ANÁLISIS SOBRE PROYECTOS DE LEY QUE BUSCAN RESGUARDAR EL ORDEN PÚBLICO POR MEDIO DE LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

El presente informe se realiza en el marco de contrato firmado con fecha 10 de marzo del 2016, entre el Comité de Senadores del Partido Demócrata Cristiano y el Centro Democracia y Comunidad.

Prestación de servicios a honorarios del Centro Democracia y Comunidad, serán prestados en las condiciones que requieran los Senadores, ya sea en servicios de asesorías en elaboración de propuestas de asesorías legislativas permanente y confección de informes de seguimiento de tramitación de leyes.

Los servicios se prestarán en las condiciones que se requieran; mediante documentos, preparación o participación en informes, minutas, correos electrónicos, trabajos de todo tipo de soporte u otros semejantes; comparecencia personal en reuniones de trabajo o colaboración en actividades en terreno o similares, o consultas verbales, sean personales, telefónicas o de índole análoga.

Ya que la asesoría que presta la CDC para el Comité de Senadores del Partido Demócrata Cristiano es de confianza y de que las obras a que pueda dar origen se producirán por encargo de los Senadores para quedar a disposición de este Comité con vista al ejercicio de su labor parlamentaria, el Centro de Estudios acepta que no le son aplicables las disposiciones de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

I. ALCANCES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.

II. ANÁLISIS DE PROYECTOS DE LEY QUE BUSCAN RESGUARDAR EL ORDEN PÚBLICO POR MEDIO DE LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL.

§ 1. Modificaciones sustantivas.

§ 2. Modificaciones procesales.

CONCLUSIÓN

REFERENCIAS

INTRODUCCIÓN

Lo acontecido en los últimos años a consecuencia de las grandes diferencias sociales, económicas y culturales producidas con el desarrollo de un modelo extendido de relaciones, y que ha llevado a la explosión de protestas o reclamos públicos de derechos que asumen diferentes formas generadoras de situaciones conflictivas de dispar intensidad, y que en nuestro caso en particular se ha manifestado en marchas masivas en espacios públicos que obstaculizan el tránsito, tanto peatonal como vehicular, y en las ocasiones más tensas, en cortes de rutas y ocupación no autorizada de espacios privados y edificios públicos; ha llevado a poner nuevamente como tema de discusión la idea de la presencia de un fenómeno social constante pero analizado y mal solucionado por los distintos gobiernos que han debido o están enfrentándolo. Hacemos referencia al "reclamo de derechos por vías no institucionales y en ocasiones en los límites de la legalidad"[1], proceso más bien conocido en la dogmática penal como derecho a la protesta social.

En este escenario, el anhelo de todo Estado de Derecho es construir y mantener un sistema con instituciones que no hagan necesario concurrir a vías no institucionales para lograr satisfacer los reclamos. Debido a que la idea precedente no es factible de concretar en la realidad y además como las aspiraciones de los ciudadanos también son imposibles de satisfacer en su integridad, es que nuestro sistema democrático reconoce el denominado derecho a la protesta social, concepto fundamental para una sociedad en donde la vida en comunidad se busca que sea armónica e igualitaria. Empero, muchas veces los medios utilizados colisionan con otros intereses y derechos, dando lugar a un cuestionamiento sobre las herramientas estatales para restringir dichas manifestaciones, llegando incluso, en algunas ocasiones, a intentar criminalizar siendo la principal herramienta utilizada para gestar este actuar el Derecho penal por medio del argumento de ayudar en la seguridad ciudadana a través del fortalecimiento del orden público.

Ello produce que en la actualidad el principio de legalidad se vea seriamente amenazado por una concepción surgida en el centro de las políticas de Estado y que se acerca en demasiada cuantía a un modelo policial de relaciones y que produce, en síntesis, una sociedad en donde la seguridad y la lucha interminable contra el delito son el bastión principal en los discursos de índole normativo; sin tener reparo alguno en renunciar a los obstáculos que impone la potestad punitiva que detenta el Estado.

De esta forma, hemos observado una deformación y perversión de todos los principios e ideas estructuradoras que cimientan un Derecho penal de las garantías de los individuos; ello se ha visto materializado en un lento pero contundente proceso de criminalización poco justificado de ciertas conductas que no son subsumibles en bien jurídico alguno, produciendo una lógica de punición de

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho y protesta social* en BERTONI, EDUARDO (compilador), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América latina* (Buenos Aires, Centro de estudios en libertad de expresión y acceso a la información, Universidad de Palermo, 2010), p. 15.

ciertos comportamientos por el solo hecho de contravenir las pautas o modelos de la conducta media esperada, lo que lleva a una anticipación de las barreras de protección jurídica a voluntades del individuos que no importan una situación objetiva de lesión o puesta en peligro de aquello considerado por la sociedad como fundamental para un vivir digno.

Y esto será lo que justamente analizaremos en las siguientes páginas, es decir, confrontaremos el cómo la noción de orden público es utilizada en ciertas iniciativas legislativas con la finalidad reprimir ciertas expresiones que según aquellos que concentran los distintos poderes del Estado, afectan los intereses mayoritarios.

I. ALCANCES GENERALES SOBRE LA REGULACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO.

El año 2011 ha sido considerado como uno de los momentos determinantes en lo que a reivindicaciones sociales masivas (tanto de índole política como económica) se refiere en nuestra realidad nacional, sobre todo si tenemos en cuenta, que dichas manifestaciones se relacionaron con un aspecto fundamental en todo Estado social y de Derecho que busca cumplir a cabalidad tanto en lo adjetivo como en lo sustancial tal identificación. Hacemos referencia a la garantía fundamental de una educación con determinados estándares de calidad y en donde la inclusión social se transforme en un aspecto fundamental de tal derecho.

Dichas reclamaciones, que se llevaron a cabo por vías no institucionales, condujeron de forma inexorable a una serie de encuentros de opinión con el gobierno de turno, situación que tuvo como consecuencia, que estas discusiones se encuadraran bajo la denominación de conflicto estudiantil. Dicha concretización de las garantías fundamentales de reunión y libertad de expresión conllevó a una serie de conductas, tanto en lugares públicos como privados, que derivaron en ilícitos penales y enfrentamientos con las fuerzas de seguridad pública de nuestro país.

De esta forma, la noción de orden público y seguridad ciudadana comenzaron a tomar una importancia relevante en la agenda mediática gubernamental y ciudadana de aquel momento (cuestión que no se ha detenido en la actualidad), tomando preponderancia el rol que debía asumir el Estado al respecto, teniendo como antecedente los cortes de rutas y las reuniones públicas que obstaculizaban el tránsito vehicular llevadas a cabo por distintos grupos sociales a lo largo del territorio nacional; incluyendo además la ocupación no autorizada de edificios de uso público y privado.

