4. Medidas cautelares artículo 124 bis C.P.P.	47
Conclusión	51
Referencias bibliográficas	55

Abreviaturas

- CDD: Cámara de Diputados y Diputadas.
- C.P.R: Constitución Política de la República.
- C.P.P: Código Procesal Penal.
- C.P.: Código Penal.
- Funcionario Policial: funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia.
- LOCMP: Ley Orgánica del Ministerio Público.
- PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

Resumen

La presente investigación tiene por finalidad analizar y reflexionar en torno a la modificación introducida por la Ley N°21.560 conocida coloquialmente como “Ley Naín Retamal”, al artículo 7° del Código Procesal Penal. En ella, se incorpora la modificación de la calidad de imputado de los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, a víctima o testigo durante la investigación, siempre que incurran en la hipótesis de legítima defensa privilegiada. Dicha figura, ópera conforme al caso en que por razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo del orden público y seguridad pública interior, el funcionario policial repela o impida una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa.

Palabras Claves: Ley N°21.560 - funcionario policial - sujetos procesales - legítima defensa privilegiada - orden público y seguridad pública interior.

Introducción

La Ley N° 21.560, conocida coloquialmente como “Ley Naín Retamal”, surge como respuesta a una serie de problemáticas que acongojaba a la ciudadanía y la seguridad social. Entre ellas, los episodios vividos por funcionarios policiales, en los que, durante el despliegue de procedimientos policiales, fueron abatidos. Eugenio Naín y Carlos Retamal constituyen dos casos emblemáticos que impulsaron la creación de dicha ley, y posteriormente su promulgación y publicación.

Por ello, en la presente investigación nos disponemos a revisar en detalle esta ley, examinando los argumentos de los parlamentarios que impulsaron su promulgación; su alcance y el impacto que ha tenido en el derecho procesal penal.

En particular, nos adentraremos en un análisis crítico en torno a la modificación introducida por esta ley al artículo 7° del Código Procesal Penal, en el que se modifica la calidad de imputado a víctima o testigo, respecto de los funcionarios policiales que incurran en la hipótesis de la legítima defensa privilegiada. Cabe recalcar, que la figura de legítima defensa privilegiada fue incorporada por esta ley, modificando el artículo 10 N°6 del Código Penal, así, la norma establece que se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° de este artículo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realicen funciones de orden público y seguridad pública interior; en dichos casos se entenderá que concurre el uso racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa.

Como consecuencia de la entrada en vigencia de esta ley, se presentaron una serie de alteraciones a figuras procesales de suma relevancia, como lo son las calidades jurídicas de una relación procesal penal, en virtud de las cuales el ordenamiento jurídico otorga distintos derechos y garantías a los sujetos.

Respecto de la materia, es escasa la investigación existente, pues es una ley que entró en vigencia recientemente -el 10 de abril de 2023- y que ha tenido escasa aplicación en la jurisprudencia, con lo cual surge la necesidad de dar respuesta a una serie de interrogantes que esta ley ocasiona. Así, el objetivo de la presente investigación es analizar críticamente las consecuencias que devienen de la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo que regula la Ley N° 21.560, respecto de funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, que actúen bajo la hipótesis de legítima defensa privilegiada.

Para disponernos a dicho cometido, abordamos la investigación del siguiente modo, en el primer capítulo se expondrá el razonamiento de los legisladores que motivaron la creación de esta ley, y particularmente la intención detrás de la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo, respecto de los funcionarios policiales.

En el segundo capítulo se identificarán los sujetos de la relación jurídica procesal penal que existen al momento de iniciar una investigación por el Ministerio Público, al marco de la Ley N°21.560, junto con determinar cuáles son los derechos y garantías que la ley le otorga a cada uno, centrándonos únicamente en el imputado, la víctima y el testigo, toda vez que esas son las calidades que el legislador modifica con esta ley.

En el tercer capítulo se analizarán las consecuencias de las modificaciones introducidas por esta ley, que se desglosan en, primero, realizar una delimitación de conceptos que incorpora la Ley N°21.560 relativos a la mutación de calidades que se pueden dar en el curso de la investigación, si las diligencias permiten atribuirle participación punible al funcionario policial. Segundo, analizar la posible afectación de derechos y garantías que resulta de esta mutación de calidades procesales; examinar cómo influye esta modificación en la carga probatoria en el procedimiento y en la presunción de verdad que recae sobre los funcionarios policiales. Tercero, examinar las consecuencias de la incorporación del nuevo artículo 124 bis al Código Procesal Penal, respecto de las medidas cautelares que son posibles aplicar tanto al funcionario policial, como al imputado.

Capítulo I: Historia de la Ley N°21.560 y sus motivaciones

La Ley N°21.560, que modificó textos legales que indicó, para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile, fue promulgada el 06 de abril de 2023 y publicada el 10 de abril del mismo año. Este proyecto de ley fue ingresado por moción de los diputados Guillermo Ramírez Diez, Henry Leal Bizama, Jorge Alessandri Vergara, Andrés Longton Herrera, Diego Schalper Sepúlveda, Juan Antonio Coloma Álamos, Cristián Araya Lerdo de Tejada, Felipe Donoso Castro y Stephan Schubert Rubio, con fecha 23 de marzo del 2022, cuyo único objetivo en un comienzo fue aumentar las penas para delitos cometidos contra autoridades en el ejercicio del resguardo del orden público.

Los antecedentes que se tuvo a la vista para su elaboración dicen relación con el contexto social que se dio en la ciudadanía en el año 2022, los diputados y diputadas hacen énfasis en la necesidad de que se garantizara una protección especial por parte del Estado hacia Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile, quienes en el ejercicio de sus funciones de resguardo del orden público, que resultaban fundamentales para la seguridad pública del país, se veían expuestos a atentados contra su integridad física. Así, señalaron que los niveles de violencia en la comisión de delitos, relacionados al orden público, iba en aumento, sin una respuesta oportuna por parte del Estado. Con ello, se mencionaron una serie de hechos de violencia en contra de funcionarios policiales, que tuvieron como resultado la muerte de los mismos, los cuales representaron la necesidad de legislar sobre la materia y que finalmente impulsaron la presente ley.

Entre tales hechos, los más emblemáticos que se vincularon a la creación de esta ley, son distintos homicidios ocurridos desde el año 2022 hasta el presente año 2023. En primer término, el del carabinero Eugenio Naín ocurrido en Padre Las Casas el 30 de octubre del año 2022, que dio origen al proyecto de “Ley Naín”; en segundo lugar, el del carabinero David Florido, cometido el 10 de junio del año 2022 en la comuna de Pedro Aguirre Cerda, en que a raíz de este suceso se modificó el proyecto de “Ley Naín” a “Ley Naín 2.0”; en tercer lugar, el del sargento segundo Carlos Retamal el 09 de octubre del año 2022, que originó un nuevo proyecto de ley denominado “Ley Retamal”; y, en cuarto lugar, el de la Carabinera Rita Olivares llevado a cabo el 26 de marzo del año 2023, que fundamentó la fusión de ambos proyectos de ley mencionados anteriormente, que dio origen al

proyecto de ley, popularmente conocido como “Ley Naín- Retamal”, que corresponde a la vigente Ley N° 21.560.

Las ideas matrices de dicho proyecto de ley, eran, en primer término, establecer una restricción en relación a aquellos delitos en que se atente contra la integridad física de Carabineros, Policía de Investigaciones o Gendarmería de Chile, de acceder a penas sustitutivas de la privativa o restrictiva de libertad de la Ley N°18.216, de manera tal que quienes atenten contra las policías deban cumplir la pena privativa de libertad. En segundo término, este proyecto de ley pretendía agravar las penas de aquellos delitos cometidos en contra de la integridad física de funcionarios de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones relativas al resguardo del orden público.

De esta forma, en el primer trámite constitucional, en la discusión en sala de la Cámara de Diputados y Diputadas (en adelante C.D.D) con fecha 22 de noviembre de 2022 y 27 de marzo de 2023, se modificaron nuevas materias, entre estas el Código Procesal Penal (en adelante C.P.P.), se incorporó el artículo 124 bis, que estableció una restricción para decretar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación y las medidas cautelares previstas en los literales d) y g) del artículo 155 de dicho código. Estableciendo además que, lo anterior, no será aplicable si en el curso de la investigación surgieran antecedentes calificados que justificaren la existencia de un delito. Además, se incorporó al Código Penal (en adelante C.P) el numeral 6° al artículo 10, que establece una presunción legal de que concurren las circunstancias previstas en los números 4° y 5° del mismo artículo, tratándose de miembros de las Fuerzas de Orden y Seguridad que en el ejercicio de sus funciones rechazan, mediante el uso de arma letal, la agresión o consumación de los delitos que se indican en el texto del proyecto de ley que fue aprobado por la comisión.

Posteriormente, en el segundo trámite constitucional, de fecha 4 de abril de 2023, la Cámara del Senado realizó modificaciones a las materias enunciadas anteriormente, así, se modificó en el artículo 7° del C.P.P., la calidad de imputado a víctima o testigo respecto de los funcionarios policiales o de Gendarmería de Chile, de las Fuerzas Armadas y los funcionarios de los servicios de su dependencia, que en cumplimiento del deber, exclusivamente en el marco de funciones de resguardo del orden público, tales como durante estados de excepción constitucional, protección de la infraestructura

crítica, resguardo de fronteras, y funciones de policía cuando correspondan, u obrando en el marco de sus funciones Fiscalizadoras, que se encontraren en el caso previsto en el párrafo tercero del numeral 6° del artículo 10 del C.P., a menos que las diligencias permitan atribuirles participación punible, en cuyo caso adquirirán la calidad de imputado, haciendo valer las facultades, derechos y garantías propias del mismo.

El incorporado artículo 124 bis del C.P.P. relativo a las medidas cautelares, se mantuvo de la misma forma que en el primer trámite constitucional.

Luego, se agregó el numeral 6° al artículo 10 del C.P., que incorporó la figura de legítima defensa privilegiada, según la cual se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° del artículo 10 del mismo cuerpo, respecto de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realizaren funciones de orden público y seguridad pública interior; en dichos casos se entenderá que concurre el uso racional del medio empleado si, en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo del orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa.

Posteriormente, en el tercer trámite constitucional, el 05 de abril del 2023 la C.D.D aprobó las modificaciones del proyecto y fue despachado a ley. En el cuarto trámite constitucional, de misma fecha que el anterior, se ofició al Presidente de la República a comunicar que el Congreso Nacional da su aprobación al proyecto de ley que modificó textos legales que indicó para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile, correspondiente al boletín N°14.870-25. Y, finalmente, el último trámite constitucional constituyó la promulgación de la ley el día 06 de abril del 2023, que fue posteriormente publicada en el Diario Oficial el 10 de abril del mismo año.

A lo largo de la tramitación de esta ley, es posible observar un extenso debate político, que se enfocó principalmente en un objetivo, que fue otorgar garantías y protección a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, cuando éstas realizaren funciones de orden público y seguridad pública interior. Así, en el seno de la discusión política, es relevante analizar las diferentes motivaciones y fundamentos que dieron lugar a

esta ley, que, a prima facie, originó una confusión jurídica compleja que tuvo lugar en el derecho procesal penal, como también en otras materias.

De este modo, haremos un repaso por diversos argumentos que dieron a conocer la C.D.D., junto a los senadores y senadoras del Congreso Nacional, para la elaboración de esta ley, respecto de aquellas materias que son objeto de estudio en esta investigación, es decir, el análisis de la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo, regulada en el 7° del C.P.P., respecto de los funcionarios policiales que incurran en la causal N°6 del artículo 10 del C.P.; asimismo, el análisis de los efectos que produce la inversión de la carga probatoria en el proceso penal, en el caso de que un funcionario policial incurra en la legítima defensa privilegiada; el análisis de las implicancias procesales de la figura de la legítima defensa privilegiada; y, las medidas cautelares que son posibles imponer en contra de un funcionario policial y del imputado, en razón del artículo 124 bis del C.P.

No obstante, es preciso señalar que, al hacer lectura de las discusiones en los trámites constitucionales, son reducidas las opiniones con fundamentos jurídicos. Por el contrario, en muchas de ellas es posible advertir un atisbo de sesgo y de desconocimiento de las normas procesales penales, las cuales posteriormente serán analizadas y contrastadas.

En el primer trámite constitucional, la C.D.D. expuso en la discusión en sala una repetida opinión, que se vincula particularmente con la calidad de imputado que, previo a esta ley, los funcionarios policiales adquirirían cuando en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones, repelen o impiden una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero. Así, es posible observar una reiterada valoración de tal situación como poco razonable, en ese sentido, el diputado Mauricio Ojeda Rebolledo señaló que:

Le quiero explicar brevemente al chileno de a pie qué significa para Carabineros no contar con esta ley en proyecto: ser considerados personas de segunda categoría. ¿Por qué? Porque si usted tiene un arma en su casa y mata a un delincuente, se considera legítima defensa, pero si un carabinero hace uso de su arma de servicio en contra de un delincuente resulta imputado. (...) *Cada vez que un carabinero haga uso de su arma de servicio, no debe ser un problema, no debe ser imputado.*

En la misma línea, la diputada Marcia Raphael indicó: *“Tampoco permitirá que un carabinero que utilice su arma institucional para defenderse - ¡sí, para defenderse! sea catalogado inmediatamente como imputado y pierda su salario. Lo más relevante es que se presumirá la racionalidad”*.

