

SOBRE EL CONCEPTO DE DEBER Y SU VÍNCULO CON LA ACTUACIÓN POLICIAL JUSTIFICADA EN VIRTUD DEL ART. 10 N°10 DEL CÓDIGO PENAL

ABOUT THE CONCEPT OF DUTY AND ITS LINK WITH JUSTIFIED POLICE ACTION UNDER ARTICLE 10 N°10 OF THE CRIMINAL CODE

ANGÉLICA TORRES-FIGUEROA* **

RESUMEN

En el presente artículo se sostiene que el artículo 10 N°10 del Código Penal contempla una justificante que contiene dos hipótesis diferenciables, derivadas, a su vez, de dos ideas matrices: deber y derecho. Por otra parte, y en lo que dice relación con las actuaciones policiales, se propone distinguir, dentro del concepto de “deber”, entre dos nociones: el “deber en sentido amplio” y el “deber en sentido restringido”. La distinción tendrá relevancia práctica a la hora de dar aplicación al artículo 10 N°10 del Código Penal.

Palabras claves: Exención de responsabilidad criminal - Cumplimiento de un deber - Ejercicio legítimo de una autoridad o cargo - actuación policial - deber (sentido amplio) - deber (sentido restringido) - finalidad policial.

*Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Universidad de Chile. Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla, España. Candidata a Doctora en Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Profesora de Derecho Penal, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Correo electrónico: angelica.torres@mail.udp.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4492-0445>.

**El artículo forma parte de la investigación desarrollada por la autora, en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Diego Portales, financiado por ANID, Chile.

Trabajo recibido el 16 de marzo de 2025 y aceptado para su publicación el 26 de junio de 2025.

ABSTRACT

This article argues that Article 10 N° 10 of the Penal Code contemplates a justification that contains two differentiable hypotheses, derived, in turn, from two matrix ideas: duty and right. On the other hand, and in relation to police actions, it is proposed to distinguish, within the concept of “duty”, between two notions: “broad duty” and “restricted duty”. The distinction will have practical relevance when it comes to applying article 10 No. 10 of the Penal Code.

Keywords: Criminal liability exemption - Fulfillment of a duty - Legitimate exercise of authority or office - Police action - Duty (broad sense) - Duty (narrow sense) - Police purpose.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 10 N°10 del Código Penal (CP) establece:

“Están exentos de responsabilidad criminal: 10.º El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

Como tendrá ocasión de observarse, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han considerado que la eximente en comento resulta aplicable a las actuaciones policiales. Sin embargo, es posible advertir que, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, existe una especie de indiferencia hacia el tema, lo que repercutiría en dos aspectos: primero, no se suele diferenciar entre dos partes del artículo 10 N°10, que obedecen -desde la perspectiva de la autora- a dos nociones claramente diferenciables, a saber, deber y derecho; y, en segundo lugar, no se precisan los alcances del concepto de deber, considerando como tal dos nociones diversas, que acá se propone denominar como “deber en sentido amplio” y “deber en sentido estricto o restringido”. En las páginas siguientes, se abordará someramente la primera cuestión, para luego profundizar un poco más en la segunda. En la última parte del artículo, se especifica cuál es la relevancia de hacer estas distinciones.

II. DEBER, DERECHO Y FUNCIÓN POLICIAL

El artículo 10 N°10 del Código Penal Chileno tiene como fuente directa el

Código Penal español de 1850¹, específicamente el artículo 8º numerales 11 y 12², los que a su vez se inspiran en el Digesto y las Partidas³, con lo que el código penal

¹ “El que a su vez los reprodujo del de 1848”. COUSÍNO, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 1979, T.II, p.432. Cfr. COMISIÓN REDACTORA CÓDIGO PENAL CHILE, *Proyecto del Código Penal. Actas del Código Penal 1874*, Imprenta de la República, Santiago, 1874, pp. 10 y 11. En la sesión 7º de 14 de mayo de 1870, se señala expresamente: “Puesto en discusión el inciso 10, tomando por base los incisos 11 i 12 del art 8º el Código Español”.

² Artículo 8º del Código Penal Español: “Están exentos de responsabilidad criminal: 11º: el que obra en cumplimiento de un deber, ó en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”. 12º: “El que obra en virtud de obediencia debida”. Esta redacción es la analizada por PACHECO, Joaquín, *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888, 6º ed., T.I, p. 174. De acuerdo con el autor, ambos numerales estarían inspirados en una misma idea, toda vez que “por ellos se exime de responsabilidad al que en el caso ordinariamente punible, sólo ha ejercido un derecho, o ha cumplido un deber (...) El que usa de su derecho no injuria á nadie; el que cumple con su deber, si algo merece por ello, es elogio, que no pena” PACHECO, cit. (n.2), p. 175. Coincide con esa apreciación -en cuanto al merecimiento de elogio y a comprender en este numeral también los actos ejecutados por subalternos obedeciendo órdenes de un superior- FERNÁNDEZ, Pedro, *Código Penal de la República de Chile esplicado i concordado*, Imprenta Barcelona, Santiago, 1899, 2º ed. p. 96. En COMISIÓN REDACTORA CÓDIGO PENAL CHILE, cit. (n.1), pp. 10 y 11, la Comisión Redactora del Código Penal sostuvo que “puesto en discusión el inciso 10, tomando por base los incisos 11 i 12 del art 8º el Código Español, el señor Abalos hace notar el grave inconveniente que resultaría de dejar subsistente la disposición del inciso 12. En primer lugar, da a todo subordinado el derecho de examinar la lejitimidad del mandato de su superior; principio cuyos resultados vendrían a ser la insubordinación basada hasta cierto punto en la lei. En segundo lugar, no constituye otra cosa que una repetición del inciso anterior redactado en términos que tienen los inconvenientes que se acaban de apuntar”. En atención a ello se “desecha” el inciso 12 y se acepta el inciso 11, quedando en definitiva el artículo 10 N°10 redactado en los términos en que se mantiene hasta la actualidad. Lo anterior significaría, para RODRÍGUEZ, Hernán, “El ejercicio legítimo de un derecho. Autoridad, oficio o cargo como eximiente de responsabilidad criminal”, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Editorial Universitaria. Santiago, 1964, p. 15, “la absoluta seguridad de que los actos ejecutados por los subalternos en obedecimiento de órdenes de sus superiores (...) se encuentran abarcados por la disposición en estudio”.

³ PACHECO, cit. (n.2), p. 174. Dentro de las concordancias del artículo 8 numerales 11 y 12 del Código Penal Español, cita el Digesto, “De regulis juris, 53, nullus videtur dolo facere qui son jure utitur” y las Partidas, “L. 5, tit. 15, P. VII. Fijo que estudiese en poder de su padre, o vasallo o siervo que estudiese en poder de su señor, o el que fuese menor de veinte y cinco años que oviese guardador, o el fraile, o el monge u otro religioso que estudiese si obediencia de su mayoral, cada uno de estos que ficiese daño en contra dotro, por mandato de auquel en cuyo poder estudiese, non serie él tenido de facer enmienda del daño que assi oviese hecho, mas aquel lo debe pechar por cuyo mandato lo fizo. Pero si alguno destos deshonrase o firiese o matase a otro, por mandato de aquel en cuyo poder estudiese, non se podrie escusar de la pena, por que non es tenido de obedecer su mandato en tales soas como estas: et si le obedeciese, et matase, o ficiese alguno de los otros yerros sobredichos, debe por ende haver pena, tambien como el otro que lo mandó facer..... Lib. 13, tit. 33, P. VII: Et aun decimos que el que fase alguna cosa por mandado del juzgador a quien ha de obedecer, non semeja que lo fase a mal entendimiento, porque aquel fase el daño que lo manda facer”. FERNÁNDEZ, cit. (n. 2), p. 97, además de mencionar la Partida 5ª del Título 15, se refiere a la lei 9ª, título 34, partida 7ª que establece: “el

chileno aceptaría “un hecho reconocido universalmente por todas las naciones civilizadas”⁴, al igual que casi todos los códigos latinoamericanos inspirados en el español⁵. Su fundamento estaría en el principio *nullus videtur dolo facere qui non jure utitur* (no parece que obra con dolo el que usa de su derecho)⁶.

En términos generales se ha considerado que la circunstancia contemplada en este artículo recogería casos de “conducta dentro de ley”⁷, dando cuenta de dos ideas dominantes y rectoras: deber y derecho⁸, que son “las dos caras que puede asumir una norma jurídica”⁹.

A partir del propio texto de la ley es posible distinguir dos grandes ideas: deber y derecho.¹⁰ En esta línea, se ha observado en España, con razón, que la redacción de la eximente podría simplificarse, “diciendo que está exento de responsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho”¹¹.

A continuación, se esboza una síntesis de lo que comprendería cada parte de la eximente.

En cuanto al “deber”, este implica ausencia de libertad de no realización, siendo obligatorio ejecutar una determinada conducta.¹² Así, “decir que x tiene un

que obedeciendo mandato de su señor o padre, hace cosa digna de pena, queda libre de ésta, pues que obró por voluntad de otro a quien debía obedecer, i es de presumirse que no lo hizo por la suya; la pena debe darse al que lo mandó”. Además, menciona los artículos 1456 y 1993 del Código Civil chileno, referidos al temor reverencial, y a los artículos 159, 226 y 252 del Código Penal chileno, referidos a la obediencia debida. RODRÍGUEZ, cit. (n.2), p. 12 cita, además del Derecho Romano, el Derecho Canónico, en el que quien ejercía su derecho no cometía delito alguno, como tampoco aquel que cumplía un deber impuesto por la ley.

⁴ VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado*, Imprenta de P. Cadot i Ca., Santiago, 1883, p. 106.

⁵ MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio, “Artículo 10 N°10”, en: POLITOFF, S.; ORTIZ, L. (Dirs.), MATUS, J.P. (Coord.) *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Libro Primero – Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, T.I, p. 153; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Editorial Jurídica, Santiago, 2004, T.I, p. 233.

⁶ VERA, cit. (n.4), p. 106.

⁷ NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Editorial Jurídica, Santiago, 2021, 3º ed., T.I, p. 372.

⁸ NOVOA, cit. (n.7), p. 372, distingue dos grupos: el cumplimiento de un deber, que abarca los casos en que la ley exige una conducta determinada; y el ejercicio de un derecho, contemplando en este segundo grupo los casos en que la ley permite determinadas conductas, por reconocer derecho, autoridad, oficio o cargo que facultan para ellas.

⁹ COUSÍNO, cit. (n.1), p. 438.

¹⁰ NOVOA, cit. (n.7), p. 372.

¹¹ CEREZO MIR, José, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 609.