Todas estas circunstancias produjeron que el día 04 de octubre de 2011 se ingresara a la Cámara de Diputados un proyecto de ley, a través de un Mensaje Presidencial (número196-359 de 27 de septiembre de 2011), que pretendía fortalecer el resguardo del orden público (Boletín 7975-25 del mismo año), proyecto que había sido firmado por los entonces Ministro del Interior y Seguridad Pública, señor Rodrigo Hinzpeter: del Ministro de Justicia, señor Teodoro Ribera y del Presidente de la República, señor Sebastián Piñera.

El fundamento principal de dicha iniciativa legislativa, consistía en sancionar efectivamente a quienes cometen delitos encapuchados en el marco o con ocasión de marchas o reuniones públicas de reclamaciones de determinadas garantías fundamentales. Además se buscaba proteger a los pequeños y medianos comerciantes que tienen sus establecimientos u oficinas en lugares en los cuales se desarrollan estas manifestaciones y que ven sus locales saqueados o dañados. En definitiva el objetivo era castigar a quienes con violencia cometan un conjunto de conductas que, al parecer de quienes

detentaban el Poder Ejecutivo, alteraban la paz social e impidían a muchos ciudadanos vivir en armonía en aquel ambiente en que residen, realizan sus labores profesionales cotidianas o en donde circulan momentáneamente.

Dichos objetivos no han dejado de estar presente en iniciativas legislativas que han iniciado su tramitación con posterioridad a aquélla, particularmente en el proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal para sancionar como falta el ocultamiento del rostro con ocasión de alteraciones al orden público, y permitir la detención en caso de flagrancia (Boletín 10.717-25), inciado por los diputados Gabriel Silber, Marcela Sabat, Claudia Nogueira, Fernando Meza, Marcela Hernando, Gonzalo Fuenzalida, Daniel Farcas y Rojo Edwards. Esto se debe a que las vías no institucionalizadas de protesta social han perdurado, ya sea para evitar la implementación o aprobación de medidas políticas que atentan contra derechos sociales o libertades, o bien para presionar al poder político en la implementación de políticas destinadas a su reconocimiento o protección.

El Mensaje Presidencial anteriormente mencionado, para cumplir con su cometido, giraba su argumentación sobre cuatro pilares fundamentales, a su entender. El primero de ellos era la modificación del tipo penal de desórdenes públicos. El segundo era la agravación de las penas por delitos de desórdenes públicos cuando se actúa encapuchado o con otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor. El tercer punto de relevancia era el fortalecimiento de la protección de la autoridad, incluyendo a las Fuerzas de Orden y Seguridad cuando actúan en el ejercicio de su labor de resguardo del orden público. Finalmente, y girando hacia un ámbito más procesal que sustancial, se contemplaban proposiciones normativas que buscaban la facilitación en la obtención de determinados medios de prueba.

Este proyecto de ley de resguardo del orden público, por tanto, tenía la finalidad de responder penalmente ante diversos actos y conductas realizadas en el contexto de protestas por vías no institucionales, teniendo como una de las consideraciones centrales la vulneración del orden público vinculado con el ejercicio del derecho de reunión, garantía fundamental reconocida en nuestra Constitución Política de la República.

En pocas palabras, y siendo el punto de entrada al resto de las modificaciones propuestas, se pretendía penalizar a quien interrumpa o altere la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, y otros lugares de uso público, con lo cual el margen para la libertad de reunión y las manifestaciones públicas se reducía al absoluto mínimo, en el entendido que toda marcha o reunión en un lugar público altera en alguna medida la libre circulación por definición. Esto se debe a que, en opinión personal, uno de los presupuestos básicos para ello, no explicitados de manera suficientemente clara en el proyecto de ley en análisis, consiste en que la reunión o marchas en lugares públicos requiere, a juicio de la autoridad, de la autorización previa de los órganos competentes legalmente, en cuya ausencia la marcha o reunión es ilícita y la negativa a deponerla una vez iniciada, violenta. Sin embargo, tales consideraciones estrellan de frente no sólo con nuestra Constitución, sino con tratados internacionales ratificados por Chile.

A modo de cierre, es sabido en cualquier democracia que existe la posibilidad de limitar las libertades de expresión y reunión, sin embargo, se debe advertir que estas instancias de restricción pueden ser correctas o incorrectas. Para verificar, por ende, si las restricciones pueden catalogarse como legítimas debemos seguir el cumplimiento de ciertos estándares, que obviamente servirán para el posterior análisis detallado de cualquier propuesta de modificación legislativa que afecten a dichos bienes jurídicos.

Lo primero a tener claro es el hecho de que la restricción debe ser expresada de forma estricta en la ley, cuestión que en el caso de la ley penal se hace muy necesario, por lo que la exigencia es aún mayor. Sólo de esta forma se evitará la presencia de las denominadas leyes penales en blanco, tipo de regulación que teóricamente no debiese existir en nuestro sistema normativo.

Un segundo aspecto a resaltar está dado por la exigencia de que estas limitaciones estén permitidas por estándares internacionales. Es obvio considerar que estas restricciones estarán permitidas en la medida que "busquen la protección de los derechos de otras personas de una determinada comunidad o con el límite de aducir la protección del orden público"[2]. A pesar de ello, ambas materias tienen interpretaciones estrictas en el sentido de permitir la restricción antes aludida, pensando ante todo que estamos inmersos en una sociedad democrática. Así las cosas, la limitación del derecho a reunión y a la libertad de expresión para proteger otro derecho deben implicar la necesaria lesión o amenaza de tal garantía y siempre que la asignación de responsabilidad sea una consecuencia ineludible. Empero, respecto al control de la libertad de expresión es menester realizar un matiz, ya que no puede utilizarse como argumento la protección de otros derechos, ya que esta garantía es fundamental en el Estado democrático de Derecho. En relación al orden público, "conforme a los estándares de Derechos Humanos, aquí hay que hacer una relación inminente con el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente con las garantías y principios del mismo"[3]. De guisa tal no se puede defender el orden público si el debate público o la disidencia frente a determinadas temáticas quedan sin cabida o con instancias mínimas.

Finalmente, toda limitación que se pretenda desplegar en un sistema normativo de índole punitivo debe ser necesaria en una sociedad democrática para proteger los bienes jurídicos que se han establecido en ella misma. La necesidad de una restricción no equivale a que esta sea útil, sino que lo que realmente importa es que se responda a un interés legítimo que "no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos

[2] GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2012), p. 19

[3] CIFUENTES VILLAGRÁN, Jaime Simón, *Seguridad ciudadana y orden público en la Constitución de 1980* (Concepción, Tesis para obtener grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 1996.), p. 22.

restrictivo de los Derechos Humanos"[4]. Aquí se alude al principio de proporcionalidad de la intervención del Estado. Estos serán los aspectos a tener en cuenta en el análisis de proyectos de ley que pretendan modificar dichos derechos fundamentales, ya que siempre se debe velar en la legislación punitiva por respetar pisos mínimos que permitan aseverar con seguridad que el Estado social y democrático de Derecho deja de ser una mera teoría y se transforma en una realidad presente en el actuar cotidiano de todos y cada uno de los ciudadanos de un determinado país.