Del mismo modo se expresó el diputado Juan Carlos Beltrán:

¿Por qué un carabinero duda de utilizar su arma de servicio? No es posible que al funcionario se le tome declaración como imputado; no es posible que luego de defender a los ciudadanos sea tratado como un auténtico delincuente. Se inicia un proceso de formalización, con las consecuencias humanas y familiares que ello significa; luego transcurren uno o dos años y recién es citado a declarar, reitero, en calidad de imputado.

De esta forma, es posible observar que, los diputados y diputadas que se pronunciaron al respecto, tienen la evidente percepción de que adquirir la calidad de imputado viene asociado a una apreciación social negativa, es decir, el adquirir dicha calidad genera un estigma social negativo, en donde la percepción que se tiene de imputado se asimila a un delincuente, de manera inmediata al momento en que se inicia la investigación. De esta forma, los diputados y diputadas señalados confunden la calidad de imputado con ser “delincuente”, distando de su real concepto, lo cual será tratado en los capítulos sucesivos. Así, a partir de sus opiniones, es posible inferir el razonamiento de que el funcionario policial al repeler o impedir una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, no debería adquirir la calidad de imputado, porque ello implicaría una denostación.

Vinculado a lo anterior, señalaron los diputados y diputadas que, al adquirir la calidad de imputado, es decir, al dirigirse un procedimiento en su contra, el funcionario policial investigado era sometido a un sumario investigativo, que traía aparejado sanciones administrativas, tales como el cese del goce en sus remuneraciones y la suspensión de su cargo. Al respecto, al igual que la diputada Marcia Raphael, la ministra Tohá señaló que:

El problema de los policías es el calvario que pasan durante la investigación. Es un calvario, porque son imputados a la primera, antes de ver si realmente el procedimiento fue más o menos correcto o no. Primero, para empezar a conversar: el policía es imputado. Segundo, en

la institución -no por la Fiscalía- es suspendido y, en muchos casos, dado de baja antes de que haya ninguna evidencia de cómo fue realmente el procedimiento. (...)

Es decir, primero, se identificó un problema en el procedimiento que se someten los funcionarios policiales en la hipótesis descrita por la ministra Tohá. Así, continuó señalando que:

El problema que tenemos es lo que pasa en todo el proceso. Por eso, adicionalmente, el Ejecutivo propone una norma que establezca que, cuando hay uso de sus armas por parte de las policías, se les debe dar el trato de víctimas a los funcionarios que hacen uso del arma de servicio para defender a personas o repeliendo ataques contra las policías, salvo que las diligencias de la investigación indiquen lo contrario. En ese caso, la persona va a tener los derechos de un imputado, como, por ejemplo, a guardar silencio, a declarar asistido por un abogado, desde el comienzo de la investigación.

Adicionalmente, la indicación propone que tanto los policías como los gendarmes no puedan ser alejados de sus funciones ni dejar de recibir su remuneración sino hasta que haya un sumario de la institución que establezca que hay responsabilidades profesionales en la manera en que se llevó a cabo el procedimiento. (...) Simultáneamente, con esta indicación evitamos el calvario procesal, que es donde está el verdadero problema de los policías. (...) Ahí es donde ellos se juegan sus carreras. Ahí es donde, después de haber participado en una actuación, se terminaron sus ascensos, sus hojas de vida quedan manchadas, y muchas veces antes de que haya una sentencia ya están suspendidos e, incluso, dados de baja.

Y, segundo, se reconoció que las sanciones administrativas a las que se veían expuestos los funcionarios policiales al hacer uso de su arma de servicio para repeler o impedir una agresión que puede afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, son perjudiciales para dichos funcionarios. No obstante, al señalar la ministra Tohá que se evita “el calvario procesal” al incorporar la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo respecto de los funcionarios policiales que incurran en la causal N°6 del artículo 10 del C.P. y de restringir la aplicación de las sanciones administrativas, confunde dos materias distintas, que son la calidad de imputado, por una parte, y las sanciones administrativas, por otra.

A partir de todas las opiniones expuestas se vislumbra un error según el cual, un funcionario policial al adquirir la calidad de imputado, traerá aparejado como consecuencia las sanciones administrativas, previamente enunciadas. No obstante, para poder evitar someter al funcionario policial que incurre en la hipótesis de la causal N°6 del artículo 10 del C.P. a las sanciones administrativas, no es preciso que a la vez deba adjudicarse a este funcionario policial una nueva calidad de víctima o testigo, porque, como se verá, adquirir la calidad de imputado, de víctima o de testigo tiene repercusiones procesales de suma importancia, lo que podría ser aún más perjudicial y contraproducente con el objetivo que tiene esta ley, que es proteger a los funcionarios policiales.

En el segundo trámite constitucional, dirigido y recibido por la cámara de Senadores el 30 de marzo 2023, los Senadores de la República, a través de las discusiones que son llevadas a cabo en sala, expresaron los motivos que incentivan la aprobación del proyecto, estos se sintetizan en entregar herramientas y garantías a las Fuerzas de Orden y Seguridad, es decir, a Carabineros de Chile, Gendarmería y las Fuerzas Armadas, para el buen desempeño de sus funciones.

De este modo, distintos Senadores se pronunciaron a favor de dicho proyecto y de las modificaciones de este, se destaca el senador Felipe Kast, señalando que *“en palabras simples, esta iniciativa se fundamenta en el esfuerzo de entregar certezas jurídicas y garantías respecto al actuar de las Fuerzas de Orden y Seguridad, así como de Gendarmería y de las Fuerzas Armadas”*, es decir, que, lo que era en su momento un proyecto de ley, buscaba otorgar a los funcionarios policiales diversas garantías al momento de ejercer sus funciones. Asimismo, el senador se pronunció diciendo que:

Por esta razón, su idea central radica en la necesidad de dar protección especial a los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad, así como de Gendarmería y de las Fuerzas Armadas, cuando se encuentren haciendo control del orden público.

En esta misma línea, los senadores y senadoras entienden que existe una problemática vinculada al principio de presunción de inocencia al iniciar una investigación por hechos constitutivos de delitos respecto de funcionarios policiales, según lo cual, se presume la culpabilidad del funcionario policial al adquirir la calidad de imputado, toda vez que como consecuencia se le aplicaban sanciones de orden administrativo. De lo anterior, es posible evidenciar una patente confusión relativa a lo que significa el principio de presunción de inocencia, la calidad de imputado y las sanciones

administrativas que pesaban sobre los funcionarios policiales imputados, ya que los senadores y senadoras asimilan que el principio de presunción de inocencia que gozan los carabineros se condice con impedir que se le apliquen sanciones administrativas, cuando dicho principio no tiene relación con ello, sino que este permite que se presuma inocente al imputado mientras no se pruebe su culpabilidad. Es decir, que el funcionario policial adquiera la calidad de imputado, no significará que se va a vulnerar el principio de inocencia, pues las sanciones administrativas son una materia de distinto orden, que no se vinculan a la calidad de imputado de manera directa.

Así, el senador Gustavo Sanhueza se pronunció respecto a la problemática que conlleva el principio de inocencia, en donde señaló que:

Considero que este proyecto apunta en la línea correcta, más allá del aumento de penas, porque corrige una serie de injusticias que enfrentan las Policías cuando hacen uso de los elementos que el propio Estado les entrega para llevar a cabo su tarea. ¿Cómo puede alguien estar en contra de que un carabinero, mientras está siendo investigado, gozando de su presunción de inocencia, sea suspendido o separado de sus funciones, dejado sin sueldo, y deba, de su propio bolsillo, financiar su defensa jurídica?

En razón de lo expuesto, es posible entender que los senadores estiman que en Chile no se respeta este principio de inocencia respecto de las funciones llevadas a cabo por funcionarios policiales, debido a que, cada vez que estos funcionarios realizan despliegues policiales haciendo uso de sus armas de servicio y son investigados por ello, sometiéndose al proceso penal, se presume, en principio, que fueron culpables, generando diversas consecuencias como la destitución de sus cargos, sumarios y cese de las remuneraciones percibidas en razón de su cargo y función dentro de la institución, sin embargo, como se señaló anteriormente dicha idea se obtiene a partir de una confusión entre la calidad de imputado, la presunción de inocencia y la aplicación de sanciones administrativas.

A partir de todos los razonamientos expuestos, es posible unificar las líneas argumentales en, primero, el cuestionamiento a la calidad de imputado que se atribuyen a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia, que en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de

orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa; segundo, sostienen que, los funcionarios policiales al adquirir la calidad de imputado, se ven perjudicados con la apertura de un sumario administrativo, que ocasiona el cese del goce de sus remuneraciones y ser suspendido de su cargo; y, tercero, que al ser investigado un funcionario policial por hacer uso de su arma de servicio para repeler o impedir una agresión ilegítima, se presume su culpabilidad, afectando el principio de presunción de inocencia.

Capítulo II: Sujetos procesales. Imputado, testigo y víctima

Los sujetos procesales corresponden a un concepto omnicompreensivo que refiere a aquellos que participan y conforman el proceso, este último se entiende como *“una secuencia o serie coordinada, ordenada y proyectiva de actos procesales en esa relación jurídica procesal compleja”* (Ortiz, 2010, p. 53).

El autor Núñez Vásquez (2009), concibe a los sujetos de la relación jurídica procesal penal como *“las personas entre las cuales se constituye este vínculo legal en el juicio criminal”* (p. 163), a su vez, el autor Ramírez Tagle (2022) los define como *“Todos aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que se vincule ello con la pertenencia de la pretensión punitiva. Incluye al Juez y la policía”* (p. 51). De este modo, podemos identificar como sujetos procesales penales al juez, el Ministerio Público, el imputado, la víctima del delito y el querellante particular, si los hubiere.

No obstante, como bien decíamos, esta es una categoría genérica y omnicompreensiva, y en su especie es posible identificar a las partes, que, según Núñez (2009), la doctrina clasifica en dos tipos: las partes desde el punto de vista material y las partes desde el punto de vista formal. Es relevante diferenciar quiénes constituyen partes, como bien señala Ramírez (2022), para efectos de realizar actos de postulación y rendición de la prueba en el proceso. Así, constituyen partes desde el punto de vista material *“las personas naturales que han intervenido como sujetos del delito, es decir, el dañador y el dañado”* (Núñez, 2009, p. 164) y, desde el aspecto procesal, *“son partes formales o del proceso penal los que piden una cosa en juicio (rem in iudiciam deducens) y aquellos en contra de quienes es pedida la cosa en juicio (is contra quem res iudiciam deducitur)”* (Núñez, 2009, p. 164). Es decir, su distinción radica en que no basta con ser sujeto activo o pasivo, sino que en la efectiva intervención en el proceso.

No obstante, el artículo 12 del C.P.P. considera como intervinientes en términos generales a sujetos que, con facultades de actuación, no son parte, es decir, no intervienen efectivamente en el proceso. La hipótesis anterior ocurre con la víctima que no se querella (Núñez, 2009). El legislador señala en dicho artículo que *“se considerará intervinientes en el procedimiento al Fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas”*.

De este modo, la presente investigación se centrará en los sujetos procesales: imputado, víctima, la víctima querellante y, además, en el testigo, que pese a no ser interviniente, es relevante de analizar, ya que conforme a la nueva Ley N°21.560, pueden ser modificadas las calidades esenciales o naturales del funcionario policial a víctima o testigo (reguladas en el artículo 7° del C.P.P.), cada vez que incurra en la causal 6 del numeral 10° del C.P., que en razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, repele o impide una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa. Teniendo presente que el imputado y la víctima querellante además son *partes* en el proceso penal, a diferencia de la víctima que no se querella y del testigo.

1. Imputado

1.1 Concepto

El imputado es un sujeto procesal de suma relevancia, que posterior a la reforma procesal penal del año 2004, toma un rol de parte en el procedimiento y deja de ser un mero objeto procesal, como se entendía en el antiguo proceso inquisitivo, así Maier (1989) señala que es: *“aquel procedimiento que reduce al imputado a un mero objeto de investigación, con lo cual pierde su consideración como sujeto de derechos y adquiere el carácter de objeto procesal”* (p. 209). Sin perjuicio de que eventualmente el sujeto investigado deba someterse al procedimiento penal y al poder punitivo del Estado, pero, tal como señalan Horvitz y López (2008), *“su consideración como “objeto del proceso” sólo cabe efectuarla desde una perspectiva fáctico-externa, nunca normativa, pues el Estado se encuentra limitado constitucionalmente por las garantías fundamentales”* (p. 226).