¹² ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge, “Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos”,

derecho respecto de y con relación a cierta acción es equivalente a sostener que y tiene un deber respecto de x con relación a esa acción”. “Lo opuesto a un deber en el esquema de Hohfeld sería un privilegio, expresión que utiliza con un alcance similar al que Bentham le asigna a la expresión libertad. No obstante, en realidad lo ‘opuesto’ a un deber de x respecto de y con relación a la acción A no sería un privilegio de x respecto de y con relación a la acción A, sino un privilegio de x respecto de y con relación a la abstención de A. (...) Así, un deber de hacer A es equivalente a la ausencia de un privilegio (libertad, permisión) para abstenerse de A”¹³

Esta idea de “deber” será la que se empleará en el presente artículo para dar contenido a la primera parte de la eximente en estudio. En lo sucesivo, se empleará la expresión “deber en sentido estricto” o “restringido” o “reforzado”, para referirse al deber como sinónimo de conducta obligatoria.¹⁴

La segunda parte de la eximente se refiere al ejercicio legítimo de un “derecho”, “autoridad”, “oficio” y “cargo”. El presente artículo no hará mención al ejercicio legítimo de un “derecho”, por entender que dentro de este concepto quedarían comprendidos los demás (autoridad, oficio y cargo), en el entendido de que un derecho se refiere a la posibilidad de hacer algo, un poder jurídico.¹⁵

Revus, Journal for constitutional theory and philosophy of law, 2018, N°36: pp. 81-110, <https://journals.openedition.org/revus/4481?lang=fr>, consultada: 13 de diciembre 2023, p. 86.

¹³ ORUNESU y RODRÍGUEZ, cit. (n.5), p. 86.

¹⁴ No es el objeto central de este artículo referirse a las fuentes del deber; sin embargo, es posible señalar que gran parte de la doctrina nacional reconoce acertadamente a la ley como única fuente. Así, por ejemplo, LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, 9º ed. actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, T.I, p. 109, quien señala que la eximente contemplaría casos en que actos aparentemente delictuosos se imponen por la ley al sujeto. En similar sentido, MATUS y POLITOFF, cit. (n.5), pp. 153 y 154; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.5), p. 235. COUSÍNO, cit. (n.1), p. 440 entiende que el deber ha de cumplir con un tipo, y que existen deberes que al ser cumplidos llenan siempre un tipo legal, como es el caso del verdugo que ejecuta la pena de muerte, y mata a otro. Por otra parte, NOVOA, cit. (n.7), p. 372, ha admitido que actuaría amparado por esta eximente todo aquel que ejecuta lo que la ley ordena, resultando claro para la doctrina que no se trata de deberes morales. De acuerdo con NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal Chileno Parte General*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, 2º ed., T.I, p. 390, tampoco se trataría de deberes religiosos o afectivos. De acuerdo con MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno*. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 2º ed., p. 356, tampoco los consuetudinarios no reconocidos por la ley. Se trataría, en definitiva, de deberes directamente impuestos por normas jurídicas. En ese sentido, NOVOA, cit. (n.7), p. 372. En la misma línea COUSÍNO, cit. (n.1), p. 438, quien añade que la norma debe ser imperativa, cuyo incumplimiento acarrea sanciones. Si el deber es concebido como obligación potestativa, pasa a ser un derecho, una facultad. Agrega que estos deberes se encuentran dispersos en el ordenamiento, especialmente en el derecho administrativo, leyes orgánicas de servicios públicos, Código de Justicia Militar, etc.

¹⁵ SÁNCHEZ, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995, p. 70.

Tampoco se hará mención al ejercicio legítimo de un oficio, ya que esta expresión estaría más bien vinculada al ámbito privado y no al público.

Por lo tanto, las expresiones relevantes de la segunda parte de la eximente -para efectos de este artículo- serán “autoridad” y “cargo”, expresión esta última que en el derecho público “aparece fuertemente vinculada al desempeño de una función o empleo público desde el segundo tercio del siglo XIX”.¹⁶ El término ha sido confuso, incluso para la doctrina administrativa, pero al menos para efectos de interpretar la eximente en el CP español -que sirvió de inspiración a la redacción del artículo 10 N°10-, el significado adecuado es el referido al ejercicio de la función pública.¹⁷

Al respecto puede señalarse que, de acuerdo con la RAE, el concepto de autoridad corresponde a “(p)oder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho”,¹⁸ o “(p)otestad, facultad, legitimidad”,¹⁹ mientras que el cargo implica “(d)ignidad, empleo, oficio”.²⁰

Ejemplos de ejercicio legítimo de una autoridad serían el “capitán de un barco que imparte órdenes relativas al servicio de la nave y al orden y seguridad de los navegantes”,²¹ mientras que casos de ejercicio legítimo de un cargo, “el que desempeña funciones que legalmente le corresponden (...) (como el) policía”.²²

Debe mencionarse que el CP chileno emplea la conjunción disyuntiva “o”, cuando señala “el que obra en ejercicio (...) de una autoridad *o* cargo”. Ello podría ser indicativo de que puede escogerse cualquiera de las dos expresiones, siendo sinónimas. Sin embargo, a partir del ejemplo proporcionado -del capitán de barco y el policía-, podría sostenerse que el cargo siempre estará asociado a una función legalmente impuesta, mientras que la autoridad podría tener su sustento en la ley, o no. Así, en el caso del policía, éste puede poseer autoridad, la que a su vez deriva del cargo (y, por ende, de la ley), mientras que el capitán de barco actuaría amparado por el ejercicio legítimo de una autoridad, pero no por el ejercicio de un cargo ni de la ley. Por lo tanto, el cargo siempre supondría autoridad, pero la autoridad no siempre supondría cargo, de manera tal que no puede entenderse que ambas expresiones sean siempre sinónimas. Lo serán en el caso del funcionario público, pero no para el caso de un privado.

Por otra parte, es posible mencionar que, de acuerdo con la doctrina nacional,

¹⁶ SÁNCHEZ, cit. (n.15), p. 60.

¹⁷ SÁNCHEZ, cit. (n.15), pp. 60 y 61.

¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Autoridad”, primera acepción.

¹⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Autoridad”, segunda acepción.

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Cargo”.

²¹ NOVOA, cit. (n.7), p. 378.

²² NOVOA, cit. (n.7), p. 378.

esta parte de la eximente correspondería a una explicación del cumplimiento de un deber,²³ o un matiz de la idea del cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.²⁴ Obraría en dicho ejercicio legítimo “el que ejerce las facultades que le corresponden conforme a la autoridad de que está investido o al cargo que desempeña (...), o el que desempeña las funciones que legalmente le corresponden”,²⁵ o “una autoridad si, dentro de su ámbito de competencia legal y sobre la base de un interés social preponderante o equivalente, ha debido ejecutar una conducta típica para enfrentar una situación ilegítima que legalmente debe evitar o controlar”²⁶

Sin embargo, cuando la eximente es analizada desde la perspectiva de la función policial, parece más acertado afirmar que es el deber el que deriva de la autoridad o cargo, y no al revés, de manera tal que podría quedar en entredicho la afirmación acerca de que el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo es una explicación del cumplimiento de un deber, o un matiz de la idea del cumplimiento de un deber.

Lo que se sostiene en el presente artículo es que el cumplimiento de un deber (en sentido estricto) es un matiz del ejercicio de la autoridad o cargo, con alcances más precisos, circunscrito sólo a aquellos casos en que la ley imponga la ejecución de conductas típicas.²⁷ El deber deriva de la autoridad o cargo y no al revés (el

²³ GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica, Santiago, 2014, 4° ed. actualizada, T. II, p. 200. En la misma línea NÁQUIRA, cit. (n.14), p. 403, para quien normalmente, el interés social preponderante o equivalente es el orden público y la seguridad ciudadana, lo cual permite a la autoridad hacer uso razonable de la coacción o la fuerza. Añade que en el caso del cumplimiento de un deber existe expresamente una autorización para ejecutar una determinada conducta típica, mientras que en el ejercicio legítimo de una autoridad, sólo se ha establecido el bien o interés que ella está obligada a proteger. En tanto, RODRÍGUEZ, cit. (n.2), p. 35 estima que la actividad que implica autoridad en su ejercicio puede ser pública o privada, pero cuando es pública encuentra más adecuada acogida en el cumplimiento de un deber.

²⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, 3° ed. revisada y actualizada, T.I., p. 247. En la misma línea MATUS y POLITOFF, cit. (n.5), p. 156; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.5), p. 237; MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.14), p. 360. De ello también da cuenta COUSO, Jaime, “Artículo 10 N°10”, en: COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. (Dirs.) *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1° a 105) Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, p. 264. CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2020, 11° ed. revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez, T.I, p. 562, estima que se trata de una especificación del ejercicio legítimo de un derecho, affirmando que “la justificante se funda en que la autoridad, el oficio o el cargo implican ciertos derechos cuyo ejercicio legítimo justifica las conductas típicas que se ejecutan en razón de ellos”.

²⁵ NOVOA, cit. (n.7), p. 378.

²⁶ NÁQUIRA, cit. (n.14), p. 402.

²⁷ Por supuesto, también habrá deberes que no impliquen la realización de una conducta típica, como, por ejemplo, la redacción de un informe policial. Sin embargo, no se hace referencia a este tipo de conductas, en atención que no son relevantes para el análisis propuesto.

deber de detener, para el policía, deriva de su cargo de policía).

Sin embargo, esta afirmación sólo sería válida respecto de los deberes asociados a un cargo (como en el caso del policía), y no respecto de toda la gama de deberes que existen en el ordenamiento jurídico (deberes de los testigos de declarar en juicio, deberes de los padres respecto de sus hijos; etc.); así, si se estima que los deberes en general son una categoría más amplia que el ejercicio de una autoridad o cargo (circunscrita a aquellos establecidos por ley), ciertamente puede estimarse que el ejercicio legítimo del cargo podría ser más restringido, y, por ende, una manifestación del cumplimiento de un deber, con lo que la doctrina estaría en lo cierto.

Otra posibilidad para entender que dicha doctrina está en lo correcto, es entender que el concepto de deber empleado es un concepto amplio (“deber en sentido amplio”), al que se hará mención en breve, al revisar la finalidad, misión u objetivo policial. Si ello es así, por supuesto podría entenderse que el ejercicio legítimo de una autoridad o cargo es un matiz o manifestación del cumplimiento de un deber; sin embargo, ello no coincide con la perspectiva de análisis que acá se propone. Es por ello que en el presente artículo se seguirá sosteniendo que, al menos en el caso de los funcionarios policiales, el deber deriva de la autoridad o cargo, y no al revés.