II. ANÁLISIS DE PROYECTOS DE LEY QUE BUSCAN RESGUARDAR EL ORDEN PÚBLICO POR MEDIO DE LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL.

El rol del Estado en el resguardo del orden público fue, es y será un tema fundamental en toda sociedad (tanto a nivel dogmático como a nivel político), pero en el momento que esta discusión que debiese ser estrictamente jurídica apoyada por el parecer político, pasa a convertirse en una herramienta o instrumento de limitación de determinadas formas de expresión política, cabe bajo total seriedad, realizar las críticas pertinentes y evitar, en la medida de lo posible que dichas iniciativas entren a regir en un ordenamiento jurídico específico.

Para poder vislumbrar el camino por el cual optan iniciativas en dicho sentido, vamos a tomar como referencia los antecedentes que justificaron la presentación de la iniciativa legal presentada por el gobierno en el año 2011. Si realizamos tal labor, de inmediato apreciaremos que el Mensaje número 196-359 de fecha 27 de septiembre de 2011 contenía elementos destacables, aunque desde un punto de vista negativo.

El proyecto de entonces, buscaba modificar el Código penal, el Código procesal penal y otras leyes especiales a objeto, justamente ya esgrimido, de fortalecer el resguardo del orden público. Entrando al fondo del asunto, se indica en relación a esta idea que "conforme a la doctrina clásica, el concepto de orden público está vinculado a una función de protección, de tal manera que permite limitar la autonomía de la voluntad en interés de la comunidad. Así, el orden público constituye un escudo protector frente a los excesos en que los particulares pueden incurrir a tomar en cuenta sólo sus intereses en los actos que realizan. Siguiendo esta doctrina, puede concluirse que el orden público forma parte de los principios jurídicos que integran un sistema y se orientan al bien común de una sociedad. En contrapartida a la concepción clásica, diversos autores entre ellos Avelino León Hurtado y Vittorio Pescio, han advertido las dificultades para establecer un concepto de orden público, puede

[4] GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, cit. (n. 2), p. 27.

debe ser definido en un tiempo y en un lugar específico"[5]. En estas reflexiones se destaca la dificultad que se presenta al momento de buscar o establecer una definición para la noción de orden público. Lo que viene posteriormente es sorprendente, ya que el alcance atribuido simplemente se aleja en una medida no menos importante de lo establecido, para estos efectos, por Francisco Antolisei (y que es compartido, según lo analizado, por gran parte de los autores especializados en el área), quien sostiene que "a los fines del Derecho Penal el orden público tiene un significado más restringido: es el buen ajuste y la marcha regular de la vida social: la armónica y pacífica coexistencia de los ciudadanos bajo la soberanía del Estado y del Derecho, y, en este sentido, es sinónimo de paz pública. A él le corresponde en los ciudadanos el sentimiento de tranquilidad y de la seguridad"[6], sino que por el contrario, se asumen conceptos que distan mucho de la idea correcta sobre orden público y de esta forma se señala que "sin perjuicio de las diversas aproximaciones a este concepto, el orden público se puede entender en dos sentidos. En primer término, en términos materiales, como un estado opuesto al desorden y que se integra por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública. En segundo lugar, en un sentido jurídico- formal, ligado a la observancia de normas y principios esenciales que se consideran necesarios para la convivencia pacífica en sociedad, con distinta funcionalidad en las diversas disciplinas jurídicas"[7].

Uno de los puntos que genera mayor controversia se basa en la referencia que se hace al aspecto moral del orden público, inclusión que francamente es inaceptable a nivel penal, conclusión que en todo caso era aceptada por el proyecto de ley objeto de análisis aunque con matices, situación que vuelve más criticable este conjunto de reflexiones que realizaba dicho Mensaje. A mayor abundamiento, se indica que "la interpretación de este elemento del orden público, supone mayores problemas de interpretación ya que la moralidad pública es cambiante y depende de los tiempos, lo que hace que su interpretación deba ser ponderada para no afectar las libertades y garantías de los ciudadanos"[8].

Esta regulación pretende esgrimir, tal como lo refleja la letra del texto, como fundamento de sí misma la protección del derecho a reunión y la libertad de expresión, pero ya al leer y analizar esta iniciativa en sus justificaciones preliminares apreciamos que con el contenido de dicho proyecto de ley, la sustancia misma de estos derechos podrían haberse visto menoscabada, siempre que se tenga presente la variabilidad a la que aludía el Mensaje, en relación a la moralidad como término

[5] Mensaje de Su Excelencia el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA con el que se inicia un proyecto de ley que *fortalece el resguardo del orden público*. Mensaje número 196-259 de fecha 27 de septiembre de 2011. Mensaje firmado por SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República, RODRIGO HINZPETER KIRBERG, Ministro del Interior y Seguridad Pública y por TEODORO RIBERA NEUMANN, Ministro de Justicia. p.2.
[6] ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale* (Quarta edizione, riveduta e aggiornata, Casa editrice Dott, A. Giuffré-Milano, 1960), II, p. 345.
[7] Mensaje de Su Excelencia el PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, cit. (n. 5), p.3.
[8] *Ibidem*, p. 4

constitutivo del orden público, lo que podría haber derivado en la práctica, en la manipulación por parte de quienes detentan el poder político y económico del concepto de moral.

§ 1. Modificaciones sustantivas

Ahora bien, si nos vamos al contenido mismo de las propuestas de cambio legal, veremos que éstas giran sobre la base de cuatro pilares. El primero es la modificación del tipo penal de desórdenes públicos. El segundo es la agravación de las penas por delitos de desórdenes públicos cuanto se actúa encapuchado o con otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor. El tercer pilar es el fortalecimiento de la protección de la autoridad, incluyendo a las Fuerzas de Orden y Seguridad cuando actúan en el ejercicio de su labor de resguardo del orden público. El cuarto y último es la facilitación de la obtención de medios de prueba. A continuación realizaremos un análisis pormenorizado de cada uno de los ejes antes mencionados.

a) Modificación del tipo penal de desórdenes públicos

Una de las modificaciones sustanciales que alteran en mayor medida el actual Código penal es el establecimiento de un nuevo entendimiento del delito de desórdenes públicos contenido en el artículo 269 del texto legal antes mencionado. Dicha normativa establece que serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio quienes participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importe la realización de alguno de los siguientes hechos:

(i) paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte;

(ii) invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales;

(iii) impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes;

(iv) atentar contra la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 o 262 del Código Penal antes señalados, o en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar referidos a agresiones a Carabineros, o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley Nº 2.460 de 1979, referidos a agresiones a la Policía de Investigaciones, o en los artículos 15 A, 15 B, 15 C Y 15 D del Decreto Ley Nº 2.859 de 1979, referidos a Gendarmería de Chile, según corresponda;

(v) emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos y otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad; ó,

(vi) causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular.