Según la doctrina, el concepto de imputado corresponde a la persona contra quien se dirige la acción penal o la pretensión punitiva del Estado (Horvitz y López, 2008) y, según lo establecido en el inciso 1° del artículo 7 del C.P.P., se adquiere dicha calidad desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

El momento en que se adquiere la calidad de imputado toma especial relevancia, debido a que desde que se es imputado es posible ejercer una serie de derechos y garantías que protegen a dicho sujeto, así el mismo artículo señalado indica que se entiende como primera actuación del procedimiento

cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la Policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. Entonces, como bien señala Núñez (2009), no es suficiente para adquirir la calidad de imputado que la persona sea sindicada como ejecutor de un hecho punible por algún sujeto legitimado para ello, sino que además se requiere que se realice cualquiera de las diligencias o gestiones indicadas. Tampoco es requisito haber sido *formalizado* para poder hacer uso de los derechos y garantías que la ley le confiere, pues basta con que ocurra la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra para que pueda ejercerlos, esto con el mismo propósito de cautelar la protección de sus derechos y garantías.

Es relevante señalar los requisitos para que sea procedente ejercer una acción penal en contra de una persona, o como Núñez los denomina, la aptitud legal para ser imputado. De este modo, el imputado debe tratarse de una persona natural; debe estar vivo, pues la muerte extingue la responsabilidad penal; no es relevante en este momento procesal si carece de imputabilidad o capacidad, pues “*la imputación consiste sólo en un cargo o incriminación del cual puede ser sujeto pasivo todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, estado, sexo o condición*” (Núñez, 2009, p. 171); debe ser personalmente responsable del delito, el artículo 58 del C.P.P. establece que la acción penal, sea pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito; debe estar presente en el juicio, aunque la imputación se puede formular en su ausencia, no puede ser juzgado si no está presente. Por otro lado, debemos hacer mención a la capacidad procesal, que consiste en la legitimación que tiene el imputado para realizar todos los actos relativos a la defensa, haciendo uso de los derechos y garantías que la ley le otorga (Núñez, 2009).

Por último, es menester señalar que la calidad de imputado es distinta a la calidad de formalizado, acusado y condenado. De este modo, la calidad de imputado “*subsistirá hasta la acusación, pasando a denominarse acusado hasta la dictación de sentencia de condena, en que la nominación pasará a la de condenado, incluyendo la etapa de impugnación, hasta la completa ejecución de la sentencia*” (Núñez, 2009, p. 171). En relación al capítulo anterior, en que hicimos repaso de las diferentes opiniones políticas de los congresistas para la elaboración de la presente ley objeto de estudio, debemos clarificar que la calidad de imputado dista de la denominación de delincuente u otra posible designación.

1.2 Derechos del Imputado

No obstante a lo que se suele pensar, adquirir la calidad de imputado no implica tener por cierto la existencia de un hecho punible como tampoco la participación del sujeto imputado, sino que solamente representa la manifestación de una sospecha sobre la comisión de un delito y su atribuibilidad a determinado sujeto (Núñez, 2009).

Por el contrario, el propósito de la regulación de la calidad de imputado tiene relación con ampliar la cobertura de protección de una persona que está siendo investigada por un delito, lo que se condice con la vasta gama de derechos y garantías de quienes soportan el enjuiciamiento penal regulados en el marco internacional. Se busca otorgar al imputado un marco de seguridad jurídica y a la vez mantener un equilibrio entre la búsqueda de la verdad material y los derechos fundamentales del imputado (Caro, 2006). En el capítulo anterior, según la opinión recogida de la C.D.D. y la Cámara de Senadores, adquirir la calidad de imputado tiene una connotación negativa, que implica una denostación para aquel funcionario policial que está actuando en la hipótesis de repeler una agresión ilegítima, todo lo cual implicó que esta nueva ley les adjudique una calidad distinta a la que se les debería aplicar. No obstante, debemos contraponer la argumentación de la C.D.D. y la Cámara de Senadores, señalando que modificar la calidad de imputado a víctima o testigo tiene repercusiones procesales perjudiciales para la protección de los mismos, pues, como a continuación se expondrá, la calidad de imputado fue creada con el propósito de otorgar derechos y garantías, y protegerlo del poder punitivo del Estado.

De este modo, es posible identificar un extenso marco normativo nacional e internacional de derechos otorgados a los imputados, que para una mejor exposición utilizaremos la sistematización que recoge Horvitz y López (2008). Así, aparece como un gran derecho genérico el derecho a la defensa, que se define como *“la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenué”* (Vázquez, 1986, como se citó en Horvitz y López, 2008). Según el autor Zavala Baquerizo (2005), la defensa se puede dividir en dos tipos: el derecho a la defensa material y defensa técnica, *“prefiere la expresión de material cuando la defensa la realiza al propio involucrado y técnica cuando la defensa a través del abogado sea realizada por defensor privado o público”*.

La defensa material entendida como el derecho que tiene el imputado a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, el cual se regula en el artículo 8° del C.P.P. Lo que implica el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le confieren, y que nos conduce a los artículos 93 y 94 del C.P.P., que contempla un catálogo de derechos y garantías que protegen al imputado.

Tales derechos guardan estrecha relación con los artículos 14 N°3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y 8° N° 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en circunstancias de que dichos tratados han sido ratificados y tienen vigencia en Chile, es posible incorporarlos a nuestro ordenamiento jurídico interno a partir del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República (en adelante C.P.R.).

Horvitz y López los clasifican en los siguientes grupos de derechos: A) derechos de información, B) derechos de intervención en el procedimiento, y C) derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal.

En primer lugar, respecto a los derechos de información, *“constituyen el presupuesto necesario para que el imputado pueda ser oído y defenderse de los cargos que se le imputan o, derechamente, inhibir la persecución penal”* (Horvitz y López, 2008, p. 229).

Este derecho es posible identificarlo en variadas normas del ordenamiento jurídico, así, el artículo 93 del C.P.P. establece que todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes, y en la letra a) se señala que tendrá derecho a que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes.

El artículo 94 letra a) del mismo cuerpo señala que, además, tendrá derecho a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere; el artículo 94 letra b) a que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135 C.P.P.; y, el artículo 94 letra e) a que el encargado de la guardia del recinto

policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare.

En segundo lugar, respecto a los derechos de intervención en el procedimiento, el artículo 93 letra c) señala que el imputado tiene derecho a solicitar de los Fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen; el artículo 93 letra d) a solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación; el artículo 93 letra e) a solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare; el artículo 93 letra f) a solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare.

En el artículo 94 además se indica que el imputado tiene derecho a: c) Ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención; d) A solicitar del tribunal que le conceda la libertad; g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y; h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el artículo 151.

En tercer lugar, entre los derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal, es posible identificar en la letra g) del artículo 93 el derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento; en letra h) del mismo artículo, el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; en la letra i) del mismo artículo, el derecho a no ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía.

Por otra parte, la defensa técnica, según el artículo 8° inciso 1° del C.P.P., consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Además, la norma señala que todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.

Este derecho se consagra a nivel constitucional en el inciso 3°, numeral 3 del artículo 19 de la CPR y señala que toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Asimismo, en el artículo 93 letra b) del C.P.P., se establece el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación; en el artículo 102 inciso 1° del mismo cuerpo se establece el derecho a designar libremente a un defensor; y, en el artículo 93 letra f) el derecho a entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto.

Junto con todo lo anterior, el artículo 97 del C.P.P. establece una obligación de cumplimiento e información, que ordena a *"El tribunal, los Fiscales y los funcionarios policiales dejarán constancia en los respectivos registros, conforme al avance del procedimiento, de haber cumplido las normas legales que establecen los derechos y garantías del imputado"*.

2. Víctima

2.1 Concepto legal y doctrinal

Para iniciar el análisis en cuanto al rol de la víctima en el proceso penal, se tiene que en principio examinar el concepto de “víctima” que ha sido abordado en nuestra legislación y en la doctrina. En la actualidad, según lo establecido en el artículo 12 del C.P.P., a la víctima se le considera como interviniente dentro del proceso penal, y de ello surgen una serie de derechos y facultades.

A raíz de ello, dicho Código en el artículo 108 entrega un alcance conceptual en relación a qué debería entenderse como víctima, en el que se considera como *“al ofendido por el delito”*, que puede ser tanto personas naturales como jurídicas. De ello, se entiende que el código ha contemplado como sinónimos el concepto de víctima y ofendido, sin embargo, la doctrina ha precisado que este concepto se considera como vago e impreciso, ya que de ella surge una contraposición de interpretaciones en cuanto a qué se debería entender como víctima.

El autor Javier Castro (2004), sostiene que, de acuerdo a la primera postura, debe considerarse únicamente como víctima al titular del bien jurídico protegido, y, según la segunda postura, la víctima también puede ser el sujeto pasivo de la acción criminal. Esta segunda postura es sostenida por el Ministerio Público, ya que considera a la víctima de las dos formas, es decir, como a la persona titular del bien jurídico protegido, y al sujeto pasivo de la acción criminal. Además, esta postura es respaldada por la historia fidedigna de la ley procesal penal, ya que en la discusión llevada a cabo por la C.D.D., se acordó sustituir el término “*directamente ofendido por el delito*” a “*ofendido por el delito*”. Por tanto, como se mencionó anteriormente, entendemos que el Código expresa que la víctima debe ser considerada tanto al ofendido por el delito como el sujeto pasivo de la acción criminal.

Asimismo, el código en el artículo 108 señala dos hipótesis, en relación a que pueden ser consideradas como víctimas a otras personas, en caso que el delito tuviere como resultado la muerte del ofendido, o en los casos que éste no pudiese ejercer los derechos que dicho código le otorga. Serán considerados como víctimas:

1. Al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos.
2. A los ascendientes.
3. Al conviviente.
4. A los hermanos, y
5. Al adoptado o adoptante.

El artículo 108 también expresa que esto constituye un orden de prelación para efectos de intervenir en el procedimiento, toda vez que la intervención de una o más personas dentro de una categoría, implica que excluye a las posteriores. En el caso inverso, el Código no se ha pronunciado respecto de ello.

Igualmente, en la doctrina se discute respecto a qué sucede en el caso de las víctimas colectivas, o si el Estado o el Fisco puede ser considerado como víctima, sin embargo, debido a los objetos de estudio de esta tesina estos no serán analizados.

Por otra parte, en la doctrina han surgido definiciones paralelas a la definición legal de víctima. El autor J. Cristóbal Núñez Vázquez (2009) define a la víctima como:

La persona natural o jurídica a quien la ley considera como ofendida por el delito y a la cual le otorga la cualidad de sujeto de la relación procesal, aunque no ejerza la acción penal o civil mediante la correspondiente querrela o demanda. Adquiere, además, la condición de parte si interviene en el proceso criminal como querellante o actor civil ejerciendo los derechos que al respecto le confiere la ley. (p. 191).

Asimismo, en el plano del Derecho Internacional, se ha definido el concepto de víctima por las Naciones Unidas en sus Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Delito y del Abuso del Poder, específicamente en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia, en relación a las víctimas de delitos:

Las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros.

2.2 Derechos y deberes de la víctima en el proceso penal

Ahora bien, la víctima no solo es definida para efectos legales, sino que también la ley le otorga una serie de derechos y garantías tanto en el plano del derecho nacional como internacional, que serán analizados. Primero se comenzará con los derechos regulados en el Derecho Internacional específicamente en la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder, suscrito por Chile, y que en virtud de lo establecido en el artículo 5° inciso 2° de la C.P.R., forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y luego se analizarán los derechos regulados en nuestra legislación.

Como señalamos anteriormente, la víctima actualmente es reconocida como interviniente en el proceso penal, según lo establecido en el artículo 12 C.P.P., ello significa que al reconocer esta calidad surgen en ella una serie de derechos y garantías que serán analizados en este acápite. Para ello, utilizaremos la misma enumeración de derechos establecida por el autor Javier Castro Jofre (2004).

2.2.1 Derecho a la protección

La Declaración de las Naciones Unidas contempla en el artículo 6 letra d) el derecho de la víctima para *“adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia”*.

En el caso de Chile, según lo establecido en el artículo 83 de la C.P.R., y en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (en adelante LOCMP), el Ministerio Público además de otras funciones, debe otorgar a la víctima y testigos la protección necesaria, toda vez que:

El Estado ha previsto que ésta pueda estar nuevamente en situación de riesgo o convertirse nuevamente en objeto de un atentado, ya sea contra su vida, integridad física y/o psíquica, honor o intimidad, en consecuencia, se asigna una función constitucional y legal de protección en su favor. (Castro Jofré, 2004, p. 131)

Asimismo, existen diversas normas que regulan la protección a las víctimas, cabe recalcar entre ellas, que en el mismo artículo 109 del C.P.P en la letra a) se le reconoce el derecho a la víctima para solicitar medidas de protección en caso de posibles hostigamientos, amenazas o atentados contra ella o sus familiares. Luego, en el artículo 78 letra b) de dicho Código, los Fiscales están obligados a ordenar por sí mismos o solicitarle al tribunal, las medidas destinadas para proteger a la víctima y sus familiares bajo las mismas hipótesis del artículo anterior.