De todas maneras, si se sigue la línea propuesta, acertada resultaría la opinión de la doctrina en cuanto afirma que la mayoría de los deberes se dirigirían a funcionarios públicos,²⁸ y a su respecto, comúnmente el deber presentaría al mismo tiempo aspecto de atribución o derecho.²⁹

A nivel jurisprudencial, respecto a actuaciones que afectan la vida o que afectan gravemente integridad de los ciudadanos,³⁰ la mayoría de los casos tratan de manera conjunta todas las hipótesis del numeral 10; sin embargo, es posible encontrar algunos fallos que realizan distinciones entre ambas hipótesis. Uno de ellos señala que “la causa de justificación alegada por la defensa se refiere a dos situaciones, a saber: ‘a) al que obra en cumplimiento de un deber; y b) al que

²⁸ MATUS y POLITOFF, cit. (n.5), p. 154; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.5), p. 235. Sostienen que en la generalidad de los casos se trataría de un “deber resultante de funciones públicas (actos de servicio), aunque reconocen excepciones como la descrita por NOVOA, cit. (n.7), p. 372, referida al testigo que declara en juicio y lesiona con ello el honor de otra persona. En el mismo sentido, COUSO, cit. (n.24), p. 261; MATUS y RAMÍREZ, cit. (n.14), p. 358. El ejemplo también es recogido por COUSÍÑO, cit. (n.1), p. 436 y por LABATUT, cit. (n.14), p. 109.

²⁹ NOVOA, cit. (n.7), p. 373.

³⁰ El presente artículo restringe su análisis a este tipo de afectaciones, en atención a que las posibilidades de bienes jurídicos afectados por actuaciones policiales son múltiples, siendo imposible abordar todas y cada una de ellas en un espacio acotado.

obra en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”³¹. Luego de ello, descarta la aplicación de ambas hipótesis, por considerar que no existe norma que obligue ineludiblemente a un funcionario de carabineros a impedir la fuga de un individuo mediante el uso de sus armas, descartando así el cumplimiento de un deber³² y descartando que el reo haya actuado en el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, ya que “no le ha sido lícito al reo disparar su arma cuando tuvo a su alcance otros medios eficaces para obtener el cumplimiento de su misión policial”³³.

Al menos en un caso, la jurisprudencia pareciera haber seguido la interpretación de Etcheberry, al señalar que “la eximente (...) exige para que concurra, que el orden jurídico permita expresamente la realización de actos típicos o confiere una autorización de tal naturaleza, que ordinariamente deberá ejercerse mediante la realización de actos típicos, lo que se traduce en que es requisito para que opere que exista un derecho (Etcheberry, obra citada, página 224), derecho que en su ejercicio debe ser legítimo, manifestándose así el deseo del legislador de privar de justificación a quien se excede en el uso de sus facultades, enfatizando así la aserción de que todo derecho tiene un límite más allá del cual no existe como tal (Derecho Penal, Tomo I, del Profesor Enrique Cury)”.³⁴

³¹ Corte Marcial, 30 de diciembre de 1959, Revista de derecho, jurisprudencia y ciencias sociales y Gaceta de los Tribunales, tomo LVI números 1 y 2 (1959), enero a abril, sección cuarta, pp. 285-291, considerando 10°. El caso dice relación con un cabo que disparó a un sujeto que huía, “haciéndole puntería a los pies y consiguiendo herirlo de muerte”. Se sostuvo que “no ha actuado en cumplimiento de un deber, ya que no existe norma que obligue ineludiblemente a un funcionario de carabineros a impedir la fuga de un individuo mediante el uso de sus armas, máxime cuando la situación y circunstancias que rodearon estos hechos no lo exigía perentoriamente” (considerando 11°). Añade la resolución que y “que tampoco puede aceptarse que el reo haya actuado en el ejercicio de un derecho, autoridad, oficio o cargo, por cuanto si se estimara que el cabo Ulloa Bao disparó su carabina como un medio de hacer respetar su autoridad policial y de obtener la obediencia de la orden que verbalmente le dio al occiso de detenerse, no le ha sido lícito al reo disparar su arma cuando tuvo a su alcance otros medios eficaces para obtener el cumplimiento de su misión policial, como era en este caso la ayuda de sus compañeros (...) que andaban montados y armados y se trataba de aprehender a un individuo que no portaba armas y que huía a peno campo en lugar distante apenas tres kilómetros del retén San Fabián” (considerando 12°). Sobre los razonamientos de este fallo se profundizará a lo largo de este capítulo, ya que posee varios pasajes de interés.

³² Corte Marcial, cit. (n.20), considerando 11°.

³³ Corte Marcial, cit. (n.20), considerando 12°.

³⁴ Corte Suprema, 29 de marzo de 2000, Rol N°2894-2000, Gaceta Jurídica N°249 (2001) marzo, pp. 113-120, considerando 6°, p. 117. Los hechos concretos que dan lugar a estos razonamientos dicen relación con una detención practicada por funcionarios de la Policía de Investigaciones, habiendo sido engañados por su superior, quien les hizo creer que existía orden de detención, en circunstancias que no era así. La mujer detenida interpuso una querella criminal por violación, tortura y apremios ilegítimos contra los funcionarios aprehensores, y el superior obligó a los subalternos a que manifestaran que, si

En España, Sánchez ha abordado el punto, al tratar el uso de armas como manifestación del ejercicio legítimo del cargo. Para la autora, ambas partes de la eximente se delimitan en función de una serie de elementos. Así, por ejemplo, respecto al contenido de cada parte de la eximente, afirma acertadamente que el deber implica necesidad o sujeción, por lo que es irrenunciable,³⁵ mientras que el ejercicio de una autoridad o cargo, al ser una manifestación de ejercicio de un derecho, tiene un componente asociado a un poder jurídico de hacer, y al mismo tiempo posee naturaleza de deber.³⁶ En ese sentido, da cuenta de la discusión en España, donde parte de la doctrina niega sustancialidad propia al ejercicio legítimo de un cargo, entendiendo que se trata de una manifestación del cumplimiento de un deber o del ejercicio de un derecho, mientras que otra estima que la justificante posee autonomía, siendo una mezcla entre derechos y deberes.³⁷ La autora analiza la opinión del Tribunal Supremo Español, que ha sostenido que, “aunque ambas partes de la eximente no coindicen plenamente, sí se produce un solapamiento entre ambas, cuando es la autoridad quien desempeña un cargo público”.³⁸

Ahora bien, “(d)entro de la esfera del ejercicio legítimo del cargo, parece derivarse el adjetivo ‘público’”;³⁹ en ese contexto, en el marco del ejercicio legítimo del cargo de los policías, Nacarino cita dos supuestos: en primer lugar, los casos en que la ley otorga facultades a la policía, “que pueden incidir sobre diferentes derechos y libertades de los ciudadanos pero sin que exista obligación para ello (...) (como ocurriría con el) cacheo o la identificación”.⁴⁰ En segundo lugar, existiría la referencia a obrar en el cumplimiento de un deber, “puesto que practicar una detención a la que se está obligado implica también ejercer legítimamente un

los citaban a declarar, negaran haberla detenido y traído a Santiago (considerando 1º, p. 115).

³⁵ SÁNCHEZ, cit. (n.15), p. 52. En similar sentido, MIR PUIG, Santiago; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Artículo 20”, en: CORCOY, M. y MIR PUIG, S. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 116, para quienes “el presupuesto básico es la concurrencia de un deber específico de lesionar el bien jurídico vulnerado”, añadiendo que “[e]n principio, la ley sólo establece deberes específicos de lesionar bienes jurídicos para quienes ejercen determinados cargos públicos (p. ej., para las fuerzas de orden público, para los Tribunales o para los funcionarios de prisiones)”.

³⁶ SÁNCHEZ, cit. (n.15), pp. 70-74.

³⁷ SÁNCHEZ, cit. (n.15), pp. 70 y 71.

³⁸ SÁNCHEZ, cit. (n. 15), pp. 71 y 72. Por su parte, NACARINO, José María, “Obrar en el cumplimiento de un deber por las fuerzas y cuerpos de seguridad (Correcta utilización de la fuerza policial)”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015, p. 186 constata que es complejo definir los supuestos contemplados por cada parte de la eximente contemplada en el artículo 20.7.

³⁹ NACARINO, cit. (n. 38), p. 187.

⁴⁰ NACARINO, cit. (n. 38), p. 187.

cargo”.⁴¹ Esta clasificación parece del todo acertada, y sobre ella se profundizará en breve.⁴²

Resumiendo, la primera parte de la eximente, referida a “cumplimiento de un deber” da cuenta de la idea de “deber”, abarcando casos en que la ley exige -y no sólo permite- una conducta determinada,⁴³ existiendo “expresamente una autorización a su titular o persona obligada para ejecutar una conducta típica”.⁴⁴ La norma, en estos casos, sería de carácter imperativo, y su incumplimiento tendría sanciones.⁴⁵ Por lo tanto, en estos casos el actuar típico estará expresamente indicado.⁴⁶

La segunda parte de la eximente, en tanto, referida a “ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”, da cuenta de la idea de “derecho”, en que la ley ya no exige, sino que permite determinadas conductas,⁴⁷ por reconocer derecho, autoridad, oficio o cargo que facultan a actuar.⁴⁸ En estos casos, el sujeto actúa en cumplimiento de un “deber general”, el que sólo ha establecido el bien o interés que el sujeto está obligado a proteger (v. gr. el orden público).⁴⁹ Por lo tanto, en estos casos no existirá una actuación típica exigida por la ley.

Así, se aprecia una diferencia evidente entre ambas partes de la eximente.

A continuación, se profundizará en el segundo aspecto que ha sido abordado con poca rigurosidad, a saber, las diferentes ideas que subyacen dentro del concepto de “deber”.

⁴¹ NACARINO, cit. (n. 38), p. 187.

⁴² Sin embargo, no se comparte la conclusión a la que llega el autor citado, cuando establece que la mayoría de las actuaciones policiales habrán de ser analizadas al alero del cumplimiento de un deber (y no del ejercicio legítimo de una autoridad o cargo), en NACARINO, cit. (n.38), p. 189.

⁴³ NOVOA, cit. (n. 7), p. 372.

⁴⁴ NÁQUIRA, cit. (n. 14), pp. 403 y 404. Para el autor, además, esta distinción es la que le permite sostener que el cumplimiento de un deber corresponde a un caso de atipicidad, mientras que el ejercicio legítimo de una autoridad corresponde a una causa de justificación, opinión a la que en esta investigación no se adhiere. El autor pone como ejemplos de esta hipótesis, la detención y el allanamiento; sin embargo, como se verá a lo largo de la investigación, el allanamiento (entrada y registro) es una actuación facultativa y no obligatoria, de acuerdo a lo establecido en los artículos 204 y siguientes del CPP.

⁴⁵ O al menos ello sería lo esperable, de acuerdo con COUSÍÑO, cit. (n.1), p. 438.

⁴⁶ Matiza esta idea ETCHEBERRY, cit. (n. 24), p. 243, para quien el actuar típico puede estar expresamente indicado o no. Se aprecia, por tanto, una diferencia con la opinión de Náquira y Novoa.

⁴⁷ NOVOA, cit. (n. 7), p. 372.

⁴⁸ NOVOA, cit. (n. 7), p. 372.

⁴⁹ NÁQUIRA, cit. (n. 14), pp. 403 y 404.