Desde ya, debemos hacer notar las deficiencias que presentaba el enunciado de la propuesta del artículo 269, lo cual se explica en los siguientes fundamentos. En primer lugar, vemos una amplitud excesiva de la descripción típica, lo que provoca un entendimiento difuso y poco claro de la norma en cuestión, llevando con ello a una vulneración del principio de taxatividad en torno a exigir una legalidad estricta en la estructuración de los tipos penales. En concreto, no hay un uso técnico de la palabra participación, es decir, sólo referida a instigadores, cómplices, y, en el caso del Código penal, encubridores. Más bien se hace alusión a que será autor de desórdenes públicos quien realice las acciones que aparecen en los distintos numerales. De esta forma, hay que llamar la atención en este punto, sobre todo en relación a quienes pueden ser autores, ya que al ser una figura amplísima, se podía llegar a incluir a la autoría, el encubrimiento, la complicidad e incluso la punibilidad de actos preparatorios que en general son impunes. Más grave aún era la posibilidad de incluir en el tipo a los instigadores, debido a que ello podría conducir a punir las simples ideologías (destacando que la previsibilidad es algo inherente para el caso de la instigación). Así, debemos destacar en torno a cómo la propuesta del artículo combinaba el término de participación con alguno de los hechos enumerados. Unido a la idea anterior, es necesario visualizar una suerte de objetivación de ciertas conductas relacionadas con el desorden público, cuestión que es criticable, ya que en este caso en particular se debiesen agregar elementos de índole subjetivo. En definitiva, se aprecian rasgos del concepto único de autor, lo que nos lleva peligrosamente a caer en la tentación autoritaria del Código de Rocco, idea que es corroborada por Juan Pablo Mañalich, profesor del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, en la comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, cuando se discutió en primer trámite constitucional dicho proyecto de ley[9].

Otro punto a criticar se sostiene en el hecho de que en este caso no se tendía a la separación terminológica que se da en la gran mayoría de los delitos tipificados en nuestro Código penal en torno o las palabras fuerza y violencia (en el momento que se habla de otros actos de fuerza o violencia), sino que por el contrario, no existía mayor diferenciación entre ambos conceptos, situación que podría por ejemplo haber llevado a cuestionarse el cuándo una marcha o manifestación se torna violenta.

Un acápite que se puede resaltar, aunque obviamente bajo la base que esta propuesta en concreto se alejaba totalmente de lo que debiese reconocer un Estado democrático de Derecho, estaba dado por la circunstancia de que se determinabq lo que se entenderá como manifestación de desorden, por lo tanto, en este proyecto de ley no se puedía castigar cualquier desorden o acto de fuerza o violencia (en principio, ya que luego esta afirmación se caerá por sí sola), sino que sólo los que en el

[9] Lugar en donde afirmó que las definiciones esgrimidas en este proyecto de ley son altamente problemáticas, ya que están conduciendo hacia la construcción de un Estado policial.

propio artículo se señalan, aunque todo ello se ve afectado, tal como se indicó anteriormente, por la vaga e imprecisa utilización del término participación en cuanto a sus limitaciones.

Ya en el campo de los hechos consignados en el nuevo artículo 269 que se proponía, debemos afirmar lo siguiente:

(i) En relación a este primer numeral de la propuesta al artículo 269 debemos desde ya decir que estábamos ante una evidente vulneración al principio de lesividad penal antes analizado, ya que cualquier paralización es punible con esta normativa, siendo que debiese exigirse que para que la alteración del orden público sea sancionable exista una perturbación de cierta entidad, por lo que la paralización o interrupción de los servicios nombrados en este numeral deben implicar una cierta gravedad para dicha entidad y obviamente para los derechos de terceros, pero en este caso no existía ponderación alguna al respecto, es decir, entre las quejas y presiones políticas que puedan ejercer un conjunto de ciudadanos por vías no institucionales y los derechos de otros individuos a satisfacer sus necesidades inmediatas e impostergables, aunque en referencia a lo último, debemos tener claro que la concretización de la libertad de expresión en este ámbito siempre implicará alguna afectación al resto de los ciudadanos que no participan de dicha manifestación, ya que es necesario considerar que la vida democrática implica tales consecuencias.

Un segundo reparo a este número es la falta de una exigencia de intencionalidad en especial respecto a las conductas de interrumpir o paralizar, lo que podría generar el surgimiento de una suerte de Estado policial en estas acciones, sobre todo si consideramos que con esta normativa los empleados públicos no tendrían medios de protesta masivos y no institucionales en contraste con los trabajadores del sector privado (esto es una sólo una constatación empírica a modo ejemplificador). De guisa tal, en este sentido la ley no es para nada racional, ya que no deja margen alguno a la expresión de la protesta ciudadana debido a la penalización desmesurada que se realiza.

(ii) Las deficiencias técnicas apreciadas en este numeral ya comenzaban a ser preocupantes a nivel penal. Se podía apreciar conductas distintas en intensidad, pero penadas de igual manera, lo que obviamente constituía un grave error. Lo anterior se afirma porque las conductas de invadir, ocupar o saquear son totalmente distintas en su contenido y manifestaciones, por lo que ocupar un establecimiento es una acción, por ejemplo, cuyo *disvalor* es menor a la acción de saquear. Así, las denominadas tomas que durante los últimos años se han llevado a cabo con objeto de las distintas movilizaciones sociales no pueden ser equiparadas por ejemplo, al saqueo. Y en el caso en donde existan delitos contra la propiedad en dichas ocupaciones, hoy ya existen sanciones en el Código penal y por ende son perseguibles por este mecanismo. De esta forma, no puede sancionarse el acto simbólico de ocupación de lugares para reclamar sobre alguna situación que implique un descontento social, ya que ello históricamente es característico de los movimientos sociales y además no necesariamente implica un daño grave a la propiedad.

Más grave aún es el hecho de que con esta normativa podrían sancionarse las ocupaciones pacíficas, pues el encabezado del artículo 269 penaba actos de desorden, fuerza o violencia, por lo que a pesar de que la ocupación no sea violenta, de todas formas podría estimarse que existe desorden y así esta ocupación pacífica sería tratada de igual forma que los actos violentos. En este sentido también argumentó Georgy Schubert, Defensor Nacional, quien expresó que "si la ocupación no genera peligro o un atentado a la integridad de las personas o los bienes que en ellos se encuentran no se altera el orden público, por lo tanto, con esta norma podríamos generar que cualquier ocupación sea punible"[10]. Una posible solución a esta penalización de la ocupación de inmuebles podría ser la reconducción de dichas conductas al tipo penal de usurpación, sin embargo, se genera discusión ya que es cuestionable asignar un reproche jurídico a la ocupación de fábricas por sus obreros y la de recintos universitarios o escolares por quienes desarrollan comúnmente sus actividades propias en dichos edificios, realizadas con el objeto de reclamar por condiciones de trabajo o formación intelectual. Frente a esto no queda más que concluir la atipicidad de tales conductas, en razón de que tales personas no pueden ser consideradas como extrañas al lugar ni a las actividades que se desarrollan en él, actividades en las que por lo demás son parte esencial (destacar además que en estas circunstancias no hay un ánimo de apropiación por parte de los manifestantes). En conclusión, el articulado en cuestión mostraba que no es capaz de diferenciar correctamente los niveles de reproche penal entre un delincuente común y un ciudadano que protesta ante una situación que estima injusta.