De la misma manera, esta labor también es entregada a los Tribunales de Garantía, ya que según lo regulado en el artículo 140 del C.P.P., estos pueden solicitar, a petición del Ministerio Público o el querellante, ordenar la prisión preventiva, una vez cumplido con los tres requisitos, en el que en la letra c) se debe demostrar que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o el ofendido. También, en el artículo 155 de dicho Código se pueden solicitar otras medidas cautelares personales destinadas a proteger a la víctima.

Finalmente, el artículo 83 del C.P.P., regula las actuaciones de los policías sin orden previa, en el que señala que le corresponderá a Carabineros y a las Policías de Investigaciones de Chile, realizar las

actuaciones que se enumeran en dicha norma, sin solicitar instrucciones particulares previas al Fiscal, entre ellas, la letra a) que se refiere a prestar auxilio a la víctima.

2.2.2 Derecho al trato digno

En el plano internacional este derecho se regula como principio en el numeral 4 de la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y Abusos de Poder de las Naciones Unidas, en el cual se expresa que las *“víctimas serán tratadas con compasión y respeto a su dignidad”*.

En nuestra legislación este derecho se expresa entre los deberes que tiene el Fiscal, toda vez que tiene la labor de evitar o impedir la victimización secundaria. Ello se expresa en el artículo 78 del C.P.P., este señala que será deber del Fiscal durante todo el procedimiento, adoptar o solicitar las medidas necesarias, para proteger a las víctimas del delito. Asimismo, el artículo 6° del mismo código, se refiere expresamente a que *“las policías y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”*.

2.2.3 Derecho a la información

Este derecho se encuentra contemplado como principio en el artículo 6° letra a) de la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de los Delitos y Abuso de Poder de las Naciones Unidas. En nuestra legislación este derecho se regula principalmente en el artículo 78 del C.P.P., en que los Fiscales tienen el deber de informar a la víctima sobre el estado y curso del procedimiento, como también de los derechos que la ley le otorga y las actividades que puede llevar a cabo para ejercerlos. Así, los derechos que deben ser informados a la víctima son los que se encuentran regulados en el artículo 109 del C.P.P.

2.2.4 Derecho a la acción

Se expresa por medio de la denuncia regulado en el artículo 173 del C.P.P., ya que la víctima tiene la facultad de denunciar respecto de ciertos hechos que pueden revestir carácter de delito, y no solo ello, sino que también en el ordenamiento jurídico se regulan los delitos de acción penal pública previa instancia particular, establecido en el artículo 54 del C.P.P, donde se requiere de forma obligatoria la denuncia de la víctima, ya sea a la justicia, al Ministerio Público, o los Policías, ya que estos delitos no pueden proceder de oficio.

2.2.5 Derecho de participación y control respecto de las funciones del Ministerio Público

Este derecho constituye uno de los más relevantes, ya que le entrega a la víctima un rol en el proceso penal que se conoce como de *control externo y contrapeso* respecto de las diligencias llevadas a cabo por el Ministerio Público como de las Policías.

Ahora bien, el control que puede tener la víctima en el procedimiento penal se expresa de diversas formas, entre ellos, sin constituir una recopilación exhaustiva, en primer lugar, en caso que el Ministerio Público decida archivar provisionalmente ciertas investigaciones que no tuvieren los antecedentes suficientes para esclarecer los hechos que pueden revestir carácter de delito, la víctima puede solicitar la reapertura del procedimiento y que se realicen las diligencias para la investigación, en virtud de lo establecido en el artículo 167 del C.P.P.

En segundo lugar, según lo establecido en el artículo 109 del C.P.P, en la letra d) la víctima puede ser oída, en caso que ella lo solicite, por el Fiscal, antes que se pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. También en la letra e) de dicho artículo, la víctima puede ser oída antes que el tribunal se haya pronunciado respecto del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que concluya la causa, de igual manera, en la letra f) se regula la posibilidad de impugnar el sobreseimiento temporal y definitivo, o la sentencia absolutoria.

En tercer lugar, en virtud del artículo 170 del C.P.P en sus incisos 5° y 6° que hace referencia a la aplicación del principio de oportunidad, el Fiscal del Ministerio Público en virtud de este principio,

se puede abstener de la persecución penal o abandonar la que hubiera iniciado, solo en los casos que no comprometa gravemente el interés público, pero la víctima puede intervenir en esta decisión por medio de dos formas. Primero, la víctima puede solicitar al juez que se deje sin efecto, en caso que ella considere que se han superado sus atribuciones, o en caso que el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Segundo, solo basta que la víctima manifieste tener interés en el inicio o continuación de la investigación para que ello se deje sin efecto, sin que se exija un debate en cuanto a la legalidad de la aplicación de este principio.

En cuarto lugar, la víctima posee un control al cierre de la investigación, regulada en el artículo 248 C.P.P., en que el Ministerio Público en un plazo de 10 días puede llevar a cabo tres alternativas, entre ellas, está la de formular acusación, en este caso se hace referencia a la acusación particular de la víctima, y además, el Ministerio Público puede decidir no perseverar en el procedimiento en caso que no se hayan recopilado los antecedentes suficientes, sin embargo, la víctima en su artículo 258 C.P.P, puede forzar la acusación.

2.2.6 Derecho a la reparación del daño causado por el delito

El derecho de reparación es uno de los derechos fundamentales que tiene la víctima dentro del proceso penal. Según los autores Riego y Duce (2008), ello se expresa principalmente por medio de un carácter pecuniario, ya que se entiende que la víctima es reparada si se logra compensar por medio del dinero, pero no solo es eso, sino que también se evidencia que existen contenidos inmateriales para resarcir los daños (pp. 134-135). Esto puede ser mediante acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación de la víctima, regulados en el artículo 6° del C.P.P.

Finalmente, luego de exponer los derechos que le son otorgados a la víctima, según todas las normas legales anteriormente expuestas, además, la víctima posee un derecho regulado de igual forma en el artículo 109 letra b) C.P.P., que es presentar querrela, este derecho será objeto de análisis en el acápite siguiente.

2.3 El querellante

La persona querellante se regula en el artículo 111 del C.P.P., y a partir de dicha norma se entiende que:

Se denomina "querellante" al particular que, siendo la víctima del delito, por sí o por medio de su representante legal o heredero testamentario, en caso de incapacidad, promueve la acción penal con el objeto de constituirse en parte acusadora en el proceso criminal (Núñez, 2009, p. 229).

En ese sentido, siguiendo el artículo 53 del C.P.P., la acción penal se clasifica en pública o privada. La acción penal pública deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, y, además, por las personas que determine la ley. Por otra parte, la acción penal privada sólo puede ser ejercida por la víctima.

De acuerdo al inciso 1º del artículo 111 del C.P.P., las personas que pueden promover la acción penal, que se concreta en interponer la querrela, son la víctima, su representante legal o su testamentario. La norma en el inciso 2º señala que, además de aquellos sujetos, pueden ser querellantes otras personas frente a la afectación de bienes jurídicos colectivos, lo que constituye un caso especial que determina la ley para promover la acción penal pública.

Todos aquellos sujetos enunciados del inciso 1º y 2º del artículo 111 del C.P.P., corresponden a la figura de querellante persona particular. Luego, en el inciso 3º del mismo artículo, se indica que los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querrela cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes, siendo este un segundo tipo de querellante, que se denomina querellante servicio público.

Volviendo a la capacidad para ser querellante, esta supone la concurrencia de las aptitudes legales *legitimatío ad processum* y *legitimatío ad causam* (Horvitz y López, 2008), la primera corresponde a la aptitud legal para ser parte del proceso y la segunda corresponde a la capacidad de ejercicio que implica “*ostenta[r] un derecho o interés que le otorgue a la persona la titularidad para promover determinada acción*” (Núñez, 2009, p. 229).

Luego, el tipo de querellante que regula el código se denomina *querellante conjunto adhesivo*, cuyo rol es accesorio, pues su participación en el procedimiento por delito de acción penal pública es de colaborador y realiza un control externo (Horvitz y López, 2008), pero que respecto del querellante particular tiene una especial situación por las facultades que se le otorgan.

De acuerdo a una serie de normas del C.P.P., el querellante puede hacer uso de todo el catálogo de derechos que la ley le confiere una vez presentada y admitida la querrela, mientras el Fiscal no declare cerrada la investigación. De este modo, el querellante, según el artículo 261 del C.P.P., puede deducir la acusación o adherirse a la del Fiscal; puede señalar los vicios formales de que adoleciera el escrito de acusación, requiriendo su corrección; puede ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación; puede deducir demanda civil. Según el artículo 258 del C.P.P., puede forzar la acusación, lo que implica oponerse al sobreseimiento formulado por el Fiscal y pedir al juez que ordene al Fiscal del ministerio público que formule acusación.

Señala el autor Núñez (2009), realizando una recopilación de derechos y garantías que tiene el querellante, que, además puede:

Proponer diligencias probatorias para la investigación del delito y la determinación del delincuente, como igualmente intervenir en la recepción de las pruebas, solicitar medidas cautelares, reales y personales; pedir la nulidad de las actuaciones procesales irregulares que le irrogaren perjuicio; oponerse a la decisión del Fiscal del ministerio público de no iniciar la persecución penal o abandonar la iniciada; interponer reclamaciones o tercerías; apelar de la suspensión condicional del procedimiento; solicitar la reapertura del procedimiento en caso de cesación de la causal de sobreseimiento temporal; (...) comparecer a la audiencia del juicio oral, hacer alegaciones, formular argumentaciones y participar en la prueba; promover incidentes e intervenir en el alegato final e interponer los recursos legales (pp. 230-231).

3. Testigo

Actualmente en nuestra legislación no es posible encontrar una definición de testigos, no obstante, la doctrina se ha encargado de incorporarla. Por una parte, el autor Mario Casarino define a los testigos como *“un tercero o extraño al mismo, cuya deposición está relacionada con los hechos controvertidos por las partes”*

(Viterbo Casarino, 2008, p. 75). Por otro lado, también lo podemos definir como: *“las personas físicas que aparecen como terceros, ajenos al proceso, que son llamados a prestar declaración sobre los hechos históricos que conocieron fuera del proceso y que son relevantes para la decisión judicial”* (Moreno, 1999).

Existen dos tipos de testigos durante el proceso penal, uno corresponde al testigo durante la investigación regulado en el artículo 190 C.P.P, y el otro es el testigo en el juicio oral establecido en el artículo 298 y ss. del mismo cuerpo. Sin embargo, nos enfocaremos en el testigo durante la investigación, ya que es en esa etapa procesal en que se pueden ver vulnerados los derechos y garantías de los sujetos y las distintas calidades procesales que se les puede otorgar conforme a la modificación introducida por la Ley N°21.560.

El artículo 190 C.P.P regula la obligación de los testigos a comparecer ante el Ministerio Público y prestar declaración ante el Fiscal que los citó o ante su abogado asistente, sin embargo, la norma exceptúa a ciertas personas a comparecer. Así, el artículo 300 de dicho cuerpo, regula a los testigos que no están en obligación de comparecer, entre ellos, se encuentra el Comandante en Jefe de Las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, en caso de que ellos declaren se aplicará lo estipulado en el artículo 301 del C.P.P, es decir, la declaración se hará en el lugar en que se ejerzan sus labores o su domicilio.

En el inciso primero, en la segunda parte, del artículo señala que no se puede exigir del testigo el juramento o promesa regulado en el artículo 306 del C.P.P, en donde antes de comenzar la declaración se debe prestar juramento o promesa, de decir la verdad sobre las preguntas que se le hicieren, sin poder ocultar ni añadir nada. También, señala que no se tomará promesa a los testigos menores de 18 años, ni a los que el tribunal sospechare que tuvieron participación en los hechos investigados.

Además, en caso que el testigo no compareciere, sin una justa causa, o se negare injustificadamente a declarar, se aplicará la sanción prevista en el artículo 33 inciso 3° del C.P.P, es decir, se ordenará el arresto del testigo hasta que se realice la actuación respectiva, solo por un máximo de 24 horas, y también se puede imponer el pago de una multa de hasta quince UTM. Asimismo, si el testigo se niega a declarar sin justa causa, puede ser objeto de las penas establecidas en el artículo 240 del C.P.P.