III. LAS DIVERSAS NOCIONES DE “DEBER” QUE CONVIVEN EN EL ARTÍCULO 10 N° 10: EL DEBER COMO “FINALIDAD” O COMO “ACTUACIÓN” POLICIAL

En el presente apartado se propondrá analizar el concepto de deber desde dos perspectivas diferentes: por una parte, el “deber en sentido amplio”, el que se identificará con la finalidad policial; y, por otra el “deber en sentido estricto, restringido o reforzado”, el que se considerará sinónimo de actuación policial concreta de carácter obligatorio exigida por ley. Ambos deberes se encuentran establecidos en el ordenamiento jurídico nacional, obedeciendo a categorías que no están expresamente identificadas, y que acá se propone distinguir.

A continuación, se explicará que habrá de entenderse por cada uno de estos conceptos, para luego revisar cuál sería la importancia de la clasificación.

3.1.- Finalidad policial

En la presente investigación se sugiere que la finalidad policial se encuentra descrita en dos niveles: a nivel constitucional, donde es posible entender la finalidad como una “misión” u objetivo” abstracto; y a nivel legal, en que la finalidad se plasmaría de forma algo más concreta, en una especie de “rol”.

Las instituciones a las que está referida esta finalidad son las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas (en adelante “FOSP”), es decir, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 101 inciso segundo de la Constitución Política de la República (CPR).

3.1.1.- Finalidad como misión u objetivo

La “finalidad” como “misión u objetivo” se encuentra descrita a nivel constitucional en el artículo 101 inciso segundo de la CPR y consiste en dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior.⁵⁰

A continuación, se explica qué habrá de entenderse por “dar eficacia al derecho” y por “garantizar el orden público y la seguridad pública interior”, las finalidades descritas a nivel constitucional.

⁵⁰ Lo anteriormente señalado es sin perjuicio de que el DL de la PDI en su artículo 4 señale que la “misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público”. De acuerdo con lo que se propone en la presente investigación, la investigación de delitos corresponde a “rol” policial, y no a “misión” u “objetivo”, aunque evidentemente, el ejercicio del rol de investigar delitos permitirá dar cumplimiento a la finalidad. Esta interpretación es coherente con lo señalado en el artículo 79 del CPP, que será analizado en los párrafos siguientes.

a) “*Dar eficacia al derecho*”

De acuerdo con la RAE, eficacia es la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”.⁵¹

En el contexto analizado, la eficacia debe vincularse al derecho, es decir, a normas jurídicas.

Ahora bien, se ha observado que cuando se analiza este concepto, suele confundirse con términos tales como validez, vigencia u obligatoriedad.⁵² En efecto, Weber asocia la eficacia de la norma a uno de los elementos necesarios para la legitimidad de un orden; así, “señala dos elementos para la legitimidad: que se cumpla con un orden en un grado significativo (eficacia de la norma), y que los sujetos lo consideren como obligatorio o válido, “[l]o que equivale a establecer la siguiente ecuación: ‘legitimidad = eficacia + validez’”⁵³.

Kelsen, en tanto, ha situado los conceptos de validez y eficacia desde otra perspectiva, afirmando que “la eficacia es condición de validez, pero no es igual a ella,⁵⁴ toda vez que el fundamento de la validez no es la eficacia, sino “la norma básica, que se presupone cuando un orden coactivo generalmente eficaz es interpretado como un sistema de normas jurídicas válidas”.⁵⁵ La validez consistiría en la existencia específica de la norma, esto es, en el mundo del “deber ser”, en contraposición al mundo del “ser,” al mundo de los hechos. La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia.⁵⁶

Respecto a la eficacia, Kelsen distingue entre acatamiento y aplicación de la norma, según el tipo de norma de que se trate.⁵⁷ Así, el derecho es eficaz cuando se hace uso de la facultad o del permiso otorgados por el derecho, y de esta manera se aplica el derecho, o cuando se observa la prohibición establecida por el derecho y de esta manera se obedece o se acata el derecho.⁵⁸

⁵¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Eficacia”.

⁵² HERNÁNDEZ, Armando, *Eficacia constitucional y Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015, en línea: https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH17.pdf, consultada: 02 de octubre de 2023, p. 12.

⁵³ MARTÍNEZ-FERRO, Hernán, “Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del Estado de Max Weber”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, vol. 12, N°1: pp. 405-427, en línea: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018, consultada: 15 de septiembre 2023, p. 416.

⁵⁴ KELSEN, Hans, “Validez y eficacia en el derecho”, en: KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, R. (Edits.), *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 49-74, p. 71.

⁵⁵ KELSEN, cit. (n.54), p. 73.

⁵⁶ HERNÁNDEZ, cit. (n.52), p. 13.

⁵⁷ KELSEN, cit. (n.54), p. 61.

⁵⁸ KELSEN, cit. (n.54), p. 71.

Así la cosas, siguiendo a Kelsen, Hernández afirma que “la validez de una norma jurídica depende de que la misma haya sido creada bajo las formas o procedimientos legalmente previstos, (...) mientras que la condición de eficacia de la norma necesariamente implica que ésta produzca efectos reales y concretos en la sociedad, (...) [en] el mundo de los hechos”.⁵⁹

En el específico contexto policial, se ha sostenido acertadamente que “la policía existe para dar eficacia al derecho, esto es, cumplir y hacer cumplir la ley (...)"⁶⁰ Para ello, “los organismos encargados de hacer cumplir la ley de todo el mundo disponen de numerosos medios legales [tales como] el empleo de la fuerza y de armas de fuego, el arresto y la detención, y el registro y la incautación”.⁶¹

Así, es posible afirmar que esta primera finalidad o misión encomendada a las FOSP, implica llevar a cabo determinadas actuaciones que deben tener por objetivo la aplicación de las normas, para que estas produzcan los efectos para los que fueron dictadas.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, una de las formas de dar eficacia del derecho, era dar auxilio a la función jurisdiccional, es decir “servir de eficiente auxilio a los tribunales para el cumplimiento de sus resoluciones”.⁶²

En Chile, la función jurisdiccional se vio reforzada al consagrarse a nivel constitucional -en 1980- el imperio o facultad de hacer ejecutar lo juzgado, siendo esta facultad “la vinculación más directa de los órganos jurisdiccionales con las fuerzas de orden y seguridad pública, que constituyen un elemento integral del Estado y derivan de su estructura política misma”,⁶³ afirmándose que ni el Estado de Derecho ni la administración de justicia existirían sin policía.⁶⁴

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, el Código Procesal Penal (CPP) en el artículo 79 establece el rol de la policía en el procedimiento penal, señalando que la PDI “será auxiliar del ministerio público

⁵⁹ HERNÁNDEZ, cit. (n.52), pp. 14 y 15.

⁶⁰ SOTO, Daniel, “Derechos humanos aplicables a la función policial. Material de Apoyo Docente. Escuela de Carabineros del General Carlos Ibáñez del Campo”, 2013, en línea: https://www.movilh.cl/documentacion/Manual_de_DDHH_de_Carabineros.pdf, consultada: 13 de septiembre 2023, p. 57.

⁶¹ DE ROVER, Cees, *Servir y proteger: derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad*, CICR, Ginebra, 2017, Edición revisada y actualizada por Anja Bienert, en línea: <https://www.icrc.org/es/publication/servir-y-proteger-derecho-de-los-ddhh-y-derecho-humanitario-para-las-fuerzas-de-policia>, consultada: 15 de septiembre 2023, p. 265.

⁶² PORTALES YEFI, Jaime, “Relación de la fuerza pública con la justicia”, *Revista Chilena de Derecho*, 1993, Vol. 20, N° 2-3: pp. 617-625, en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649774>, consultada: 15 de septiembre 2023, p. 624.

⁶³ PORTALES, cit. (n. 62), p. 617.

⁶⁴ PORTALES, cit. (n. 62), p. 617.

en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código”, en tanto que Carabineros, “en el mismo carácter de auxiliar del ministerio público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere”.

Es el CPP el que detalla cómo se materializa la facultad de coercibilidad, detallando y regulando “las atribuciones policiales para detener, identificar testigos, requerir la identidad de las personas, registrar vestimentas, equipaje y vehículos, y entrar y registrar lugares cerrados”⁶⁵. En efecto, en el párrafo 3º titulado “La Policía”, el CPP contempla entre los artículos 79 a 92 una serie de disposiciones referidas, por una parte, al rol de la policía en el procedimiento penal (como el artículo 79), y, por otra parte, a la forma en que debe actuar la policía, ya sea bajo la subordinación del Ministerio Público (artículos 80, 87), o de manera autónoma (artículos 83, 85, 89).

De esta forma, el artículo 79 del CPP establece que PDI -y también Carabineros, cuando el Ministerio Público lo disponga- serán auxiliares del Ministerio Público en las tareas de investigación, llevando a cabo diligencias, específicamente para esclarecer los hechos que se investiguen e identificar a los partícipes en ellos (arts. 180 y 181 del CPP).

Ello es coherente con lo establecido en las respectivas leyes orgánicas de las policías:

En efecto, la LOC Carabineros en su artículo 4º establece que “Carabineros de Chile prestará a las autoridades judiciales el auxilio de la fuerza pública que éstas soliciten en el ejercicio de sus atribuciones. Además, colaborará con los fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos cuando así lo dispongan”.⁶⁶

Por su parte, el artículo 4º del DL 2460 de la PDI, establece que la misión fundamental de la PDI es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales;⁶⁷ mientras que el artículo 1º bis señala que sus acciones se orientarán a la investigación especializada de todos los delitos, especialmente aquellos complejos y relacionados con el crimen organizado.⁶⁸ En similar sentido, el artículo 5 establece que corresponde en especial a la PDI dar cumplimiento a las órdenes emanadas del Ministerio Público para los efectos de la investigación.⁶⁹

Esta primera dimensión podría asociarse a la idea de “hacer cumplir la ley”,

⁶⁵ SOTO, cit. (n. 60), p. 76.

⁶⁶ Ley N°18.961 de 1990, artículo 4º.

⁶⁷ Decreto Ley N°2460 de 1979, artículo 4º.

⁶⁸ Decreto Ley N°2460 de 1979, artículo 1º bis.

⁶⁹ Decreto Ley N°2460 de 1979, artículo 5º.

es decir, que la policía colabore en el objetivo de que el ciudadano cumpla la ley. De todas formas, para el policía esta dimensión implicará al mismo tiempo “cumplir la ley” (la ley que le ordena auxiliar a los tribunales o al Ministerio Público) y “hacer cumplir la ley” (que el ciudadano cumpla la ley).