Un segundo aspecto a destacar negativamente es la utilización del término saqueo, ya que técnicamente no corresponde su uso bajo ninguna perspectiva[11]. La utilización, según su sentido natural y obvio, debiese hacerse en los términos indicados en el diccionario de la lengua española, quien define a saquear en su primera acepción como: "dicho de soldados: apoderarse violentamente de lo que hallan en un lugar", idea que se condice totalmente con lo afirmado por Diego Luzón Peña, autor que establece como delitos contra las leyes o usos de la guerra "el saqueo a los habitantes de poblaciones enemigas"[12]. Por lo tanto, no queda otra opción que afirmar que la palabra saqueo no corresponde bajo ningún prisma a esta normativa, sino que su inclusión debe realizarse respecto al ámbito de situaciones de beligerancia tal como se ha establecido en el ámbito internacional. Esto se ve corroborado por la ley número 20.357 sobre Crímenes de lesa humanidad y crímenes y delitos de guerra. En esta legislación especial, específicamente en el inciso tercero del artículo 27 se castiga el "saqueo de una ciudad o plaza". Por lo tanto, existe un uso técnico defectuoso de la palabra en análisis, y podemos afirmar que incluso en el Derecho penal internacional existe una matización a delitos en donde se ve involucrada el

[10] Expresiones vertidas por el ex Defensor Nacional en calidad de invitado el día 23 de noviembre de 2011 a la comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados a propósito del proyecto de ley que pretende fortalecer el resguardo del orden público; presentado a la misma Cámara de Diputados con fecha 04 de octubre de 2011.

[11] E incluso si se llegará a aceptar su aplicación, tendríamos que los involucrados en el saqueo de un establecimiento comercial tendrían que ser castigados como autores de desórdenes públicos, y además de ello, como autores de robo con fuerza en las cosas, situación que claramente es contraria a cualquier construcción penal.

[12] LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Derecho Penal. Código Penal*[4] (Madrid, Editorial McGraw Hill, 2000), p. 322.

saqueo, ya que este término "se distingue de la apropiación o confiscación a través de la intención del autor de apropiarse de la cosa para su uso privado o personal"[13]

(iii) Esta norma iba por la vía de sancionar el hecho de impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos. Aquí cabe consignar que si no se produce ningún daño a personas o vehículos no debería aplicarse sanción alguna, pero no apreciamos especificación alguna al respecto.

Otro problema de este artículo era que aun estando en el caso que amerite aplicarse esta disposición (cuestión bastante discutible si pensamos que cualquier manifestación implica de alguna u otra forma, alterar en algún sentido la libre circulación de personas o vehículos por calles, puentes, caminos u otros bienes de uso público semejantes; estableciendo por otro lado que dichas protestas tienen justamente esa intención aunque obviamente como algo temporal y no permanente, asunto que la iniciativa no estipula en ningún párrafo), la pena no es proporcional al delito, ya que condenar a un ciudadano por simplemente cortar una calle con motivo de alguna reivindicación social con una pena que puede ir desde el presidio consistente en 541 días hasta llegar a los tres años parece una situación alejada de toda ponderación lógica.

Finalmente, y como un problema que pertenece más al ámbito constitucional que penal, cabe preguntarse la compatibilidad de esta regulación con la existencia del supuesto derecho a reunión en nuestro país, respuesta que irá sólo por el camino teórico debido a la existencia del Decreto Supremo número 1086.

(iv) Sin lugar a dudas, esta debe ser una de las normas que más carece de sentido alguno en su estructuración. Ello se explica ya en su enunciado que se refiere al atentado en contra de la autoridad o sus agentes; en concreto estamos hablando de los funcionarios de orden y seguridad pública y Gendarmería (inclusión que es propio de aquellos que gustan de la existencia de regímenes tiránicos). Desde un principio apreciamos un grave error de inclusión de estas entidades, ya que tal como lo señala la norma, ellas ya cuentan con un sistema de amparo frente a conductas que puedan considerarse como un atentado hacia ellas. Especial referencia merece el error cometido con la incorporación de Gendarmería de Chile como sujeto pasivo de las conductas descritas, ya que en primer lugar hay que analizar el por qué se producen estas situaciones de atentados en las cárceles, y ello se debe a la simple razón de que lo que acontece en estos recintos de privación de la libertad dista mucho de lo que pasa en las calles, sin embargo, apreciamos un trato bastante irracional por parte de quienes idearon esta proposición.

No cabe cuestionamiento alguno en relación a que esta norma contenía un aglutinamiento de conductas referidas a las instituciones de seguridad pública. Frente a esto, la única forma de entender esta inclusión en esta iniciativa es comprenderla como una forma de castigar actos imperfectos (no se

[13] WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005), p 517.

acredita la conducta en sí o la tentativa, pero de todas formas se considera como una especie de desorden público).

Además se hace referencia a un atentado en contra de agentes de seguridad del Estado, pero sin delimitar definitivamente el cuándo se aplicará la norma en análisis o el cuándo se decidirá acudir a los artículos 261 y 262 del Código Penal o al resto de la legislación especial. Lamentablemente vemos una doble agravación de una conducta basado en el mismo hecho, ya que la norma habla de atentar contra la autoridad, y si seguimos lo establecido por el encabezado del artículo 269, tenemos que concluir que debe existir fuerza o violencia, sin embargo, esta situación ya se encuentra considerada en particular en los artículos 261 y 262. Por lo tanto, apreciamos una superposición entre normas (regla especial de concurso real), aunque lo verdaderamente relevante es que los condenados por estas conductas debiesen ser sancionados bajo ambas normativas punitivas. "Y si los autores del proyecto quieren evitar la objeción obvia de que esa acumulación de penas conllevaría una contravención del principio de que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho, tendrían que estar dispuestos a decirnos que en realidad, lo que el proyecto pretende es criminalizar la participación en marchas y protestas masivas"[14]

Entonces resulta inentendible que tratándose de delitos de resultado en la generalidad de las situaciones, y en donde se admite la tentativa, se haya intentado realizar esta innovación. La única posibilidad que queda para comprender esto es que el objetivo sea penalizar el atentado como una forma imperfecta de estos delitos y que llegan a conformar un delito de desórdenes públicos, situación que francamente es inaceptable.