En definitiva, en base a los sujetos procesales analizados en este capítulo, se puede evidenciar prematuramente que existe una serie de problemáticas e incongruencias en relación a la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo respecto de los funcionarios policiales que incurran en la hipótesis de la legítima defensa privilegiada. Además, de la sola lectura de este capítulo es posible dar cuenta, de la abismal diferencia entre los derechos y garantías que regulan las normas del ordenamiento jurídico para cada sujeto procesal, de esta forma, es relevante determinar la calidad que se le otorgará a cada uno de los sujetos que intervienen en el hecho que puede revestir carácter de delito. Ello será objeto de análisis del capítulo siguiente.

Capítulo III: Consecuencias de la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo respecto de los funcionarios policiales

1. Representación fáctica de la mutación de las calidades procesales

A partir de las modificaciones introducidas por la Ley N°21.560, conviene hacer una representación de la problemática que genera la figura de la legítima defensa privilegiada al momento de iniciar una investigación por la comisión de hechos constitutivos de delito. En primer lugar, existe un delito, que con fines explicativos en este estudio se denominará “delito primario”, y este corresponde al delito que da origen al procedimiento policial, cualquiera sea este del catálogo de los delitos tipificados en el ordenamiento jurídico, que es realizado por un sujeto que denominaremos “persona particular”. En segundo lugar, el funcionario policial al actuar en razón de su cargo o en el cumplimiento del deber respecto de la realización de este delito primario, y de mediar una agresión ilegítima por parte de la persona particular, quien sería el presunto autor de ese delito primario, en contra del funcionario policial o un tercero, surgirá un “delito secundario”, en que el funcionario policial repele dicha agresión ilegítima y, a la vez, agrede al presunto autor del delito primario, obteniendo como resultado las lesiones o la muerte de la persona particular.

En el caso del delito primario, la persona particular que presuntamente lo comete, la ley lo considerará como imputado. Respecto del delito secundario, el funcionario policial que agrede al presunto autor del delito primario, en lugar de adquirir la calidad de imputado, la Ley N°21.560 le otorga la calidad de víctima o testigo, modificando el artículo 7° del C.P.P., ya que la incorporación de la figura de la legítima defensa privilegiada establece a su favor una presunción de que se está actuando en defensa de su integridad o la de un tercero, o sus vidas, a menos que las diligencias que imparta el Ministerio Público permitan atribuirle una participación punible. Así, según esta ley, quien presuntamente comete el delito primario y es agredido por el funcionario policial, se le considerará como imputado y no como víctima, pues la presunción implica que, el funcionario policial en razón de su cargo o en el cumplimiento del deber, está repeliendo una agresión ilegítima por parte del presunto autor del delito primario, que atente contra su integridad física o la de un tercero, o sus vidas.

2. Delimitación de conceptos que incorpora la Ley N°21.560

Luego de haber expuesto la hipótesis del delito primario y delito secundario, corresponde abocarnos a procurar dar respuesta de lo que significan una serie de elementos y circunstancias que esta ley incorpora y que deben configurarse para entender que se aplica la presunción legal de la legítima defensa privilegiada y, como consecuencia de ello, opere la modificación de las calidades procesales.

2.1 Quién, cuándo y bajo qué criterios se determina la mutación de las calidades procesales

Para disponernos al presente objetivo, adelantamos que, durante el procedimiento penal, en la etapa de investigación, la ley establece una hipótesis que puede resultar sumamente lesiva para los intervinientes, la cual se regula en el artículo 7° del C.P.P., en donde se estableció que, a partir de las diligencias de la investigación realizadas por el Ministerio Público, se le puede atribuir participación punible al funcionario policial. De este modo, existiría una mutación de las calidades procesales, según lo cual el funcionario policial ya no se encontrará en la ficción legal de ser considerado como víctima o testigo, sino que adquiere la calidad de imputado y, a la vez, la persona particular ya no es imputado, sino que pasa a ser considerado víctima o testigo.

En ese sentido, debemos determinar una serie de elementos de los cuales esta ley no se hace cargo, que dicen relación con, primero, quién tiene el deber de determinar en un inicio de la investigación si el funcionario policial se le otorgará la calidad de víctima o de testigo, presumiendo que se aplique a su favor la presunción legal de que está actuando en legítima defensa de su integridad física o la de un tercero, o sus vidas, y en qué momento debe hacerlo.

Así, don Daniel Polanco Valdés, abogado asesor del Ministerio Público de la Fiscalía Regional de Valparaíso, señala del mismo modo que sostenemos que, ni esta ley ni su historia fidedigna resuelven esta interrogante, pero él nos plasma diversas posibles respuestas. En primer término, en un inicio es posible entender que es el Fiscal a cargo de la investigación quien tenga la responsabilidad temprana de determinar aquello, *“es él quien, la mayor de las veces, tomará contacto con la información recabada durante la investigación y podrá determinar preliminarmente si se confirma o descarta la hipótesis de legítima defensa”* (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023). Asimismo, lo señala don Juan Carlos Maggiolo Caro, juez del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, quien indica que: *“quien debiera*

determinarlo es la Fiscalía conforme los hechos que investigue, considerando especialmente la actuación del funcionario policial y los antecedentes de la investigación preliminar de que se disponga’ (Comunicación personal, 14 de noviembre de 2023).

Por otro lado, don Daniel Polanco Valdés sopesa otra opción, que dice relación con que: *“el propio funcionario policial decida renunciar a su “privilegio de trato” y decida ser tratado como imputado, por ejemplo, para hacerse asesorar por un abogado, derecho que de ser testigo no tendría*” (Comunicación personal 13 de noviembre 2023).

Por último, don Daniel señala que: *“En último término, tendría que ser el Juez de Garantía quien resolviese preliminarmente sobre el asunto”* (Comunicación personal 13 de noviembre 2023). Agrega que, según lo que establece el artículo 9° del C.P.P., toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa del Juez de Garantía.

Así, sea que al policía se le tenga como un imputado u oponga a ello, sea que se le considere víctima o testigo (tercero, en los términos del art. 9° CPP) siempre podrá ser el Juez de Garantía quien determine el trato a darle si es que surge alguna controversia respecto del cambio de calidad, lo que es particularmente importante cuando se trata de diligencias que involucren al funcionario (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

De este modo, es posible entender que existen al menos tres sujetos facultados o con potestad para determinar la calidad que se le adjudicará al funcionario policial que, en razón de su cargo o cumpliendo una función de resguardo de orden público y seguridad pública, repela una agresión ilegítima que atente contra su integridad física o la de un tercero, o sus vidas, y estos son el Fiscal, el propio funcionario policial o el Juez de Garantía.

A pesar de tener luces de los sujetos facultados para determinar la calidad jurídica del funcionario policial, aún es posible observar un problema que dice relación con el conflicto de criterios entre dichos sujetos, en que uno de ellos puede estimar que al funcionario policial se le debe adjudicar determinada calidad y, por el contrario, otro sujeto facultado tenga la convicción de que le corresponde una calidad distinta. Por ejemplo, el caso en que el funcionario policial quiera renunciar

a su privilegio de trato, y con ello adquirir la calidad de imputado, pero, por su parte, el Fiscal estima que en realidad es una víctima y no un imputado. En dicho escenario, existe, primero, el problema de quién tiene preponderancia para resolver qué calidad jurídica se le va a atribuir finalmente al funcionario policial, y, segundo, que esta hipótesis se puede dar en distintas etapas del proceso, generando un problema extenso. Así, podemos suponer que, en principio, le corresponde al Juez de Garantía zanjar lo anterior, en virtud de su función de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, no obstante, no es algo resuelto por esta nueva ley.

En esta misma línea, la segunda interrogante que se produce en conformidad a la calidad de víctima o testigo del funcionario policial, es en qué momento se determinará el cambio de dichas calidades (víctima y testigo) a imputado respecto del funcionario policial, en caso de que las diligencias permitan atribuirle participación punible; qué sustenta dicha mutación de calidades; y quién debe realizar dicha determinación.

Primero, para responder a esta interrogante, el artículo 7° del C.P.P. establece en su inciso final que los funcionarios policiales que actúen bajo la legítima defensa privilegiada, serán considerados como víctimas o testigos, a menos que las diligencias permitan atribuirles participación punible. En ese sentido, conviene precisar qué se entiende por el concepto de *diligencias que permitan atribuirle participación punible*, para estos efectos debemos fijar un estándar de acreditación para inferir que cumplido dicho criterio, se puede atribuir participación punible al funcionario.

Así, don Daniel Polanco Valdés señala que, en materia procesal penal convergen distintos tipos de estándar de acreditación, pero que respecto de esta materia sería impropio exigir tanto estándares elevados como estándares mínimos, es decir, habría que ubicarnos en un punto medio, y que a su juicio, debido a que en esta materia el debate gira en torno a la configuración de una eximente de responsabilidad que justificaría el delito, “*el estándar apropiado a aplicar es aquél que se contiene en el art. 140 CPP a), propio de la prisión preventiva pero extrapolable también a las restantes medidas cautelares*” (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023). En dicha norma se señalan los requisitos para ordenar la prisión preventiva y en la letra a) se establece que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare.

Por otra parte, Juan Carlos Maggiolo Caro sostiene que el estándar de acreditación para que sea factible que las diligencias permitan atribuirle participación punible al funcionario policial, dice relación con que se acredite que este haya actuado con dolo, o que no proceda la figura de la legítima defensa privilegiada, toda vez que no se configuraron los requisitos comprendidos en los numerales 4°, 5° y 6° del artículo 10 del Código Penal (J.C. Maggiolo, Comunicación personal, 14 de noviembre de 2023).

Es decir, que no se cumplan los requisitos del numeral 4° relativo a que exista una agresión ilegítima, una necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y una falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; respecto del numeral 5° que tratándose del que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor; y en cuanto al numeral 6° en el caso del que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo.

Ahora bien, siendo estas dos posturas distintas, mas no contrarias, no necesariamente debemos inclinarnos por una de ellas como estándar de acreditación definitivo, sino que es posible entender que lo que debe haber es el cumplimiento de un criterio, cuando menos, que acredite la posible participación punible del funcionario policial. En ese sentido, no basta con la sola existencia del delito, sino que requiere, además, que los antecedentes tengan una tendencia a sindicarse como autor del delito al funcionario policial. Con ello, la postura de don Daniel Polanco Valdés no es suficiente por sí sola, sino que requiere además que no se cumpla con alguno de los requisitos que establece el artículo 10 N°6 del C.P., como bien indica don Juan Carlos Maggiolo Caro.

Dicho esto, luego de determinar qué se entiende por participación punible, de lo cual deviene como consecuencia directa la mutación de las calidades, es pertinente determinar en qué momento se producirá el cambio de dichas calidades. Así, don Daniel Polanco Valdés estipula que probablemente el cambio se adopte entre el inicio de la investigación y la solicitud al Tribunal para formalizar la

investigación, respecto de quien sea imputado en ese momento (Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023), sin embargo, ello conlleva una exhaustiva investigación, debido a que no es pertinente cambiar dichas calidades al comienzo de la investigación, con excepción de que existan pruebas contundentes que permitan desacreditar la causal de justificación aplicable al funcionario policial.

En esta misma línea, se pronuncia doña Javiera Tapia Pérez, abogada querellante del Instituto Nacional de Derechos Humanos de la región de Valparaíso, quien señala que mutan dichas calidades cuando haya un convencimiento de que existe una responsabilidad penal por parte del funcionario policial e indica que cuando se produzca la formalización no cabe duda de la calidad que se le adjudica (J. Tapia, Comunicación personal, 10 de noviembre de 2023).

Por último, respecto a quién le corresponde determinar la mutación de las calidades durante la investigación, bajo la concepción de don Daniel Polanco Valdés, a quien determine la calidad de víctima o testigo respecto del funcionario policial en un inicio de la investigación, le corresponderá a la vez determinar por extensión el cambio de la calidad procesal a imputado, es decir, al Fiscal, al funcionario policial o al Juez de Garantía. Por su parte, don Juan Carlos Maggiolo Caro sostiene que este es un deber que le corresponde al Ministerio Público, y lo justifica en cuanto: *“atendidas las implicancias que ello tiene en la investigación y las diligencias en las que participe la persona?”* (Comunicación personal, 14 de noviembre).

A este respecto, estimamos que, según el caso, primero, si durante la investigación el funcionario policial renuncia a su privilegio de trato, entonces se entenderá que es un sujeto facultado para determinar su propia mutación de calidad de víctima o testigo a imputado, no así para determinar la mutación de la calidad de la persona particular. En ese sentido, de ocurrir lo anterior, estaríamos ante dos sujetos imputados, la persona particular y el funcionario policial en un mismo proceso. En segundo lugar, coincidimos con don Daniel Polanco Valdés y don Juan Carlos Maggiolo Caro en que sin duda al Fiscal le corresponde determinar la mutación de calidades, tanto del funcionario policial como de la persona particular. Y, por último, al igual que ocurre con el Fiscal, el Juez de Garantía está facultado también para decretar la mutación de calidades del funcionario policial y de la persona particular.