También, existe una segunda dimensión de dar eficacia al derecho, que implica “cumplir la ley”. En este sentido, se ha afirmado que dar eficacia al derecho implica que éste sea acatado con sentido de justicia, es decir, que los ciudadanos y los destinatarios de las normas obedezcan las leyes, por lo que los propios encargados de esta tarea deben ser los primeros en cumplirlas, toda vez que un Estado de Derecho exige que todos, sin excepción, se sometan a la ley.⁷⁰ Lo anterior se traduce en que la policía debe ajustar sus actuaciones a lo que el ordenamiento jurídico señala, “a sus contenidos y a los límites que fijan su marco”.⁷¹ De esta forma, no se estaría dando eficacia al derecho cuando la fuerza pública no hace cumplir la ley, y tampoco cuando la propia fuerza pública no la cumple.⁷² Podría sostenerse que esta dimensión abarcaría tanto las normas destinadas a cualquier ciudadano (por ejemplo, “no robar”), así como aquellas destinadas específicamente a los funcionarios policiales (como por ejemplo “detener a quien comete un delito en flagrancia” o “no torturar”).

b) *“Garantizar el orden público y la seguridad pública interior”*

Para tener claridad respecto a qué es lo que deben garantizar las FOSP, resulta evidente que es necesario esclarecer conceptos. Sin embargo, el concepto de “orden público” no es claro oívoco, no ha sido definido “por la Constitución ni la ley, y la doctrina coincide en que es un concepto difuso, amplio e impreciso”.⁷³

La falta de claridad respecto al concepto, puede venir dada por el hecho de que se trataría de un concepto jurídico indeterminado, es decir, que debe ser concretizado por el funcionario policial, y que supone la realización de interpretación de la ley.⁷⁴ Esta clase de conceptos evitarían “un casuismo excesivo”.⁷⁵

⁷⁰ PORTALES, cit. (n. 62), p. 624.

⁷¹ PORTALES, cit. (n. 62), p. 624.

⁷² PORTALES, cit. (n. 62), p. 624.

⁷³ CAVADA, Juan Pablo, “Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública Doctrina y jurisprudencia. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional”, 2019, [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%A9C3%BAblica%20y%20orden%20p%C3%A9C3%BAblico_JPC%20\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%A9C3%BAblica%20y%20orden%20p%C3%A9C3%BAblico_JPC%20(1).pdf), consultada: 08 de septiembre 2023, p. 1.

⁷⁴ SÁNCHEZ, cit. (n. 15), p. 126.

⁷⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Universidad Complutense, Madrid, 1980, p. 123.

En el intento de elaborar un concepto, existiría una doctrina clásica, apoyada por la jurisprudencia, “que vincula el concepto de Orden Público a una función de protección, permitiendo limitar la autonomía de la voluntad en interés de la comunidad, frente a los excesos en que puedan incurrir los particulares al considerar sólo sus intereses en los actos que realizan”⁷⁶; y otra doctrina que define el concepto a partir del artículo 24 de la CPR, señalando que sería “la tranquilidad que resulta del respeto de la ordenación colectiva, manifestado en el correcto ejercicio de la autoridad pública moviéndose dentro de su respectiva órbita y en el fiel cumplimiento por los gobernados de las órdenes por ella impartida”⁷⁷.

También se ha considerado que el concepto de orden público posee un sentido material y uno jurídico formal. El sentido material implica un estado de hecho opuesto al desorden y en el que se integran tres referentes: la tranquilidad, la seguridad y la salubridad pública. En el sentido jurídico formal la noción de orden público se vincula al respeto y observancia de normas y principios esenciales que se consideran necesarios para la convivencia pacífica en sociedad.⁷⁸ Esta última interpretación se acerca bastante a la analizada previamente, a propósito de dar eficacia al derecho.

Camacho sostiene que para las diversas disciplinas jurídicas el concepto de orden público tendrá diversa funcionalidad, indicando que, en derecho penal, los artículos 139, 339 y 494 del CP sancionan el desorden y tumulto relacionados con la libertad de culto, tranquilidad pública y el derecho de manifestación y reunión.⁷⁹

En esa línea, se añade, sin embargo, que en el ámbito del derecho penal no se ha encontrado una definición precisa de orden público y las que se han encontrado no son necesariamente coincidentes entre sí.⁸⁰

Desde la perspectiva penal, podría afirmarse que los “excesos en que puedan incurrir los particulares al considerar sólo sus intereses en los actos que realizan” vendrían dados –a lo menos, aunque no únicamente⁸¹– por conductas constitutivas

⁷⁶ CAVADA, Juan Pablo, “Delitos contra el orden público. Chile y legislación extranjera. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional”, 2020, en línea: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28287/2/BCN_Delitos_contra_el_Orden_Publico_Chile_y_legislacion_extranjera.pdf, consultada: 08 de septiembre 2023, p. 1.

⁷⁷ CAVADA, cit. (n. 76), p. 1. El artículo 24 de la CPR establece: El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

⁷⁸ CAMACHO, Gladys, “La actividad sustancial de la administración del Estado”: en PANTOJA, R. (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, T.IV, p. 99.

⁷⁹ CAMACHO, cit. (n. 78), p. 99.

⁸⁰ CAVADA, cit. (n. 76), p. 1.

⁸¹ Se acota el análisis a estos supuestos, ya que ampliarlo a todos los alcances del concepto de orden

de los delitos que el ordenamiento jurídico ha considerado como atentatorios contra el orden público -de forma similar a como lo sostiene Camacho-, aun cuando el propio ordenamiento no otorgue una definición de lo que entiende por tal. Así, por ejemplo, debiese considerarse el título sexto del Libro II del CP “(d) e los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, que contempla delitos tales como atentados contra la autoridad o desórdenes públicos; y aquellos contemplados en el título III de la Ley N°12.927, sobre seguridad interior del estado, que sanciona en su artículo 6 conductas tales como provocar desórdenes o actos de violencia que alteren la tranquilidad pública; paralizar, dañar, destruir o interrumpir medios empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública; destruir, inutilizar o impedir el libre acceso a bienes de uso público; etc.

Ahora bien, poner el foco en las conductas que atentan contra el orden público, exemplificando con los tipos penales reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional, tiene el problema de comprender una serie de conductas muy disímiles entre sí. En efecto, como observa Villegas, existen algunos aspectos llamativos, como tener conductas que atentan contra este bien jurídico tanto en el CP, así como en la Ley de Seguridad Interior del Estado (LSE). Un segundo aspecto llamativo es que dentro de la propia LSE existan “figuras que atentan contra el orden Público (...) cuyo contenido es muy dispar: desde conductas que importan el ejercicio de violencia, pasando por el tráfico de armas, hasta delitos de expresión”.⁸²

De todas formas, de lo dicho podría desprenderse que, al menos para efectos de la misión de las FOSP, el concepto de orden público podría vincularse a la idea de interés de la comunidad, seguridad, tranquilidad y salubridad pública. En efecto,

público excede los propósitos del artículo. En ese sentido, el artículo no busca profundizar en todos los alcances del concepto de orden público, sino únicamente vincular la idea de deber a la función policial.

⁸² VILLEGRAS, Myrna, “Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2023, vol. XXXVI, N° 1, pp. 307-327, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v36n1/0718-0950-revider-36-01-307.pdf>, consultada: 25 de octubre 2023, p. 311. Sobre el primer problema, la autora observa que existe una “‘conveniente’ confusión entre delitos contra la seguridad interior y delitos contra el orden público, similar a la contenida en el CP español de 1944, que se ve atizada por la indeterminación tanto del concepto de seguridad interior del Estado, como del orden público” (op. cit. p. 312) y añade que “[e]n nuestra escasa literatura nacional de la LSE González, Mera y Vargas defienden la idea de un orden público digno de ser protegido mediante una ley de seguridad interior del Estado, toda vez que ‘esta tranquilidad pública [...] no es una cualquiera, sino la tranquilidad pública en un régimen democrático de gobierno, tranquilidad que, en consecuencia, tiene como telón de fondo la protección de los derechos de las personas’. Similar, pero a la inversa, ETCHEBERRY, cit. (n. 24), p. 314 sostiene que los desórdenes públicos del art. 269 del Código Penal no atentan contra las bases mismas de la sociedad, sino que corresponden a alteraciones pasajeras de la tranquilidad, que no procuran trastornar el orden establecido. Luego, para este sector pareciera que el ‘orden público’ protegido por la LSE es diferente, y supondría una alteración más o menos permanente de la tranquilidad pública, capaz de poner en jaque la estabilidad del Estado.

se ha sostenido que, al ser un concepto demasiado amplio, el mantenimiento del orden público por parte de la policía debiera vincularse a un ámbito concreto, que es el mantenimiento del orden en espacios públicos, “normalmente [aunque no únicamente] ante la concurrencia de una pluralidad de personas con propósitos que pueden ser muy diversos”.⁸³

Ahora bien, identificar el concepto de orden público con el de tranquilidad pública, aunque inicialmente pareciera resolver el problema de la indeterminación del concepto, en realidad no lo haría, toda vez que “reconduce a un concepto también indeterminado, el de tranquilidad pública, que si bien depura al concepto de orden público de connotaciones políticas o ideológicas, permitiendo identificarlo con un orden público material digno de tutela penal, tampoco ofrece criterios de medición objetivos que permitan distinguir cuando la alteración es permanente o pasajera”.⁸⁴

Finalmente, se ha destacado que el orden público “se entiende generalmente como límite al ejercicio de derechos y asume una importancia particular con referencia a los derechos de libertad asegurados constitucionalmente”.⁸⁵

Para efectos del análisis de los distintos tipos de deberes, en el presente artículo se vinculará el concepto de orden público a la idea de tranquilidad pública, especialmente relacionada con el mantenimiento del orden en espacios públicos, “normalmente ante la concurrencia de una pluralidad de personas con propósitos que pueden ser muy diversos”.⁸⁶

Otro tanto ocurre con el concepto de “seguridad pública interior”, respecto del cual tampoco existe uniformidad, por lo que muchas veces se asimilan conceptos tales como ‘seguridad ciudadana’, ‘orden público’ y ‘seguridad humana’, por mencionar algunas de las dimensiones de esta problemática”.⁸⁷

En ese sentido, se ha señalado que existe una noción amplia de seguridad

⁸³ GUILLÉN, Francesc, “Modelos de policía y seguridad”, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/291813/fgl1de1.pdf>, consultada: 04 de octubre 2023, p. 131. En este sentido, el autor destaca que la idea de orden público está vinculada al concepto de masa, por lo que “constituye un núcleo fundamental del orden público el ejercicio del derecho de reunión y manifestación”.

⁸⁴ VILLEGAS, cit. (n. 82), p. 314.

⁸⁵ DE VERGOTTINI, “Orden público”, en: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Eds.), *Diccionario de política*, Siglo veintiuno editores, México D.F., 2015, p. 1087.

⁸⁶ GUILLÉN, cit. (n. 83), p. 131. En este sentido, el autor destaca que la idea de orden público está vinculada al concepto de masa, por lo que “constituye un núcleo fundamental del orden público el ejercicio del derecho de reunión y manifestación”.