(v) En este acápite el proyecto habla de emplear armas de fuego, cortantes o punzantes o bien de artefactos de otra índole, lo cual es una superposición con la tipificación del delito de porte de armas, y otros, que la legislación vigente ya contempla.

Por otro lado, la norma habla de que todos los elementos mencionados sean capaces de producir daños a las personas o a la propiedad, y en este punto se tiene un problema con la definición de fuerza o violencia, conceptos utilizados en el enunciado principal del nuevo artículo 269, en relación a los daños, ya que no se puede distinguir relación alguna entre ambas situaciones.

Relacionando esta causal con el resto, preocupa la forma en como el artículo 269 no distingue las distintas formas de conductas que pueden acontecer en algún delito, ya que se pone al mismo nivel de punibilidad por ejemplo, el alterar o impedir la libre circulación justamente con el hecho de utilizar armas de fuego, etc. Así, la tipicidad es la misma y se produce una equivalencia de conductas que afectan a bienes jurídicos distintos. En definitiva, esta equiparidad de conductas con distinta gravedad y

[14] Opinión vertida por JUAN PABLO MAÑALICH, profesor del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, al diario electrónico El Dínamo con fecha 10 de julio de 2012.

sustancia revela la verdadera intención del creador de esta propuesta: ser un instrumento de represión táctica de determinadas formas de expresión política.

(vi) Finalmente y de forma superflua la norma del artículo 269 introducía como castigable el hecho de causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular. Al respecto, lo primero que llamaba la atención es que se incluían acciones que ya se encuentran tipificadas en el mismo Código Penal, lo que demuestra la falta de seriedad en el trabajo realizado. Por otro lado, la amplitud de la figura vulneraba de forma evidente el principio de lesividad, pero por sobre todas las cosas, el principio de proporcionalidad se ve reducido a su más mínima expresión, ya que no existe explicitación alguna de los niveles de daños que pueden acontecer en estas propiedades, ya que es perfectamente posible que el daño sólo sea estético, sin embargo, en virtud de esta normativa, aquel sujeto que realiza esta conducta podría cumplir hasta 3 años de condena.

Dos incisos más contiene este artículo 269 que busca modificar al ya existente. Estos señalan lo siguiente:

- Inciso II: La pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia.

- Inciso III: Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos.

Respecto al primero de ellos, este busca que la pena establecida en las conductas anteriormente vista sea con independencia de los delitos comunes ya establecidos en el mismo Código penal. Este inciso, en conclusión establece una regla especial de aplicación de las penas, en la cual se aplicarán en algunos casos dos penas para un solo hecho jurídico. Esta propuesta es muy incongruente con el sistema (ya que podría considerarse como un concurso real de penas, pero terminológicamente se sabe que no lo es), ya que no se respeta para nada el principio de proporcionalidad, debido a que se hace responsable al sujeto por dos delitos, con dos sanciones punitivas por el sólo hecho de haber realizado una acción en particular. Esta decisión debiese extirparse de nuestra regulación ya que “lesiona la base

sobre la cual descansa el ordenamiento punitivo en general, a saber, los principios de proporcionalidad y culpabilidad"[15]

Esto da una cierta luz del objetivo de esta regulación, ya que estas tipificaciones son descripciones genéricas de formas de participación en delitos en donde el descubrir a los autores directos del delito común se torna difícil de descubrir, y así lo que se buscaría con este proyecto es impedir que se individualice en donde está la denominada mancha del delito y así ampliar esta misma para dejar en un mal pie a las manifestaciones sociales.

El comentario que merece el inciso III no se aleja mayormente de lo ya esbozado, ya que de forma sorprendente se tipifica separadamente como una figura delictiva autónoma la incitación, promoción o fomento a la realización de actividades señaladas en el artículo 269, siempre que se haya podido prever que podrían existir tales desordenes públicos. La forma de redacción de este inciso III y que propone una modificación al Código penal plantea problemas en relación a quienes convoquen y/u organicen manifestaciones, lo que plantea serios problemas con el contenido de la garantía de reunirse sin permiso previo. En la actualidad, la gente pueda reunirse masivamente sin autorización ya que eso no tiene consecuencias jurídicas con independencia de las conductas típicas que con ocasión de esta reunión podrían provocarse. Por el contrario, si se llegase a aprobar esta norma, la no autorización implicaría automáticamente un desorden por lo que cualquier problema en estas manifestaciones haría responsable a quienes convocaron, lo que obviamente desincentivaría a los ciudadanos a expresar sus insatisfacciones sociales por vías que no fueran las tradicionales o institucionales, coartando con ello, inevitablemente, la libertad de expresión.

Para llegar a tales resultados es importante considerar que aquí se da un uso plural de verbos (incitar, fomentar o promover), y ello está precisamente estructurado para permitir la configuración de varias posibilidades desde las cuales se pueda sancionar a aquel que lleva a cabo alguna de las acciones, lo que en definitiva, facilita la aplicación de este artículo. En directa relación con esta facilitación, tenemos que el redactor de esta norma incluyó un elemento subjetivo que al fin de cuentas puede ser de doble filo; hablamos de la previsibilidad. Así las cosas, cabe la condena no tan solo por la presencia de dolo directo (llamado directo al desorden mediante alguna de las conductas expresadas precedentemente) sino que también por dolo eventual, lo que implica "haberse representado la posibilidad de que un hecho ocurra y con todo haber aceptado esa posibilidad"[16]. Lo anterior significa que un dirigente universitario o escolar que organiza algún tipo de manifestación pública podría no tener entre sus objetivos la realización de ilícitos penales, pero si fue capaz de prever que esto podía pasar y aceptó la posibilidad, la consecuencia es la sanción de igual forma que aquel que hubiese explicitado el llamado a causar desórdenes. Bastantes críticas pueden derivarse de lo anterior, ya que en

[15] CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*[8] (Santiago, Ediciones PUC, 2009), p. 660.
[16] *Ibidem*, p. 317.

el momento que se hace un llamado a movilizaciones es fácil prever la existencia de alguna clase de desorden, por lo que en la realidad, esta norma busca desincentivar expresamente la posibilidad de realizar reclamaciones a la autoridad competente mediante movilizaciones. Se puede constatar, por ende, que la recriminación está guiada hacia el punto equivocado, ya que la responsabilidad debiese ser buscada en el autor del delito respectivo y no en quienes buscan la organización ciudadana.