2.2 Concepto de orden público y seguridad pública interior

La Ley N°21.560 modificó el artículo 7° del C.P.P., incorporando la presunción legal de la legítima defensa privilegiada, si es que concurren las circunstancias previstas en los números 4°, 5° y 6° del artículo 10 del C.P., respecto de los funcionarios policiales siempre que se encuentren realizando funciones de orden y seguridad pública interior. Sin embargo, una de las falencias de dicha ley es que no incorporó una definición de qué se debe entender por funciones de orden y seguridad pública interior, sino que más bien los ejemplifica señalando:

Tales como las que se ejercen durante estados de excepción constitucional, protección de la infraestructura crítica, resguardo de fronteras, y funciones de policía cuando correspondan, o cuando se desempeñan en el marco de sus funciones Fiscalizadoras, que se encuentren en el caso previsto en el párrafo tercero del numeral 6° del artículo 10 del Código Penal.

En este sentido al solo dar ejemplos, se incorpora un concepto vago e impreciso, respecto de una materia sumamente importante que debiese estar delimitada, toda vez que forma parte de las circunstancias que la ley requiere, para que se presuma legalmente que se incurre en la figura de la legítima defensa privilegiada. En relación a ello, la no delimitación de lo que se entiende por orden y seguridad pública interior, puede ocasionar que los funcionarios policiales actúen vulnerando derechos y garantías, toda vez que el margen de discrecionalidad es sumamente amplio.

Por ello, conviene precisar qué se entiende por orden público y seguridad pública interior. Respecto del concepto de orden público, es importante tener presente que no es definido por la Constitución ni la ley, y la doctrina sostiene que *“constituye un concepto difuso, amplio e impreciso”* (Asesoría técnica parlamentaria, 2019), no obstante, de igual forma existen autores y jurisprudencia que se han encargado de definirlo. Así, los autores Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga definen el orden público como:

El conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización

de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran (Asesoría técnica parlamentaria, 2019).

De igual forma, la jurisprudencia no ha definido dicho concepto, sin embargo, se ha pronunciado en cuanto a delimitar los elementos que constituyen el orden público, así, la Corte de Apelaciones de La Serena señala un concepto, en sentencia con fecha 13 de marzo de 1954, declarando que:

Por tal concepto debe entenderse la situación de normalidad y armonía existente entre todos los elementos de un Estado, conseguidos gracias al respeto cabal de su legislación y, en especial, de los derechos esenciales de los ciudadanos, situación dentro de la cual se elimina toda perturbación de las normas morales, económicas y sociales imperantes y que se ajusta a los principios filosóficos que informan dicho Estado (R.D.J. Tomo LI. Sección 4°. Pág. 123).

Es relevante tener presente qué entienden los funcionarios policiales, en específico Carabineros de Chile, por orden público, así en su plan estratégico señalan que es *“un conjunto de normas jurídicas y políticas entregadas por una sociedad a un Estado y las cuales son aceptada por los individuos para regular su convivencia y lograr el bien común”* (Carlos Bustos Soto, 2021).

Por otro lado, el concepto de seguridad pública es de igual forma impreciso, no obstante, este concepto conviene entenderlo desde el punto de vista de los funcionarios policiales, en específico Carabineros de Chile. El general Inspector de Carabineros Carlos Bustos lo comprende como:

La función garantizadora que todo Estado debe entregar a sus habitantes, que asegure su tranquilidad y paz social, manteniéndolos libres y exentos de todo peligro, daño o riesgo, que afecte directamente el normal ejercicio de los deberes y derechos de gobernantes y gobernados (Carlos Bustos Soto, 2021).

En suma, recogemos estas definiciones a fin de acercarnos a un concepto de lo que se entiende por orden público y seguridad pública, y de establecer ciertos parámetros, toda vez que, como bien decíamos, esta ley integra dicha noción sin delimitar a qué corresponde, lo que implica un riesgo, por ejemplo, a que ciertos hechos realizados por una persona particular quepan dentro de la categoría de atentado contra el orden público y seguridad pública, en circunstancias de que se esté actuando al

alero de un derecho garantizado constitucionalmente. En ese sentido, don Daniel Polanco Valdés señala *“que es un concepto que se ha empleado preferentemente en contextos de fuerte autoritarismo para justificar el actuar estatal con el fin de aplacar la disidencia social”* (Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

Un último aspecto a analizar refiere a quién le corresponde determinar que concurre la circunstancia de que se actúe en función y resguardo del orden y seguridad pública interior. Por un lado, don Juan Carlos Maggiolo Caro señala que quien debería determinarlo son los Tribunales de Justicia, sin embargo, *“una gran barrera para aquello será de acceso, en especial durante la etapa de investigación desformalizada, en que no existe algún tipo de audiencia dirigida a efectuar una determinación como la señalada”* (Comunicación personal, 14 de noviembre de 2023). Por ende, la posibilidad que comparte don Juan Carlos es que se determine en la audiencia de cautela de garantías del artículo 10 del C.P.P.

Por otro lado, don Daniel Polanco Valdés responde a esta interrogante de manera similar a como lo hace respecto de la determinación del cambio de calidades procesales que se dan en una relación procesal penal sustantiva, e indica que, a quien le corresponde determinar si el funcionario policial actuó en el cumplimiento de funciones de resguardo de orden público y seguridad pública interior, *“serán los distintos intervinientes o sujetos procesales lo que, conforme avance el proceso penal, deberán discernir si este componente de la eximente concurre o no”* (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

En ese sentido, agrega que:

Así, en las etapas tempranas de la investigación, será el Fiscal, por él o mediando autorización del Juez de Garantía el que resolverá si los hechos investigados implicaron una afectación al resguardo del orden y seguridad pública, pues de eso dependerá, procesalmente, si le asiste al empleado público el trato ficto de víctima o imputado. De otro lado, y ya de cara al Juicio Oral, será siempre la magistratura de fondo quien tenga que determinar y con carácter perentorio, si la legítima defensa concurría o no (Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

De esta forma, sobre quienes pesa este deber es en el Fiscal de la investigación o en el Juez de Garantía, o bien, dependiendo de la etapa procesal, en la magistratura de fondo en el juicio oral.

3. Consecuencias de la modificación de las calidades procesales

A continuación, corresponde analizar cuáles son las consecuencias de tales modificaciones introducidas por la Ley N°21.560 y para disponernos a dicho cometido, debemos realizar una analogía de los derechos y garantías que protegen, en un inicio, al funcionario policial en calidad de víctima o testigo y a la persona particular en calidad de imputado, y si es que, posteriormente, a partir de que las diligencias permiten atribuirle participación punible al funcionario policial, dichas calidades mutan.

En ese sentido, se entiende que aquella persona que se encontraba realizando hechos que pueden revestir el carácter de delito, la ley le adjudica la calidad de imputado, toda vez que se cumple la hipótesis fáctica de que estaba agrediendo ilegítimamente la integridad física de un funcionario policial, o un tercero, o sus vidas. De esta forma, al inicio de la investigación, se le sustrae la calidad de víctima a la persona particular y se le adjudica la calidad de imputado, a pesar de que el funcionario policial lo haya lesionado o haya ocasionado su muerte; y respecto del funcionario policial se extrae de su calidad de imputado que, previo a esta ley hubiera adquirido por haber agredido a la persona particular ocasionándole lesiones o teniendo por resultado su muerte, y se le atribuye la calidad de víctima o testigo, todo lo cual tiene considerables repercusiones a nivel de derechos y garantías que la ley le otorga a cada sujeto procesal.

En el caso en que se aplique la figura de la legítima defensa privilegiada respecto del funcionario policial que cumple con las hipótesis fácticas que exige la causal número 6° del artículo 10 del C.P., se le otorgará la calidad de víctima o testigo, señalado en el artículo 7° inciso 3° del C.P.P., desde el inicio de la investigación. Al otorgarle la calidad de víctima, el funcionario policial puede ejercer funciones de control y contrapeso respecto de la dirección del Ministerio Público y de Policías. En cuanto a la calidad de testigo, como observamos en el capítulo anterior, la regulación es escueta y su participación en el proceso penal es de un tercero.

Y en el caso de que la ley le adjudique a la persona particular la calidad de imputado, gozará de todos los derechos enunciados en el capítulo precedente relativos a los derechos de información, derechos de intervención en el procedimiento y derechos que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal.

Ahora bien, durante el procedimiento penal, se puede dar una hipótesis que puede resultar sumamente lesiva para los intervinientes, la cual corresponde a la mutación de las calidades procesales, es decir, se puede dar el caso en que, a partir de las diligencias de la investigación realizadas por el Ministerio Público, se le atribuya participación punible al funcionario policial, con lo cual la calidad de víctima o testigo que le fue adjudicada en un inicio, mutará a imputado. Con ello, la persona particular que un inicio se le atribuyó la calidad de imputado pasará a adquirir la calidad de víctima, además, cabe hacer presente que respecto de este sujeto la calidad procesal solo puede mutar a víctima, toda vez que la Ley N°21.560 establece la modificación de calidades procesales sólo respecto del funcionario policial.

Lo anterior implica que, aquel funcionario policial que en un inicio se le adjudicó la calidad de víctima o testigo, no fue considerado como un sujeto contra quien se dirigía una investigación, con lo cual, al cambiarse dicha calidad toda la gama de derechos y garantías propias del imputado no fueron respetados. Al respecto, don Juan Carlos Maggiolo Caro, indica que el trance más complejo desde el punto de vista procesal penal, es el de víctima a imputado, toda vez que el estatuto protector de los derechos del imputado es superior al de víctima, ello se visualiza comparando los artículos 93 y 94 con el artículo 109 del CPP (J.C. Maggiolo, Comunicación personal, 14 de noviembre de 2023). En ese sentido, el funcionario policial que deja de ser víctima y transita a imputado, habrá sido inhibido del ejercicio de todos los derechos de información, intervención en el procedimiento y los que imponen un deber de abstención por parte de los órganos que intervienen en la persecución y el enjuiciamiento penal, regulados en los artículos 93 y 94 del C.P.P. en conjunto a la normativa internacional, que fue previamente expuesta en el capítulo precedente.

Como bien explicamos anteriormente, la calidad de imputado fue regulada con el propósito de otorgar protección a aquellas personas que estaban siendo investigadas penalmente y podían ver vulnerados sus derechos, entre ellos el debido proceso, de esta forma, en la hipótesis de mutación de calidad de víctima o testigo a imputado durante la investigación, implicaría que todas aquellas actuaciones de investigación realizadas previo a este cambio, no fueron realizadas conforme al marco de la gama de derechos y garantías que regulan las normas de nuestro ordenamiento jurídico para la efectiva protección del imputado. En efecto, el artículo 7° del C.P.P. establece el momento en que se adquiere la calidad de imputado, que corresponde a la primera actuación del procedimiento dirigido

en su contra, justamente con el propósito de procurar desde un inicio el completo respeto a los derechos y garantías de la persona que está siendo investigada y que no existan vulneraciones.

Don Daniel Polanco Valdés, sigue todo lo anterior, al sostener que esta ley al crear esta ficción legal, que dice relación con las calidades procesales que le corresponde a cada interviniente, implica que se distorsionen una serie de derechos y garantías que le asistirán a uno y otro (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023), así él alude a los derechos y garantías que se podrían ver vulnerados respecto del funcionario público que transite de víctima o testigo a imputado, pero además, hace mención a un problema respecto del derecho a la querrela de la víctima. Al respecto señala que el funcionario policial que es tratado ficticiamente como víctima o testigo:

Se le habilita para accionar contra el particular (hasta aquí imputado) a través de una querrela cuyo destino podría variar si cambia su calidad. Esto es relevante puesto que la Ley no reconoce una causal de pérdida de vigor de la querrela una vez que se declara admisible (salvo supuestos excepcionales) de suerte que, en principio, se crearía una relación procesal cuyos sujetos procesales ya no existen (D. Polanco, Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

Es decir, surge esta posibilidad según la cual, aquel funcionario policial que en un inicio adquiriera la calidad de víctima o testigo, haga uso de su derecho y se querelle contra la persona particular, a quien le fue adjudicada la calidad de imputado, y que posteriormente estas calidades se inviertan. Así, emana la interrogante sin una respuesta clara y certera de qué sucedería respecto a dicha querrela.

Por otra parte, respecto de aquel funcionario policial que le fue adjudicada la calidad de testigo en un inicio del procedimiento y, posteriormente, muta a la calidad de imputado, es posible observar una serie de vulneraciones a sus derechos y garantías. Como se mencionó en el capítulo anterior, la regulación del testigo durante la investigación en nuestro ordenamiento jurídico es escueta, toda vez que se trata de un tercero ajeno a la investigación que no es un interviniente, con lo cual no existe una extensa regulación de sus derechos y garantías, como sí lo hace el ordenamiento jurídico respecto de la víctima e imputado.