⁸⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Ministerios de Seguridad Pública. Dependencia y control sobre los cuerpos de seguridad pública Análisis de la experiencia comparada. Asesoría técnica parlamentaria”, 2019, en línea: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26870/1/Ministerios_de_Seguridad_Publica._Dependencia_y_control_de_fuerzasEditpar_GF.pdf, (consultada: 23 de octubre 2023), p. 2.

pública, que se identifica con la idea de seguridad humana, concepto que es integrado a su vez por componentes que van desde la seguridad política a la seguridad ambiental; y una noción restringida, “que se presenta en aquellos escenarios signados por una respuesta coercitiva del Estado”,⁸⁸ y que parte de la concepción del Estado como “detentador del monopolio legítimo de la fuerza en un territorio dado”,⁸⁹ siguiendo el pensamiento de Weber.⁹⁰

En efecto, para Weber, este concepto implica un deber del Estado, de “asegurar la tranquilidad y la paz de la comunidad y mantener libre y exento de peligro, daño o riesgo el normal ejercicio de los derechos y deberes por gobernantes y gobernados en todo el territorio de la República”.⁹¹

Que el Estado tenga este deber se explica en atención a que éstos fueron creados por las sociedades organizadas con el objeto de dejar atrás la autotutela, confiriéndole a éste el ejercicio monopólico de la fuerza, “por lo que tiene bajo su responsabilidad el garantizar la seguridad de los habitantes de la nación frente a eventuales conflictos o amenazas, sean internas o externas”.⁹²

Por otra parte, se ha sostenido que, con el constitucionalismo moderno, desde fines del siglo XVII, la seguridad aparece como uno de los elementos propios de un Estado de Derecho, junto con la libertad y la igualdad, siendo la seguridad “la consecuencia de la vigencia plena e integral del derecho; tal como sucede con la libertad y la igualdad que son producto de la realización y verificación efectiva del fenómeno jurídico”.⁹³

⁸⁸ MOLOEZNICK, Marcos, “Seguridad interior, un concepto ambiguo”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2019, vol. 13, N°44, pp. 147-182, <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v13n44/1870-2147-rius-13-44-147.pdf>, consultada: 23 de octubre 2023, p. 150.

⁸⁹ MOLOEZNICK, cit. (n.88), p. 150.

⁹⁰ En esta línea, VÁSQUEZ, René, “Weber y su concepción de la democracia posible”, *Andamios, Revista de Investigación Social*, 2006, vol. 3, N°5, pp. 213-236, <https://www.scielo.org.mx/pdf/anda/v3n5/v3n5a11.pdf>, consultada: 10 de octubre 2023, p. 225, quien menciona que Weber enumera las funciones primordiales del Estado, y que serían las siguientes: establecimiento del derecho (función legislativa), la protección de la seguridad y el orden públicos (policía), defensa de los derechos (justicia), cuidado de la higiene, educación, etcétera, (diferentes ramas de la administración), y especialmente la protección respecto del extranjero (milicia).

⁹¹ WEBER, Max, *Estructuras de Poder*, Editorial La Pleyade, Buenos Aires, 1977, p. 53, la concibe como “la probabilidad de imponer la voluntad dentro de una relación social aún contra toda resistencia”.

⁹² MARTINIC, Cynthia, “La seguridad nacional en el sistema normativo actual chileno: Análisis en relación con las recientes oportunidades en que ha sido invocada”, *Anuario De Derechos Humanos*, 2021, vol. 17, N°1, pp. 57–67, <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/59440>, consultada: 23 de octubre 2023, p. 58.

⁹³ GARCÍA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Editorial Adrus, Arequipa, 2010, en línea: <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Seminarios/Dialogo-Electoral/dialogo-electoral-25-04-2018.pdf>, consultada: 23 de octubre 2023, p. 161.

También se ha afirmado que la seguridad pública y la seguridad ciudadana serían conceptos constitutivos de la seguridad interior,⁹⁴ el que a su vez formaría parte de un concepto más amplio, el de seguridad nacional.⁹⁵

El concepto de seguridad ciudadana ha sido reconocido por la CIDH, entendiendo por tal una “situación social en la que todas las personas pueden gozar libremente de sus derechos fundamentales, a la vez, que las instituciones públicas tienen la suficiente capacidad, en el marco de un Estado de Derecho, para garantizar su ejercicio y para responder con eficacia cuando estos son vulnerados”.⁹⁶ La seguridad ciudadana sería una dimensión de la seguridad humana, y la obligación de los Estados de brindarla surgiría de diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su artículo 3 establece que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que señala que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que toda persona tiene el derecho a la libertad y a la seguridad personales; y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.⁹⁷

“Por su parte, la seguridad pública podría entenderse como aquella que apunta a salvaguardar no sólo la integridad y derechos de las personas sino también las libertades, el orden y la paz públicos”.⁹⁸

Es posible constatar que, aunque el concepto de seguridad pública interior tiene algunas intersecciones con el del orden público -llegando incluso a usarse como sinónimos, como se señaló-, pareciera que acá el foco está en la protección de una específica forma de tranquilidad para la comunidad, y no de cualquier atentado en contra de dicha tranquilidad.

En esta línea, se ha sostenido que la defensa de la seguridad pública “es una actividad dirigida a la consolidación del orden público”.⁹⁹

⁹⁴ RAMÍREZ, Felipe; RAMÍREZ, Diego, “La importancia de la Seguridad Pública”, 2023, en línea: <https://www.revistarosa.cl/2023/04/24/importancia-seguridad-publica/>, consultada: 25 de octubre 2023.

⁹⁵ RAMÍREZ, Felipe; RAMÍREZ, Diego, “Seguridad Nacional: mucho más que FF.AA.”, 2023, en línea: <https://www.revistarosa.cl/2023/04/03/seguridad-nacional-ffaa/>, consultada: 25 de octubre 2023.

⁹⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos (OEA)”, 2009, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>, consultada: 02 de octubre 2023, p. 9.

⁹⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, cit. (n. 96), p. 7.

⁹⁸ RAMÍREZ y RAMÍREZ, cit. (n. 94).

⁹⁹ BOVA, Sergio, “Policía”, en: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Eds.), *Diccionario de política*, Siglo veintiuno editores, México, 2015, p. 1204.

Finalmente, la seguridad pública interior se distingue, además, de la defensa nacional, cuyo resguardo al menos en Chile está encomendado a las Fuerzas Armadas y no a las FOSP. La defensa nacional “dice relación con la acción del Estado para mantener la independencia política del país y su integridad territorial, así como para proteger a su población frente al uso de la fuerza o a la amenaza del uso de la fuerza por parte de actores internacionales. Considera el conjunto de medios materiales, humanos y morales que una nación puede oponer a las amenazas de un adversario en contra de tales bienes y de sus intereses. Su propósito es contribuir al logro de una condición de seguridad externa tal que el país pueda lograr sus objetivos libre de interferencias exteriores”.¹⁰⁰

La seguridad pública interior, por lo tanto, será entendida como una obligación del Estado, de “asegurar el normal ejercicio de los derechos y deberes por gobernantes y gobernados en todo el territorio de la República”,¹⁰¹ siendo, por tanto, “una actividad dirigida a la consolidación del orden público”.¹⁰²

3.1.2.- *Finalidad como rol policial*

Se estima que la “finalidad” necesariamente habrá de materializarse ejerciendo funciones descritas de forma más concreta, no bastando la mera descripción de una misión u objetivo.

De esta manera, el “rol policial” podría estar dado por lo descrito en el artículo 2 bis de la LOC de Carabineros -incorporado por la Ley N°21.427 de 16 de febrero de 2022-, que establece que Carabineros “está al servicio de la comunidad y sus acciones se orientarán a la prevención de delitos”, o en el artículo 1° bis del DL 2460 de la PDI – también incorporado por la Ley N°21.427 de 16 de febrero de 2022- que establece que las acciones de la PDI se orientarán a la investigación especializada de todos los delitos, especialmente aquellos complejos y relacionados con el crimen organizado, contribuyendo a evitar la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos del Estado. Por otra parte, el artículo 5° primera parte establece que “corresponde en especial a Policía de Investigaciones de Chile contribuir al mantenimiento de la tranquilidad pública; prevenir la perpetración de hechos delictuosos y de actos atentatorios contra la estabilidad de los organismos fundamentales del Estado”.

El artículo 79 del CPP, en tanto, establece el rol de la policía en el

¹⁰⁰ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, CHILE, “Libro de la Defensa Nacional”, 2017, en línea: <https://digitalcommons.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=srhreports>, consultada: 23 de octubre 2023.

¹⁰¹ WEBER, cit. (n. 91), p. 53.

¹⁰² BOVA, cit. (n. 99), p. 1204.

procedimiento penal, señalando que la PDI “será auxiliar del ministerio público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código”, en tanto que Carabineros, “en el mismo carácter de auxiliar del ministerio público, deberá desempeñar las funciones previstas en el inciso precedente cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere”.

3.2.- Actuación policial concreta

En segundo lugar, se propone hacer referencia a “actuación policial concreta” para hacer mención a actuaciones específicas, ya no descritas en un plano abstracto. Estas actuaciones permiten concretar roles como “servir la comunidad”, “prevenir delitos”, etc., y así alcanzar la misión institucional de dar eficacia al derecho o garantizar el orden público. Algunas de estas actuaciones podrían ser: la detención, el uso de agentes encubiertos, el control preventivo, el uso de armas menos letales para controlar una protesta, etc.

En el ordenamiento jurídico chileno existe una variedad de casos en que la ley describe expresamente actuaciones en que siempre se afectará algún bien jurídico, como la libertad, intimidad o propiedad, definiendo algunas de ellas como facultativas, y otras como obligatorias. Existen, en cambio, casos en que la ley describe únicamente el objetivo a alcanzar, sin explicitar qué actuaciones concretas debiesen ser ejecutadas. A partir de esta constatación, se propone clasificar las actuaciones policiales al menos en dos categorías, relevantes desde la perspectiva de la eximente en estudio: actuaciones obligatorias, descritas expresamente a nivel legal (como una detención en caso de flagrancia); y actuaciones facultativas, no descritas expresamente a nivel legal (como la dispersión de una manifestación, empleando -por ejemplo- armas menos letales).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN EN NIVELES DIFERENCIADOS Y REPERCUSIONES PRÁCTICAS

Si bien es cierto, pudiera pensarse que la distinción entre finalidad y actuación no es relevante, ya que, al fin y al cabo, los deberes están descritos en cualquiera de los niveles, ya sea de forma amplia o de forma restringida y la conducta podría resultar justificada, sin importar qué parte de la eximente se tenga en consideración, se estima pertinente efectuar precisiones en la materia, toda vez que la primera parte de la eximente obedece a la lógica del cumplimiento de un deber, de una obligación de ejecutar una conducta típica descrita por la ley, mientras que la segunda obedece a la perspectiva del ejercicio de un derecho o una facultad derivada de un cargo o autoridad, sin que exista obligación de ejecutar una conducta típica.