Ya hemos estudiado y criticado a fondo esta nueva normativa que pretende introducir una nueva noción del delito de desórdenes públicos por medio del artículo 269. Sin embargo el análisis no finaliza en este punto ya que es interesante apreciar como el ideólogo de esta propuesta incluía nuevos artículos que tienen impacto tanto en el ámbito sustantivo o penal como en el procesal, tema no menor si tenemos en consideración que dichos cambios no buscan sólo una modificación estética de los cuerpos normativos involucrados, sino que la intención es generar un impacto total en el sistema, cuestión totalmente criticable si se considera que la gran mayoría de la dogmática penal nacional muestra reticencia a dichas reestructuraciones por lo motivos ya esgrimidos.

b) Otras modificaciones

Unas de las menciones que realiza el proyecto y que ha generado mayor controversia es el establecimiento de una agravante en el artículo 269-B que dispone lo siguiente:

- Artículo 269-B: En los delitos previstos en los párrafos 1, 1 bis y 2 del presente título, se impondrá el máximum de la pena, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados, a los responsables que actuaren con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor.

En pocas palabras, tenemos una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal que aumenta la intensidad de la reacción sancionadora por el hecho de actuar a rostro cubierto o con otro tipo de elementos que al fin de cuenta complique al agente de seguridad la identificación del hechor.

La primera reflexión que cabe al respecto indica que una cosa es sancionar acciones que se dan en el contexto de una protesta, tema que en realidad ya que se encuentra solucionado con la tipificación de conductas tales como daños, lesiones, etc. pero no se encuentra explicación lógica alguna en el hecho de contemplar una circunstancia agravante como esta y además solo para los delitos de desorden público y daño, sobre todo si consideramos que aquellos que actúan en estas marchas con la sola intención de delinquir cometen conductas típicas más graves.

Esta incoherencia genera variados problemas ya que aquí hay un problema en términos de lo que esto significa en relación a que el auto encubrimiento no es punible. Aquí se podría argumentar que la persona torna más difícil su identificación en situaciones de connotación delictiva y eso justifica el

castigo, pero ello implica sostener que quien comete un hecho punible tiene la obligación de favorecer su identificación, lo cual altera de sobremanera algunas definiciones básicas del Estado de Derecho. Esta regla es muy poco eficaz, ya que el momento de aplicación de la agravante es el momento de la sentencia condenatoria y si ello es así, si se está imponiendo sentencia condenatoria, ello significa que ya se identificó al sujeto, por lo que no tiene sentido esta regla. Desde otro vértice, aquí no hay claridad de que estemos frente a un delito pluriofensivo, ya que esta cuestión de ocultar el rostro no implica un atentado contra la administración de justicia (la investigación). No hay un deber jurídico de identificarse.

Si vamos a fundamentos dogmáticos más prácticos, no existe justificación para crear una agravante especial en la comisión de un delito en particular como este, ya que en el peor de los casos la solución debiese consistir en establecer una circunstancia modificatoria en las reglas generales contenidas en el Código penal. Desde esta perspectiva, que obviamente es criticable pero que busca subsanar el absurdo realizado por el artículo 269-B de una forma más armónica con el resto del sistema, hay una necesidad de ampliar la agravante genérica del numeral quinto del artículo 12 del Código penal a todo tipo de delitos, ya que "no hay razones que permitan comprender porque el empleo de un disfraz agrava la responsabilidad del que comete homicidio y no del que perpetra un robo con fuerza"[17].

En conclusión y tal como lo señala Juan Pablo Mañalich, "el establecimiento de esta agravante supone erosionar decisivamente un principio de garantía que es característico del Estado de derecho: del ciudadano no cabe esperar que facilite su propia persecución penal. Pero por otra parte, la agravante en cuestión parece derrotarse a sí misma: si el fundamento de la agravación es que llevar el rostro cubierto vuelve imposible o considerablemente más difícil la aprehensión del presunto autor de un determinado delito, ese mismo fundamento tiende a venirse abajo si uno advierte que la aplicación de la agravante presupondrá que la persona en cuestión pudo ser detenida y juzgada"[18].

§ 2. Modificaciones procesales

Ahora bien y tal como se señaló anteriormente, el proyecto de ley también incluía enmiendas que afectan aspecto de índole adjetivo tanto en el Código procesal penal como en otras leyes penales que regulan estos aspectos de la legislación en comento. Esto no deja de ser relevante, ya que tenemos que aquel que pretende modificar las leyes referidas al orden público no deja nada en el tintero y es por eso mismo, que decidió incluir una serie de modificaciones que sin lugar a dudas afectan de forma contundente el funcionamiento del sistema y las posibilidades de actuación discrecional pero

[17] KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Texto y Comentario al Código Penal* (Santiago, Editorial Jurídica, 2002), p. 197.
[18] Opinión vertida por JUAN PABLO MAÑALICH, profesor del Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile, al diario electrónico El Dínamo con fecha 10 de julio de 2012.

argumentada de los operadores, es decir, de los jueces, cuestión que es fundamental en todo sistema que se hace llamar garantista, y por encima de todas las discusiones, de un Estado que se dice ser democrático y de Derecho.

Las enmiendas propuestas en concreto son las que se verán a continuación. En primer lugar se propone la posibilidad para que el fiscal o su abogado asistente puedan apelar (en el solo efecto devolutivo) de la resolución que declara la ilegalidad de la detención respecto de delitos de homicidio cometidos contra un miembro de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile que se encontrare en el ejercicio de sus funciones (se ve involucrado el Código de Justicia Militar, el Decreto Ley Nº 2.460 de 1979 y el Decreto Ley Nº 2.859 de 1979). En referencia a esta propuesta debemos destacar el hecho de que se incluya a estos delitos dentro del listado de los mismos que permiten apelación frente a la declaración de ilegalidad de la detención, ya que se está haciendo aplicación del principio de igualdad de trato sin diferenciación alguna basada en el cargo o investidura que se tenga. Anteriormente, no existía razón para que el homicidio de alguno de los agentes de seguridad antes mencionados fuera excluido de la posibilidad de apelación, por lo que esta iniciativa se celebra desde lo que dispone el mismo artículos 132 bis. El homicidio, en estos casos es uno sólo y por lo tanto merece el mismo tratamiento normativo.

A pesar de ello, esta modificación es más aparente que real y por ende sin mayor significación si lo vemos desde la perspectiva de la audiencia en concreto en donde acontece el conocimiento de la legalidad de una detención, ya que aunque no se hubiese realizado esta enmienda al artículo 132 bis, de todas formas el fiscal o el abogado asistente podrían proceder directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren siempre que se cuente con los antecedentes necesarios para ello. Por lo tanto, aquel individuo que es comunicado de que se ha iniciado una investigación formal en contra de su persona por determinados hechos que revisten el carácter de delito en esta audiencia de control de la detención, a pesar de que su detención sea declarada ilegal, de todas formas podría quedar en prisión preventiva e incluso en el caso que se negare tal medida cautelar, si es que se llegase a apelar, aun en esa situación también quedaría bajo los efectos de la prisión preventiva; todo en virtud de la aplicación de los incisos II y III del artículo 149 del mismo Código procesal penal. Esto se explica en la segunda propuesta de modificación procesal, ya que junto con modificar el artículo 132 bis, se busca agregar al artículo del Código procesal penal los artículos 416 del Código de justicia militar, 17 del Decreto Ley Nº 2.460 de 1979 y 15 A del Decreto Ley Nº 2.859 de 1979, todo esto para efectos de evitar que el imputado sea puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva. He aquí en donde se encuentra la verdadera innovación de esta modificación, cambio que en realidad es bastante negativo y que responde a la denominada agenda corta anti-delincuencia, la que ha sido objeto de bastantes críticas por alejarse totalmente de las garantías que merece aquel individuo que toma la calidad de imputado. Finalmente, se realiza igual inclusión en el artículo 150 del Código procesal penal, para efectos de la ejecución de la medida de prisión preventiva.