Así, pueden darse inconsistencias respecto a las obligaciones que tuvo el funcionario policial en calidad de testigo durante la investigación, en relación a los derechos y garantías que lo hubieran resguardado en virtud de la calidad de imputado. En ese sentido, el testigo durante la investigación tiene la obligación de comparecer y prestar declaración, y en caso de que no asista se le pueden imponer medidas de apremios reguladas en el artículo 299 C.P.P., con ello puede darse el caso en que el Ministerio Público interroge al funcionario policial en calidad de testigo, lo cual presupone que este no tuvo participación penal en los hechos, y, por tanto, este funcionario policial tendrá la obligación de declarar, y si posteriormente las diligencias de la investigación permiten atribuirle participación punible, su calidad mutará a imputado. De este modo, dicha mutación resultará perjudicial para los derechos y garantías que podría haber ejercido eventualmente el funcionario policial si se le hubiere atribuido la calidad de imputado en lugar de testigo. Así, por ejemplo, respecto de las declaraciones que hubiere prestado en calidad de testigo pueden haber significado una vulneración al derecho a guardar silencio que protege al imputado.

Respecto de la persona particular, se puede producir de igual forma una mutación perjudicial, en que en principio se le otorgará la calidad de imputado, y luego en caso de que las diligencias realizadas por el Ministerio Público le atribuyan participación punible al funcionario policial, se le adjudicará la calidad de víctima. De este modo, se vio imposibilitada de ejercer los derechos y garantías que le corresponde desde un inicio del procedimiento, con ello la persona particular pudo haber visto afectado el ejercicio de los derechos y garantías que le corresponden a la víctima expuestos en el capítulo anterior, pero es relevante mencionar el derecho a la querrela, don Daniel Polanco Valdés señala que es una *“situación de suyo preocupante por lo que ello significa para ser reconocido como un interviniente que puede solicitar diligencias y activar la investigación en determinado sentido”* (Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023). Y, además, recogemos a modo de ejemplo solicitar la reapertura del procedimiento y evitar el archivo provisional (artículo 167 del C.P.P.); la víctima al deducir querrela puede solicitar la intervención del Juez de Garantía (artículo 169 del C.P.P.); solicitar realizar diligencias de investigación (artículos 183 y 184 del C.P.P.); en caso de que se solicite la suspensión condicional del procedimiento la víctima debe ser oída y puede apelar dicha suspensión (artículo 237 del C.P.P.); realizar el forzamiento de la acusación (artículo 248 N°3 en relación al artículo 258 del C.P.P.); entre otros.

3.1 Hipótesis de muerte de la persona particular

En el supuesto de que, a partir del delito secundario, según el cual un funcionario policial agrede a una persona particular, se obtiene como resultado la muerte de la persona particular, ocurriendo o no las circunstancias que prevé el numeral 6° del artículo 10° del C.P., cabe cuestionarnos acerca de la calidad procesal que se atribuye a los familiares de dicha persona particular.

Al respecto, el artículo 108 del C.P.P. establece los sujetos que tienen la calidad de víctima y además señala que en los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará como víctima a sus familiares, a saber, al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos; a los ascendientes; al conviviente; a los hermanos, y al adoptado o adoptante.

En ese sentido, la discusión gira en torno a la inconsistencia normativa que genera el que, a partir de la Ley N°21.560, se le otorgue la calidad de imputado a la persona particular fallecida, pero con la interrogante de qué calidad van a adquirir sus familiares en caso de muerte de este sujeto particular. De esta forma, señala doña Javiera Tapia Pérez que esta hipótesis podría ser considerada un caso de muerte bajo custodia y que, en ese sentido, los delitos asociados a los Derechos Humanos importan obligaciones reforzadas para el Estado, así existen repercusiones no solo a nivel internacional, sino también respecto del ordenamiento jurídico interno, que implican el respeto a los Derechos Humanos ((J. Tapia, Comunicación personal, 10 de noviembre de 2023). Lo anterior supone que la consideración de los familiares de la persona particular que tuvo por resultado la muerte frente a una agresión de un funcionario policial, es de víctima y no de imputado.

En ese sentido, entendiendo que dichos familiares adquieren la calidad de víctima, don Daniel Polanco Valdés, sigue la misma postura indicando que:

De acuerdo con lo dispuesto en los incisos segundo y final del art. 108 CPP, los familiares que respondan a la categoría de víctima de conformidad con el orden de prelación que ahí se establece obtienen de la Fiscalía el trato de víctima para todos los efectos procesales (Comunicación personal, 13 de noviembre de 2023).

De igual forma, don Juan Carlos Maggiolo Caro identifica una problemática que ya veníamos señalando previamente, referente a los derechos que tienen las víctimas en el proceso penal durante la investigación:

Al reconocerles la ley la misma calidad jurídica dentro de un proceso o investigación penal, a dos personas o grupos de personas con intereses contrapuestos, esta inconsistencia legal generará una importante confusión entre los distintos operarios del sistema penal, en especial cuando se ejerzan los derechos establecidos en el artículo 109 del CPP, esto es, acceder al contenido de la investigación, querellarse mutuamente, solicitar diligencias de investigación y medidas de protección, ser escuchados por el Ministerio Público y la Judicatura, etc. (J.C. Maggiolo, Comunicación personal, 14 de noviembre de 2023).

De esta forma, es posible observar que, a pesar de que existe una inconsistencia normativa, en que la Ley N°21.560 introduce modificaciones procesales con las cuales no se hace cargo de una serie de instituciones jurídicas de suma relevancia, como lo es la determinación de las calidades procesales, a este respecto existe un consenso en entender que los familiares de la persona particular fallecida por agresión de un funcionario policial, que actúa presuntamente al marco de la legítima defensa privilegiada, adquiere la calidad de víctima y con ello operan a su favor toda la gama de derechos y garantías que le protegen.

3.2 Carga probatoria y presunción de verdad

Al incorporar la figura de la legítima defensa privilegiada, se configura una presunción simplemente legal respecto de los funcionarios policiales, toda vez que cuando en razón de su cargo o en el cumplimiento del deber, repelan una agresión ilegítima que atente contra su integridad o la de un tercero, se aplicará esta presunción de que se actuó bajo dicha figura, por lo tanto, en principio, quien debe probar que este funcionario policial no actuó bajo dicha figura es el sujeto particular. Ello, a primera vista podría implicar una posible afectación al principio de objetividad que pesa sobre el Ministerio Público, entendido como:

El deber que tiene el Ministerio Público en el ejercicio de su función, de investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad penal del imputado, sino también aquellos que lo eximan de ésta, la extingan o atenúen.

Sin embargo, debemos precisar que no existe a priori una afectación a dicho principio, ya que la Fiscalía o la parte acusadora tiene la labor de verificar si efectivamente concurrieron los requisitos del artículo 10 numeral 4°, 5° y 6° consagrados en el Código Penal, es decir, que hubo una agresión ilegítima, una necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, y una falta de provocación suficiente por parte del que defiende. Por tanto, esta presunción como se mencionó anteriormente es solo legal, y conviene acreditar conforme a las diligencias impartidas por el Ministerio Público y la defensa, el supuesto fáctico que permite actuar bajo la figura de la legítima defensa privilegiada.

Además, en esta misma línea se pronuncia don Daniel Polanco Valdés, quien señala que, si nos remitimos a los delitos que conllevan una investigación por hechos constitutivos de violencia institucional en que exista la posibilidad de que el funcionario policial haya actuado bajo dicha figura de legítima defensa privilegiada, se rigen bajo el oficio FN N°618/2021 que comprende la “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional”, en que se señala que el o la Fiscal a cargo de la investigación que conlleva el uso de la fuerza, para la valoración jurídico-penal, deberá reconducir su análisis a las causales de justificación, *“sea para dar por configurada aquellas que resultaren aplicables al caso, o para desacreditar la procedencia de estas”*. Por ende, conforme a este oficio, anterior a la promulgación de la Ley N° 21.560, se evidencia el respeto y aplicación del principio de objetividad, en el que se investiga con igual celo los hechos que fundan la responsabilidad penal o los que la eximen de ella, y que, con la entrada en vigencia de dicha ley, se seguirán llevando a cabo las investigaciones bajo dichas directrices, por tanto, no configurará esta modificación una afectación al principio de objetividad.

4. Medidas cautelares artículo 124 bis C.P.P.

La ley 21.560 incorpora el nuevo artículo 124 bis al Código Procesal Penal, en el que se señala:

Tratándose del caso previsto en los párrafos tercero y final del numeral 6 del artículo 10 del Código Penal, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación y las medidas cautelares previstas en los literales d) y g) del artículo 155. Lo anterior, no será aplicable si en el curso de la investigación surgen antecedentes calificados que justifiquen la existencia de un delito.

A raíz de este nuevo artículo surgen dos problemáticas que serán objeto de análisis en este título. La primera de ellas se refiere a una distorsión de los sujetos intervinientes en el proceso penal y su calidad procesal, así, en principio, la norma señala que *“no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado”*. Al respecto conviene recordar que, como mencionamos en los títulos pasados, según la modificación incorporada al artículo 7° del C.P.P., el funcionario policial que incurra en la hipótesis de legítima defensa privilegiada, en lugar de ser considerado inicialmente un imputado en la investigación, será considerado como víctima o testigo y, a su vez, la persona particular se le adjudicará la calidad de imputado.

Por ende, al analizar este artículo, estamos ante una norma de escasa calidad y de evidente inconsistencia, toda vez que se busca beneficiar al funcionario policial, al evitar que recaigan sobre él medidas cautelares, sin embargo, el sujeto regulado en este artículo es el imputado, y volviendo sobre el modificado artículo 7° del C.P.P., el imputado no es el funcionario policial, sino que es la persona particular. Así, entendemos que el legislador quiso otorgar esta protección al funcionario policial no solo a partir de la historia fidedigna de la ley, sino que además, porque en la última parte del artículo 124 bis señala que *“lo anterior, no será aplicable si en el curso de la investigación surgen antecedentes calificados que justifiquen la existencia de un delito”*, siendo esta hipótesis utilizada en el artículo 7° del C.P.P., respecto de la mutación de la calidad procesal del funcionario policial de víctima o testigo a imputado.

Entonces, en el artículo 124 bis a quien se intenta prevenir de la privación de su libertad personal es al funcionario policial, no obstante, la defectuosa técnica legislativa confunde las calidades procesales y termina por generar un desorden en que podríamos entender que en realidad el sujeto a quien le otorga esta prohibición de aplicar medidas cautelares es a la persona particular, por ser esta el imputado.

Siguiendo lo anterior, respecto del funcionario policial, este, al inicio de la investigación, adquiere la calidad de víctima o testigo y no de imputado, por tanto, no es posible discutir la interposición de medidas cautelares, toda vez que no son aplicables a una persona que no goza de la calidad de imputado. Este funcionario no puede ser objeto de medidas cautelares en un inicio, ya que nuestra legislación no contempla la posibilidad de que un sujeto en calidad de víctima o testigo sea sujeto a medidas cautelares. Así, don Juan Carlos Maggiolo Caro se pronuncia señalando que *“es difícil imaginar un escenario en el que antes de la existencia de estos antecedentes, siquiera se disputa la imposición de alguna medida cautelar respecto de una persona que no tiene la calidad de imputado”* (Comunicación personal, 14 de noviembre 2023).

De lo anterior, es posible sostener que esta es una norma controversial, que no parece cumplir los fines para los cuales fue creada, toda vez que su aplicación práctica genera inconsistencia que pueden repercutir en el funcionario policial, y que, además, puede ser utilizada a favor de la persona particular a raíz de la imprecisión relativa al sujeto a quien se intenta otorgar la protección.

Por otra parte, el segundo problema que surge, es en lo que refiere a la existencia de una norma que resulta vulneratoria al principio de igualdad, toda vez que prohíbe la posibilidad de aplicar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, entendiéndose por tal según los legisladores al funcionario policial, a excepción de la citación y las medidas cautelares previstas en el artículo 155 letra d) y g) del C.P.P. Es decir, los funcionarios policiales tendrán el privilegio de no ser un sujeto sobre quien puede recaer una medida cautelar, a menos que estas refieran a la citación; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal (artículo 155 letra d) del C.P.P.); y la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél (artículo 155 letra g) del C.P.P.).

Lo anterior, resulta sumamente lesivo a un principio transversal en el ordenamiento jurídico y que constituye un imperativo constitucional: la igualdad ante la ley. El cual corresponde a un concepto poliforme de nuestra Constitución Política, *“que explica tanto la condición valorativa humana, un principio constitucional, una regla de trato, un criterio comparativo, un punto de partida para la adopción de políticas públicas o un deber de resultado sobre las mismas”* (Asesoría técnica parlamentaria, 2015).