Como se sostuvo, el deber en sentido “amplio” comprendería la finalidad,

a nivel de objetivo o misión y rol, mientras que el deber en sentido “estricto”, “restringido” o “reforzado” sólo comprendería las actuaciones concretas obligatorias exigidas por la ley, aunque obviamente su fundamento esté dado igualmente por la finalidad de la función policial.

Hacer esta distinción al alero de la eximente reviste importancia, ya que es posible identificar al menos tres escenarios diversos de interacción de ambas partes de la justificante, según el tipo de actuación de que se trate:

Así, en primer lugar, cuando el funcionario policial lleve a cabo una conducta típica, ejecutando aquello expresamente exigido por la ley (como una detención), obrará en cumplimiento de un deber (empleando, como ya se ha sostenido, un concepto restringido de deber o de “deber en sentido estricto o restringido”).¹⁰³

En segundo lugar, si para cumplir el deber (también en sentido estricto o restringido) se emplea una medida que esté autorizada pero que no sea obligatoria, (como, por ejemplo, disparar un arma de fuego para detener, afectando gravemente la integridad o la vida del ciudadano) habrá que analizar la situación al alero de la eximente de ejercicio de una autoridad o cargo. Así, aunque se constate que el deber de detener está establecido en la ley de forma obligatoria, el funcionario tendrá que efectuar una ponderación de la necesidad y proporcionalidad de la medida empleada para concretar la actuación (disparar), no siendo suficiente -para efectos de justificar la conducta del policía- argumentar que actuó en cumplimiento del deber de detener.

Cabe mencionar que se hace referencia a la necesidad y proporcionalidad, ya que estos han sido los elementos que la doctrina ha reconocido que deben concurrir para la aplicación de la eximente en cuestión.¹⁰⁴

En tercer lugar, si el funcionario policial actúa en virtud de facultades establecidas por la ley, con miras a “dar eficacia al derecho” o a “garantizar el orden o seguridad pública”, o a “prevenir delitos” (es decir, a “cumplir el deber en sentido amplio”), sin que se exija la ejecución de una conducta típica específica,

¹⁰³ Podría sostenerse que obra al mismo tiempo en ejercicio legítimo de una autoridad o cargo, toda vez que el deber deriva del caro o autoridad específica de que se trata, o porque dicho deber en sentido estricto se ejecuta para cumplir un “deber en sentido amplio”, entendido como finalidad. Si ello fuere así, de todas maneras, no cabría exigirle al funcionario que pondere la necesidad de la medida, toda vez que la ponderación ya la efectuó el legislador.

¹⁰⁴ COUSIÑO, cit. (n. 1), p. 441 se refiere a que deben concurrir “mesura” y “prudencia”, ya que no existe autorización para un ejercicio abusivo, “agregando al hecho la violencia innecesaria, infamia o escarnio. Todo exceso o extralimitación (...) elimina *eo ipse* la justificación”. POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, cit. (n. 5), p. 235 señalan que debe concurrir “adecuación” y “proporcionalidad” (en similar sentido MATUS y POLITOFF, cit. (n.5), p. 154) y que “el empleo innecesario de violencia (por ejemplo, frente a un delincuente que no opone resistencia) no estaría amparado por la justificante”. Por su parte, NOVOA, cit. (n.7), pp. 378 y 379 señala que el empleo de la fuerza debe limitarse a lo estrictamente indispensable y a los casos en que sea necesaria.

(por ejemplo, cuando se disperse una protesta que se ha salido de control –y que por ende altera el orden público–), empleando un arma menos letal se obrará únicamente al alero del ejercicio legítimo de una autoridad o cargo, y no en virtud del cumplimiento de un deber.

Las repercusiones de ello son, al menos, las siguientes: cuando se trata de deberes en sentido estricto o actuaciones concretas ordenadas por la ley, que implican la realización de un hecho típico, si se argumenta que el funcionario policial actuó amparado por la eximente del artículo 10 N°10 bastará con acreditar la existencia de dicho deber, pudiendo afirmar que el legislador, además, ya efectuó una ponderación entre los bienes jurídicos protegidos y aquellos que se ven afectados con la actuación. Es decir, el funcionario habrá de establecer que existe un supuesto de hecho, para luego actuar, con respeto a los principios que deben guiar su actuación. De ahí la relevancia de que estas actuaciones estén descritas sólo a nivel legal y no en normas infra legales.

En cambio, cuando ya no se trata de una actuación típica obligatoria, sino de una efectuada al alero de una facultad derivada de su autoridad o cargo, la construcción de la eximente se tornará más compleja, toda vez que el funcionario actúa bajo el paraguas de un deber establecido en sentido amplio. En ese caso, el funcionario debe evaluar primero si se da un supuesto de hecho para poder actuar, y luego además debe ponderar qué tipo de actuación puede llevar a cabo. En este segundo caso, el riesgo de error del funcionario es mayor. Dicho riesgo se incrementará cuando la actuación concreta no esté regulada a nivel legal, sin tener opciones que sean igualmente válidas para elegir alguna.

En ese sentido, puede resultar más simple determinar cuándo se está en presencia de un delito flagrante, porque dicho supuesto está descrito en la ley, para –acto seguido– proceder a efectuar una detención, que es la actuación específicamente establecida para esa clase de supuesto de hecho. Ello sería así porque, al menos en teoría, en las hipótesis de potestad reglada la propia ley señalaría de forma detallada cómo cumplir con el mandato.

En cambio, resultará más “complejo” determinar cuándo se está en presencia de actos que atenten contra el orden público, porque ello no se ha descrito en la ley, y porque -además- “orden público” es un concepto indeterminado. Por otra parte, luego de analizar si se está en presencia de ese complejo supuesto de hecho, no existe una actuación específica definida por la ley para que el funcionario logre el objetivo (como sí ocurría en el caso de la detención en flagrancia). De esta manera, será el funcionario policial quien deba ponderar, de acuerdo a criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, si la medida empleada para ejecutar una actuación concreta (por ejemplo, dispersar una manifestación, disparando un arma menos

letal, resguardando así el orden público) resulta aplicable o no.¹⁰⁵

Así, no bastaría para aplicar la primera parte de la eximente, la referencia a un deber en sentido amplio o genérico,¹⁰⁶ mientras que, en los casos de aplicación de la segunda parte de la eximente, referida a ejercicio de una autoridad o cargo, sí bastará la referencia a deberes de dicha clase.¹⁰⁷ Es decir, no podría sostenerse que el disparo con un arma menos letal a un manifestante -en caso de resultar justificado- lo está en cumplimiento de un deber (artículo 10 N°10 primera parte),

¹⁰⁵ Si bien es cierto, existe regulación respecto al resguardo del orden público y al uso de armas, dicha regulación no tiene carácter legal. Discutible también, en opinión de la autora, es que tengan incluso rango reglamentario. Lo que la ley sí regula en estos casos, es la finalidad que debe perseguirse, y los principios que deben guiar las actuaciones de ambas policías. En ese sentido, el artículo 2º quáter de la LOC N°18.961 y el artículo 1º ter del DL 2460, establecen una norma específica sobre uso de la fuerza. La norma en cuestión reza: “[La Policía de Investigaciones de Chile o Carabineros de Chile, según el caso], como institución integrante de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, se encuentra autorizada para hacer uso de la fuerza, cuando sea estrictamente necesaria y en la proporción o medida requerida para el desempeño de las funciones policiales. Con todo, siempre en la medida de lo posible, se preferirá la utilización de medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza”. Las normas de rango infra legal, que pueden mencionarse por vía de ejemplo son: Circular N°1832 del Ministerio del Interior, de marzo de 2019 sobre uso de la fuerza, que establece protocolos para el resguardo del derecho de manifestación y para el restablecimiento del orden público. Dentro de esta categoría se regula la intervención en manifestaciones, el trabajo de vehículo lanza agua, de vehículo táctico de reacción, el empleo de disuasivos químicos, escopeta antidisturbios (munición no letal) y armas de fuego; Orden N°2870 de 2021, que derogó y actualizó los protocolos establecidos en la Orden General N°2635 referidos al mantenimiento y restablecimiento del orden público; Orden N°2780, que actualiza el protocolo 2.8. referido al empleo de escopeta antidisturbios; Orden General N°2490 de 11 de mayo de 2017, que aprueba el “Manual de Técnicas de Intervención Policial para Carabineros de Chile. Nivel 1”, que contiene las técnicas de reducción y uso de la fuerza para casos en que sea necesaria una detención, de conformidad a los artículos 129 y 134 del Código Procesal Penal; Orden General N°2604 de 12 de julio de 2019, que aprueba la Política de respeto y promoción de los DDHH en la PDI; y la Orden General N°2816 de 24 de noviembre de 2023, que deroga la Orden General N°2615 de 2 de octubre de 2019, y aprueba instrucciones que regulan el uso de la fuerza en la PDI.

¹⁰⁶ Respecto al cumplimiento de un deber genérico, ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1875-1986*, Parte General y Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, T.IV, p. 198, comentando la sentencia de la Corte Marcial de 30 de diciembre de 1959, observa que en la resolución “se reafirma la idea de que no basta la existencia de un deber genérico, sino que es preciso que éste imponga precisamente la obligación de ejecutar actos típicos, o lo haga imprescindible.

¹⁰⁷ En este sentido, NÁQUIRA, cit. (n.14), pp. 403 y 404 sostiene que los casos de ejercicio de una autoridad o cargo son ejemplos de deberes generales. Así, respecto al deber de proteger el orden público, sostiene: “en los casos de ejercicio legítimo de una autoridad, ésta actúa en cumplimiento de un deber general, el que sólo ha establecido el bien o interés que ella está obligada a proteger (...) la autoridad policial, a través de sus distintos representantes, tiene como una de sus misiones preocuparse y garantizar el orden público y la seguridad ciudadana. Para cumplir este cometido de carácter social, la ley proporciona a la autoridad, si fuere precisa o necesaria, la posibilidad de hacer uso de la fuerza, aunque sin describir o tipificar las situaciones que lo justifiquen; lo cual se explica por el carácter incierto o variado que pueden presentar”.

sino que debiera aplicarse exclusivamente la segunda parte, toda vez que el funcionario ha ejercido legítimamente una autoridad o cargo, sin que exista un deber específico (entendido como actuación policial concreta regulada en la ley) de “dispersar empleando armas menos letales”. El deber, en este caso, es un deber en sentido amplio, entendido como finalidad, a saber, resguardar el orden público.