Otro punto controversial y que no ha sido analizado ni mencionado en profundidad se encuentra en la enmienda establecida para el inciso cuarto del artículo 134 del Código procesal penal y que busca incluir en la lista de faltas que hacen admisible la detención, la cometida por aquel que contravenga las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, situación que a todas luces aparece como un exceso ilógico y que solo busca neutralizar a todo aquel que desee expresar sus ideales políticos en un determinado momento y en un específico lugar.

Finalmente se agrega al Decreto con fuerza de Ley Nº 7.912 de 1927, específicamente en su artículo 3 la facultad para que el Ministro del Interior y Seguridad Pública pueda formular querellas por delitos contra el orden público o contra la autoridad, lo que en la práctica implica que si el Ministerio Público, por medio de un fiscal, decide no investigar un determinado hecho, el Ministerio de todas formas puede forzar la realización de un juicio como parte querellante siempre que no se haya declarado el cierre de la investigación por parte del mismo fiscal en los términos del artículo 112 y 247 del Código Procesal penal (es decir, antes que el fiscal a cargo de la investigación decida solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo, formular acusación o comunicar la decisión no de perseverar en el procedimiento según lo dispone el artículo 248), situación que convierte a la querella en un instrumento político, ya que si el Ministerio Público ha decidido no continuar con la investigación es porque justamente no se encuentran los antecedentes necesarios para llevarla a cabo.

CONCLUSIÓN

La regulación que hemos analizado debe darse sobre la base de un debate que tenga como punto de inicio la constatación empírica de que el Estado ideal de Derecho con rasgos democráticos plenos nunca existirá, ya que las instituciones estatales siempre tienen falencias y ello implica, de forma lógica, el surgimiento de vías no institucionales para solucionar conflictos.

Teniendo claro ello, la discusión continuará hasta llegar a la situación del establecimiento de restricciones de garantías reconocidas y protegidas a nivel constitucional como lo son el derecho a reunión y la libertad de expresión, y como consecuencia obvia, también se incluye el manejo que se haga del orden público en relación a las prerrogativas antes mencionadas. Y es en este punto en donde ingresa este proyecto de ley que pretende fortalecer el resguardo del orden público. Esta iniciativa pretendía esgrimir como fundamento de sí misma la protección del derecho a reunión, sin embargo, con esta ley y su contenido, el mismo derecho podría verse menoscabado y la explicación está por las definiciones o ideas utilizadas en la iniciativa y que establecen que cualquier expresión de disidencia política o de otra manera de reclamación social son lesivas de los derechos del resto de los ciudadanos que no participan de ella, pero, la existencia misma de un Estado democrático implica la alteración de derechos de otras personas, cuestión que obviamente debe darse en un marco de respeto.

Adicionalmente preocupa la forma en cómo el artículo 269 y siguientes no distinguen las distintas formas de conductas que pueden acontecer en algún delito y así se pone al mismo nivel de punibilidad el alterar o impedir la libre circulación con el hecho de utilizar armas de fuego, etc. Así la tipicidad es la misma y se produce una equivalencia de conductas que afectan a bienes jurídicas distintos. Así vemos que hay una equiparidad de conductas que son distintas en gravedad y sustancia.

Ahora, cabe resaltar la importancia de las actuales manifestaciones sociales llevadas a cabo en nuestro país, ya que ellas son el antecedente más cercano para llevar a cabo esta iniciativa de modificación legal, sin embargo, frente a los actos de delincuencia que surgen en estas protestas debemos decir que los actuales tipos penales han actuado de buena forma para responsabilizar a quienes efectivamente han delinquido, ya que cerca del 12% de las causas que involucran desordenes públicos, maltrato de obra a carabineros, etc. concluyen en una condena, lo que da cuenta de que el sistema procesal penal funciona en este ámbito, sobre todo considerando la penalidad de los delitos ya existentes.

Finalmente, vemos como este proyecto de ley refuerza la noción de orden público y con ello la protección de funcionarios o agentes de seguridad, pero sin proteger al mismo tiempo las exigencias y protocolos que se deban tener en casos de detención o de actuación policial ante determinadas

circunstancias de desorden (que obviamente no se condicen bajo ninguna perspectiva con las causales que nombra y regula la propuesta de artículo 269 para el Código penal) Pero debemos afirmar que si el Estado pretende reforzar el orden público, se debiese establecer la obligación de fijar estándares más estrictos de la actuación policial. En vez de criminalizar la expresión y la manifestación social, se debiese propugnar por incentivar la participación ciudadana en cuestiones de decisión estatal y además promover el debate por medio de establecer una educación cívica sustentable en el tiempo, sin embargo, esta ley genera justamente lo contrario ya que restringe el debate por medio de la legislación penal. En este camino, también se pueden realizar observaciones que van más allá de lo normativo, ya que el problema de la violencia social escapa a establecer una legislación penal rígida por lo que la solución, a modo de corolario, no va por este ámbito, sino que por la creación de políticas sustentables, igualitarias e inclusivas de todos los grupos sociales tanto en el aspecto económico como social.

REFERENCIAS

1. ANTOLISEI, Francesco, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale* (Quarta edizione, riveduta e aggiornata, Casa editrice Dott, A. Giuffré-Milano, 1960), II, 591 pp.

2. CIFUENTES VILLAGRÁN, Jaime Simón; *Seguridad ciudadana y orden público en la Constitución de 1980* (Concepción, Tesis para obtener grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales, Universidad de Concepción, 1996.) 97 pp.

3. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*[8] (Santiago, Ediciones PUC, 2009), 812 pp.

4. GONZÁLEZ JARA, Manuel Ángel, *Marco penal de las libertades de expresión, opinión e información* (Santiago, Editorial Librotecnia, 2012), 288 pp.

5. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos, *Texto y Comentario al Código Penal* (Santiago, Editorial Jurídica, 2002), 232 pp.

6. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Derecho Penal. Código Penal*[4] (Madrid, Editorial McGraw Hill, 2000), 360 pp.

7. WERLE, Gerhard, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2005), 739 pp.

8. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Derecho y protesta social* en BERTONI, EDUARDO (compilador), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América latina* (Buenos Aires, Centro de estudios en libertad de expresión y acceso a la información, Universidad de Palermo, 2010), 279 pp.