Es posible además encontrar un concepto de este principio, según el cual:

Es el imperativo constitucional que exige, por un lado, un trato formalmente igual por equiparación, desentendiéndose de las diferencias contingentes y, por el otro, exige un trato sustancialmente igual por diferenciación, adecuando las disimilitudes existentes, que tengan relevancia jurídica, a las circunstancias regulatorias específicamente distintas (García Pino, G., Contreras Vásquez, P. & Martínez Placencia, V., 2016).

Es decir, las normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentren en unas mismas condiciones y distintas para quienes se encuentren en situaciones diferentes (García Pino, G., Contreras Vásquez, P. & Martínez Placencia, V., 2016). En ese sentido, es posible que existan normas que resulten desiguales para dos grupos que estén en condiciones o circunstancias distintas entre sí, pero en el presente caso, cabe cuestionarse si se da tal hipótesis, o, por el contrario, simplemente se está afectando el principio.

Sobre el particular, a quienes esta norma les otorga una protección jurídica es a los sujetos de la hipótesis de legítima defensa privilegiada del numeral 6° del artículo 10° del C.P., es decir, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Gendarmería de Chile, las Fuerzas Armadas y los servicios bajo su dependencia.

A lo que refiere el análisis de razonabilidad, este “*supone determinar si es que efectivamente existe una discriminación arbitraria de trato entre personas que se encuentran en una situación similar, lo que implica una transgresión a la CPR*” (Asesoría técnica parlamentaria, 2015). En ese sentido, en el presente caso no parece haber ningún análisis de razonabilidad que permita justificar que a este grupo de personas se les otorgue un trato distinto que al resto de las personas, por el contrario, son agentes y funcionarios del Estado, que deben actuar al margen del respeto del ordenamiento jurídico como todas las demás personas, con ello, es posible sostener que el artículo 124 bis del C.P.P. genera una discriminación arbitraria, pues, de acuerdo al artículo 19° N°2 de la CPR, en Chile no hay persona ni grupo privilegiado.

Conclusión

La Ley N°21.560 que modificó textos legales que indicó, para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial ha ocasionado una serie de distorsiones e inconsistencias en figuras de suma relevancia del derecho procesal penal.

A partir del repaso realizado de la historia fidedigna de esta ley, dimos cuenta de la confusión que tenían los legisladores al momento de crear esta ley, que se vincula a una estigmatización de la calidad de imputado que, previo a esta ley, adquirirían los funcionarios policiales que repelían una agresión de una persona particular, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa. Así, los legisladores tenían una concepción, según la cual, el hecho de que se les atribuyera la calidad de imputado a los funcionarios policiales, constituía una denostación hacia ellos y que, además, desencadenaba que se les aplicara sanciones de orden administrativo, correspondientes al cese del goce de sus remuneraciones y la suspensión de su cargo. No obstante, advertimos que tal convicción es errónea y perjudicial para los mismos sujetos que con esta ley se intentó otorgar protección, esto debido a que, primero, las sanciones administrativas corresponden a una materia cuya regulación es distinta y separada a la de la persecución penal; y, segundo, la modificación a la calidad de imputado del artículo 7° del C.P.P. generó una desprotección hacia los mismos funcionarios policiales por lo que a continuación se concluye.

Primero, esta ley incorporó a los cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico conceptos vagos e imprecisos, cuya indeterminación resulta lesiva para los sujetos sobre los cuales versan estas modificaciones. De este modo, en esta investigación determinamos que a quien le corresponde determinar la calidad jurídica del funcionario policial al inicio de la investigación es al Fiscal, al mismo funcionario policial en caso de que realice una renuncia a su privilegio de trato, o bien al Juez de Garantía por aplicación del artículo 9° del C.P.P. No obstante, a este respecto surge un nuevo problema del cual esta ley no se hace cargo, respecto al caso en que los sujetos facultados se encuentren en un conflicto de criterios y estimen que al funcionario policial le corresponden calidades jurídicas distintas; quién tendrá preeminencia en su decisión, e, indicamos, que en un inicio estimamos que el Juez de Garantía tendría preponderancia por sobre los demás y él dirime el asunto.

Posteriormente, el artículo 7° del C.P.P. contempla la posibilidad de que esta calidad de víctima o de testigo mute a la de imputado si es que las diligencias impartidas por el Ministerio Público permiten atribuirle participación punible al funcionario policial, al respecto entendemos que el estándar de acreditación corresponde a que se cumplan las circunstancias que establecen los numerales 4°, 5° y 6° del artículo 10 del C.P. Junto con ello, a quien le concierne el deber de determinar lo anterior y decretar el cambio de calidad es al Fiscal o al Juez de Garantía. Por último, el momento en que se debe realizar es entre el inicio de la investigación y la solicitud que se realice al Tribunal para formalizar la investigación.

Por otra parte, en los artículos 7° del C.P.P. y 10° del C.P. se utilizan las nociones de orden público y seguridad pública, las cuales constituyen un concepto difuso, amplio e impreciso, pero a quien finalmente le corresponde determinar si los funcionarios policiales realicen funciones de orden público y seguridad pública interior -siendo esta una circunstancia exigida por la ley para que se incurra en la hipótesis de legítima defensa privilegiada- es al Fiscal de la investigación o al Juez de Garantía, o bien, dependiendo de la etapa procesal, a la magistratura de fondo en el juicio oral.

Segundo, esta ley ha generado una posible situación bajo la cual es factible que los derechos y garantías tanto del funcionario policial como de la persona particular se vean vulnerados, por aplicación de la hipótesis del artículo 7° inciso 3° del C.P.P., en que, a partir de las diligencias impartidas por el Ministerio Público, se atribuye participación punible al funcionario policial, con lo cual sus calidades van a ser modificadas.

Así, respecto del funcionario policial, si en un inicio se le hubiese adjudicado la calidad de víctima y esta cambia a imputado, toda la gama de derechos y garantías propias del imputado no serán respetados y habrá sido inhibido del ejercicio de todos los derechos y garantías regulados en los artículos 93 y 94 del C.P.P., en conjunto a la normativa internacional citada en esta investigación. Además, hemos identificado la problemática en que, en virtud de su calidad de víctima, el funcionario policial hubiese presentado querrela en contra de la persona particular y que, posteriormente, existiese esta mutación de calidades. Si el funcionario policial en un inicio hubiera adquirido la calidad de testigo, la mutación a imputado implica que pueden darse inconsistencias respecto a las obligaciones que tuvo el funcionario policial en calidad de testigo durante la investigación, en relación a los derechos y garantías que lo hubieran resguardado en virtud de la

calidad de imputado, por ejemplo, en lo relativo a que el testigo durante la investigación tiene la obligación de comparecer y prestar declaración, y en caso de que no asista se le pueden imponer medidas de apremios reguladas en el artículo 299 C.P.P.

Por otra parte, respecto de la persona particular, este cambio de calidades de imputado a víctima puede implicar que se vea imposibilitada de ejercer los derechos y garantías que le corresponde desde un inicio del procedimiento, como, por ejemplo, presentar querrela y con ello solicitar diligencias y activar la investigación, como tampoco ser escuchada por el Fiscal y el Juez de Garantía.

Tercero, hemos determinado que, en caso de que la persona particular muera por agresión del funcionario policial, quien actúa presuntamente en el marco de la legítima defensa privilegiada, sus familiares van a adquirir la calidad de víctima y con ello operan a su favor toda la gama de derechos y garantías que le protegen. En ese sentido, resulta conflictivo tener dos víctimas con intereses contrapuestos en un proceso penal, sin embargo, la ley no se ocupa de la ocurrencia de esta posibilidad.

Cuarto, nos planteamos como un problema a raíz de la legítima defensa privilegiada una posible afectación al principio de objetividad, sin embargo, hemos concluido que no existe a priori una afectación a dicho principio, ya que la Fiscalía o la parte acusadora tiene la labor de verificar si efectivamente concurrieron los requisitos del artículo 10 número 4°, 5° y 6° consagrados en el Código Penal y, además, respecto de hechos constitutivos de violencia institucional en que exista la posibilidad de que el funcionario policial haya actuado bajo dicha figura de legítima defensa privilegiada, se rigen bajo el oficio FN N°618/2021 que comprende la “Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de violencia institucional”, el cual evidencia la aplicación del principio de objetividad, en el que se investiga con igual celo los hechos que fundan la responsabilidad penal o los que la eximen de ella.

Por último, respecto al artículo 124 bis del C.P.P. hemos identificado otra falencia que ha producido esta ley, que en este punto refiere a la defectuosa técnica legislativa, según la cual no queda claro a quién beneficia esta prohibición de aplicar medidas cautelares que en la norma se especifican, toda vez que el sujeto a quien se intenta otorgar la protección es al funcionario policial, pero la norma menciona al *imputado*, siendo este la persona particular. Por lo demás, las personas que no tengan la

calidad de imputado no pueden ser sujetos a medidas cautelares. Ahora bien, incluso obviando este grave error, la norma resulta vulneratoria al principio de igualdad, toda vez que no existe razonabilidad en la prohibición de que se apliquen medidas cautelares a un grupo de personas en particular, lo que hace esta norma es reconocer que existe un grupo privilegiado, que corresponde a los funcionarios policiales, por sobre los demás imputados.

Es a partir de todo el razonamiento expuesto que, podemos concluir que esta ley en lo relativo a la modificación de la calidad de imputado a víctima o testigo respecto del funcionario policial que por razón de su cargo o con motivo u ocasión del cumplimiento de funciones de resguardo del orden público y seguridad pública interior, repela o impida una agresión que pueda afectar gravemente su integridad física o su vida o las de un tercero, empleando las armas o cualquier otro medio de defensa, junto con la incorporación de la legítima defensa privilegiada regulada en el artículo 10° del C.P. y de la prohibición de aplicar ciertas medidas cautelares regulado en el artículo 124 bis del C.P.P., ha generado una serie de inconsistencias, distorsiones y errores en el ordenamiento jurídico, todo lo cual puede resultar sumamente lesivo para los derechos y garantías de las personas particulares y de los funcionarios policiales, a quienes esta ley justamente intentaba otorgar una cobertura de protección mayor.

Referencias bibliográficas

- Caro, D. (2006). *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Castro, J. (2004): “La Víctima y el Querellante en la Reforma Procesal Penal”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, pp. 127-141.
- Cavada Herrera, J.P. Noviembre de 2019. *Concepto de alteración del orden público y de calamidad pública*, en Asesoría Técnica Parlamentaria, Disponible en: [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%ABblica%20y%20orden%20p%C3%ABlico_JPC%20\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%ABblica%20y%20orden%20p%C3%ABlico_JPC%20(1).pdf)
Fecha última consulta: 19 de noviembre 2023
- Bustos Soto, C. (2021): “Tribuna y opinión”, en *Revista electrónica*, N° 43, Disponible en: <https://tribunayopinion.cl/wp-content/uploads/2021/09/TRIBUNA-Y-OPINION-No-43-septiembre-2021.pdf> Fecha última consulta: 19 de noviembre 2023.
- García Pino, G., Contreras Vásquez, P. & Martínez Placencia, V. (2016). *Diccionario Constitucional Chileno*. Santiago: Editorial Hueders, pp. 546, 547, 548, 549 y 550
- Horvitz, M., López, J. (2008). *Derecho Procesal Penal chileno I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*. Jurídica de las Américas. ISBN: 9687884940
- Maier, J. (1989). *Derecho Procesal Penal Argentino*. 2ª edición, Hammurabi.
- Moreno, Victor (1999): La protección de los testigos y peritos en el proceso penal español, en *Catedrático de Derecho Procesal*, Universidad Carlos III en Madrid, pp. 58-67. Disponible en <https://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/13135/Protecci%C3%B3n.pdf?sequence=2> Fecha última consulta: 1 de diciembre 2023

- Núñez, J. (2009). *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*. Jurídica de las Américas. ISBN: 687884924
- Ortiz, J. (2010). Sujetos procesales. (Partes, terceros e intervinientes). *Revista Facultad de derecho. Ratio Iuris*. 5(10). 49-63.
- Pastene Navarrete, P. (2016): “El principio de objetividad en la función persecutora del Ministerio Público. ¿Abolición o fortalecimiento?”, en *Cuadernos del Tribunal Constitucional* N°63, Disponible en <https://www2.tribunalconstitucional.cl/wp-content/uploads/2022/03/3416.pdf> Fecha última consulta: 9 de noviembre 2023.
- Ramírez, C. (2022). *Curso de Derecho Procesal Penal*. El Jurista. ISBN: 978-956-367-084-4
- Riego, C., Duce, M. (2008): La víctima en el proceso penal, en *Derecho revistas*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, N°14, pp. 130-154.
- Viterbo Casarino, M. (2009). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile. ISBN 9561017598.
- Williams, G. 11 noviembre de 2015. *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad ante la ley*”, en Asesoría Técnica Parlamentaria, Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23873/2/BCN_igualdad%20ante%20la%20ley_TC%20_3.pdf. Fecha de última consulta: 01 de diciembre de 2023.
- Zavala, J. (2005). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo VI. Edino. ISBN 978-9978-21-020-8