La existencia de esta clasificación, basada en dos clases de normas ha sido reconocida también en España, distinguiendo entre normas que simplemente asignan funciones, como por ejemplo, las funciones que la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana encomienda a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las que permiten “utilizar las potestades que otorga el carácter de agente de la Autoridad [y que] puede ser el desencadenante de una situación en la que quepa aplicar la eximente [del artículo 20.7 del CP español]”,¹⁰⁸ y otras que autorizan expresamente a utilizar la fuerza, como “el artículo 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que impone la obligación a los componentes de Policía Judicial de proceder a la detención en caso de que se produzca un delito”.¹⁰⁹

En aquellos casos en que se autorice expresamente el uso de la fuerza no habrá mayor problema de interpretación para identificar el deber, mientras que “las dudas surgirán en los supuestos contemplados en el primer grupo (es decir, casos en que sólo existe una norma habilitadora), puesto que el uso de la fuerza se deberá valorar en cada caso”.¹¹⁰

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

a) Doctrina

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, “Ministerios de Seguridad Pública. Dependencia y control sobre los cuerpos de seguridad pública Análisis de la experiencia comparada. Asesoría técnica parlamentaria”, 2019, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26870/1/Ministerios_de_Seguridad_Publica_Dependencia_y_control_de_fuerzasEditpar_GF.pdf, consultada: 23 de octubre 2023.

BOVA, Sergio, “Policía”, en: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Eds.), *Diccionario de política*, Siglo veintiuno editores, México, 2015, pp. 1203- 1209.

CAMACHO, Gladys, “La actividad sustancial de la administración del Estado”: en PANTOJA, R.

¹⁰⁸ NACARINO, cit. (n.38), p 326.

¹⁰⁹ NACARINO, cit. (n. 38), p. 328.

¹¹⁰ NACARINO, cit. (n. 38), p. 328. Añade que “el supuesto habilitante nos proporciona la llave para abrir la puerta a la posibilidad de utilizar la fuerza en el cumplimiento de los deberes del cargo y con los requisitos establecidos. Si no se dispone de esta llave y se echa la puerta abajo, la actuación es ilegítima desde el inicio y por tanto no se podrá aplicar la eximente”.

- (coord.), *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Santiago, 2010, T.IV.
- CAVADA, Juan Pablo, “Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública Doctrina y jurisprudencia. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional”, 2019, [https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%BAblica%20y%20orden%20%C3%BAblico_JPC%20\(1\).pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28056/1/Concepto%20de%20calamidad%20p%C3%BAblica%20y%20orden%20%C3%BAblico_JPC%20(1).pdf), consultada: 08 de septiembre 2023.
- CAVADA, Juan Pablo, “Delitos contra el orden público. Chile y legislación extranjera. Asesoría Técnica Parlamentaria, Biblioteca del Congreso Nacional”, 2020, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/28287/2/BCN_Delitos_contra_el_Orden_Publico._Chile_y_legislacion_extranjera.pdf, consultada: 08 de septiembre 2023.
- CEREZO MIR, José, *Derecho Penal Parte General*, BdeF, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos (OEA)”, 2009, <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/SEGURIDAD%20CIUDADANA%202009%20ESP.pdf>, consultada: 02 de octubre 2023.
- COMISIÓN REDACTORA CÓDIGO PENAL CHILE, *Proyecto del Código Penal. Actas del Código Penal 1874*, Imprenta de la República, Santiago, 1874.
- COUSO, Jaime, “Artículo 10 N°10”, en: COUSO, J. y HERNÁNDEZ, H. (Dirs.) *Código Penal Comentado. Libro Primero (Arts. 1º a 105) Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, pp. 260-266.
- COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica, Santiago, 1979, T.II.
- CURY, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2020, 11º ed. revisada, actualizada y con notas de Claudio Feller y María Elena Santibáñez, T.I.
- DE ROVER, Cees, *Servir y proteger: derecho de los derechos humanos y derecho humanitario para las fuerzas de policía y de seguridad*, CICR, Ginebra, 2017, Edición revisada y actualizada por Anja Bienert, <https://www.icrc.org/es/publication/servir-y-proteger-derecho-de-los-ddhh-y-derecho-humanitario-para-las-fuerzas-de-policia>, consultada: 15 de septiembre 2023.
- DE VERGOTTINI (2015): “Orden público”, en: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. (Eds.), *Diccionario de política*, Siglo veintiuno editores, México, pp. 1086-1087.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1875-1986*, Parte General y Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, T.IV.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 1997, 3º ed. revisada y actualizada, T.I.
- FERNÁNDEZ, Pedro, *Código Penal de la República de Chile esplícado i concordado*, Imprenta Barcelona, Santiago, 1899, 2º ed.
- GARCÍA, Víctor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Editorial Adrus, Arequipa, 2010, <https://www.web.onpe.gob.pe/modEducacion/Seminarios/Dialogo-Electoral/dialogo-electoral-25-04-2018.pdf>, consultada: 23 de octubre 2023.
- GARRIDO, Mario, *Derecho Penal Parte General*, Editorial Jurídica, Santiago, 2014, 4º ed. actualizada, T.II.
- GUILLÉN, Francesc, “Modelos de policía y seguridad”, Tesis doctoral, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015, <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/291813/fgl1de1.pdf>, consultada: 04 de octubre 2023.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Universidad Complutense, Madrid, 1980.
- HERNÁNDEZ, Armando, *Eficacia constitucional y Derechos Humanos*, Comisión Nacional

- de los Derechos Humanos, México, 2015, https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH17.pdf, consultada: 02 de octubre de 2023.
- KELSEN, Hans, “Validez y eficacia en el derecho”, en: KELSEN, H.; BULYGIN, E.; WALTER, R. (Edits.), *Validez y eficacia del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, pp. 49-74.
- LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, Editorial Jurídica, Santiago, 2005, 9º ed. actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, T.I.
- MARTÍNEZ-FERRO, Hernán, “Legitimidad, dominación y derecho en la teoría sociológica del Estado de Max Weber”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2010, vol. 12, N°1: pp. 405-427, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792010000100018, consultada: 15 de septiembre 2023.
- MARTINIC, Cynthia, “La seguridad nacional en el sistema normativo actual chileno: Análisis en relación con las recientes oportunidades en que ha sido invocada”, *Anuario De Derechos Humanos*, 2021, vol. 17, N°1, pp. 57-67, <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/59440>, consultada: 23 de octubre 2023.
- MATUS, Jean Pierre; POLITOFF, Sergio, “Artículo 10 N°10”, en: POLITOFF, S.; ORTIZ, L. (Dirs.), MATUS, J. P. (Coord.) *Texto y comentario del Código Penal Chileno*, Libro Primero – Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, T.I, pp. 153-157.
- MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Manual de Derecho Penal Chileno*. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 2º ed.
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, CHILE, “Libro de la Defensa Nacional”, 2017, <https://digitalcommons.fiu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2714&context=srhreports>, consultada: 23 de octubre 2023.
- MIR PUIG, Santiago; GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Artículo 20”, en: CORCOY, M. y MIR PUIG, S. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 97-123.
- MOLOEZNIK, Marcos, “Seguridad interior, un concepto ambiguo”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, 2019, vol. 13, N°44: pp. 147-182, <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v13n44/1870-2147-rius-13-44-147.pdf>, consultada: 23 de octubre 2023.
- NACARINO, José María, “Obrar en el cumplimiento de un deber por las fuerzas y cuerpos de seguridad (Correcta utilización de la fuerza policial)”, tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2015.
- NÁQUIRA, Jaime, *Derecho Penal Chileno Parte General*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, 2º ed., T.I.
- NOVOA, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Editorial Jurídica, Santiago, 2021, 3º ed. T.I.
- ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge, “Una revisión de la teoría de los conceptos jurídicos básicos”, *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, 2018, N°36: pp. 81-110, <https://journals.openedition.org/revus/4481?lang=fr>, consultada: 13 de diciembre 2023.
- PACHECO, Joaquín, *El Código Penal concordado y comentado*, Imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1888, 6º ed., T.I.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General, Editorial Jurídica, Santiago, 2004, Tomo I.
- PORTALES YEFI, Jaime, “Relación de la fuerza pública con la justicia”, *Revista chilena de derecho*, 1993, vol. 20, N° 2-3: pp. 617-625, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649774>, consultada: 15 de septiembre 2023.
- RAMÍREZ, Felipe; RAMÍREZ, Diego, “Seguridad Nacional: mucho más que FF.AA.”, 2023

- a), <https://www.revistarosa.cl/2023/04/03/seguridad-nacional-ffaa/>, consultada: 25 de octubre 2023.
- RAMÍREZ, Felipe; RAMÍREZ, Diego, “La importancia de la Seguridad Pública”, 2023 b), <https://www.revistarosa.cl/2023/04/24/importancia-seguridad-publica/>, consultada: 25 de octubre 2023.
- RODRÍGUEZ, Hernán, “El ejercicio legítimo de un derecho. Autoridad, oficio o cargo como eximiente de responsabilidad criminal”, tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Editorial Universitaria. Santiago, 1964.
- SÁNCHEZ, María Isabel, *Ejercicio legítimo del cargo y uso de armas por la autoridad*, J.M. Bosch, Barcelona, 1995.
- SOTO, Daniel, “Derechos humanos aplicables a la función policial. Material de Apoyo Docente. Escuela de Carabineros del General Carlos Ibáñez del Campo”, 2013, https://www.movilh.cl/documentacion/Manual_de_DDHH_de_Carabineros.pdf, consultada: 13 de septiembre 2023.
- VILLEGAS, Myrna, “Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2023, vol. XXXVI, N° 1, pp. 307-327, <https://www.scielo.cl/pdf/revider/v36n1/0718-0950-revider-36-01-307.pdf>, consultada: 25 de octubre 2023.
- VÁSQUEZ, René, “Weber y su concepción de la democracia posible”, *Andamios, Revista de Investigación Social*, 2006, vol. 3, N°5: pp. 213-236, <https://www.scielo.org.mx/pdf/anda/v3n5/v3n5a11.pdf>, consultada: 10 de octubre 2023.
- VERA, Robustiano, *Código Penal de la República de Chile comentado*, Imprenta de P. Cadot i Ca., Santiago, 1883.

b) Legislación

Código Penal de Chile

c) Jurisprudencia

Corte Marcial, 30 de diciembre de 1959, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y ciencias sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LVI (1959), núm. 1 y 2, enero a abril, sección cuarta, pp. 285-291.

Corte Suprema, 29 de marzo de 2000, Rol N°2894-2000, *Gaceta Jurídica*, 2001, N°249, marzo, pp. 113-120.

d) Otras fuentes

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Autoridad”, <https://dle.rae.es/autoridad>, consultada: 24 de enero 2024.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Cargo”, <https://dle.rae.es/cargo>, consultada: 24 de enero 2024.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, “Eficacia”, <https://dle.rae.es/eficacia>, consulta: 20 de octubre 2023.



El contenido de la *Revista de Derecho Universidad de Concepción* se publica bajo la licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional, y puede usarse gratuitamente, dando los créditos a los autores y a la revista, conforme a esta licencia.