asuntos públicos .cl

Centro de estudios del desarrollo

Informe 981

Política

24/07/2012

El resguardo del orden público en Chile: Algunas consideraciones legislativas a la "Ley Hinzpeter"

Yohanna Villablanca (1)

Novedades

24/07/2012
Política
El resguardo del orden público en Chile: Algunas consideraciones legislativas a la "Ley Hinzpeter"

20/07/2012
Política Sectorial
Presencias y ausencias en la agenda Beyer

17/07/2012
Política
Democracia, gobierno de la mayoría y leyes orgánicas constitucionales. Parte II

12/07/2012
Política Sectorial
La institucionalidad en la Educación Superior, otra materia pendiente

09/07/2012
Política
El espejismo de la segunda vuelta II

05/07/2012
Política
Representatividad política y calidad democrática

Acerca de

Este informe ha sido preparado por el Consejo Editorial de asuntospublicos.cl.

©2000 asuntospublicos.cl. Todos los derechos reservados.

Se autoriza la reproducción, total o parcial, de lo publicado en este informe con sólo indicar la fuente.

I.- Antecedentes

Esta semana se han puesto en tabla de la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados, dos proyectos de ley que buscan proteger el orden público. El primero, conocido como la "Ley Hinzpeter" (2), el segundo, que busca establecer el ocultamiento del rostro como una circunstancia agravante.

Estas propuestas obedecen a un fenómeno bastante común dentro de la práctica legislativa, cual es, la presentación de proyectos de ley en medio de contingencias políticas; situaciones de emergencia; accidentes u otros acontecimientos de gran impacto en la comunidad, como una manera de reaccionar frente a los errores detectados, o simplemente, con el propósito de judicializar conflictos de otra índole o criminalizar nuevas situaciones. El 2011, nuestro país estuvo marcado por fuertes movilizaciones estudiantiles y sociales, que lograron poner en primera línea de la discusión pública múltiples demandas sociales.

El movimiento estudiantil, si bien hacia fines del año 2011 alcanzó una aprobación del 70% a sus demandas, no logró concitar el mismo apoyo a las formas de protesta utilizadas (cierre del año con un 50% de desaprobación)(3). Es en este contexto social, en el cual se presentaron estos proyectos. Es importante precisar esto, porque el cuestionamiento de la eficacia del delito de desórdenes públicos, surge a propósito de estas movilizaciones. Si revisamos las propuestas legislativas presentadas durante el año 2011, identificaremos diversos proyectos destinados a controlar los hechos de violencia en las manifestaciones públicas (4).

¿Existe la necesidad de discutir y legislar sobre el delito de desórdenes públicos?, y, en el caso de responder afirmativamente, ¿las modificaciones propuestas en estos proyectos son racionales en atención a los principios formativos de las ciencias jurídico penales?

II.- Delitos y faltas consagradas en el sistema nacional con ocasión de una protesta social

En la actualidad, son diversos los delitos establecidos en el Código Penal (5) que permiten sancionar actos de violencia ocurridos con ocasión de una manifestación: el de atentado, desacato y desórdenes públicos. Asimismo se sancionan desórdenes de menor gravedad, a título de falta.

La ley de Seguridad del Estado por su parte, también consagra delitos contra el orden público, regulados en los artículo 6° y 7°, los cuales aumentan las penas en relación al delito del Código Penal.

III.- El orden público como bien jurídico protegido. Una cuestión ideológica

Los desórdenes públicos son regulados como aquellos delitos atentatorios del orden y la seguridad pública. El orden público es un concepto especialmente ambiguo, del cual no existe consenso en la doctrina penal ni en las ciencias sociales y jurídicas en general.

Desde la perspectiva penal, el orden público debe ser entendido en sentido restringido Sólo puede ser objeto de una tutela penal un bien jurídico estricto que materialice un conflicto o relación social concreta, lo contrario atenta contra el principio de intervención mínima que debe tener el ius poniendi estatal en la vida de los ciudadanos. En este sentido cuando hablamos de desórdenes públicos en este delito, debemos entenderlo como sinónimo de tranquilidad pública(6), lo cual es apoyado por diversos autores (7).

Se sanciona este delito porque la sociedad estima que el estado de tranquilidad social es necesario para el funcionamiento de la misma. Dicho funcionamiento se altera, cuando el derecho a manifestarse lesiona otros derechos fundamentales(8), tales como el de libre circulación, el derecho a la vida, al ejercer un trabajo, a la educación, a la propiedad, a la salud, entre otros.

La necesidad de delimitar este bien jurídico no es baladí, ya que posee una función normativa limitadora de la esfera de libertad de los individuos (9). En este delito en particular, se limita el ejercicio del derecho a manifestarse o protestar en espacios públicos y el derecho a la libertad de expresión, reconocido en diversos Tratados Internacionales (10) y en nuestro propio ordenamiento (artículo 19 N°12 y 13 de la Carta Fundamental), derechos determinantes para el funcionamiento democrático de una sociedad.

Toda persona es libre para emitir opinión e informar sin censura previa. Así también, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. El derecho a reunión implica a contrario sensu un deber del Estado a respetar el derecho a disentir y a reclamar de manera pública sus derechos, reconociendo en ello la dignidad y libertad de los individuos. Este deber cobra fuerza si consideramos que la protesta social surge generalmente, no como una forma de manifestar complacencia hacia el poder central, sino como un mecanismo de expresar descontento frente a un actuar u omisión de la autoridad. Esto, lleva muchas veces a los gobiernos centrales a caer en la tentación de criminalizar y utilizar el poder punitivo del Estado para reprimirlas y/o disuadirlas. Por ello, es necesario tener claro como primer aspecto, que trasladar la resolución del conflicto al ámbito penal, sólo debe estar reservado para situaciones de extrema violencia que hagan intolerable la convivencia social.

Ahora bien, ¿Cuánta libertad está dispuesta a sacrificar la sociedad para proteger la tranquilidad pública? La respuesta es política.

A nivel constitucional, Chile le ha asignado un valor preferente a la conservación del orden público. Así dan cuenta las Actas de la discusión de la Comisión de la Nueva Constitución de 1980 (11), donde los comisionados tuvieron especial preocupación por las alteraciones que el derecho a reunión pudiera generar al orden público. La importancia del tema, se manifestó en la redacción final del artículo 19 N°13 de la Constitución.

Este tratamiento ha provocado que nuestra legislación, en materia de protestas sociales, se encuentre en cuestionamiento en base a estándares internacionales mínimos, ya que ha sido un Decreto Supremo dictado en plena dictadura militar, el que ha venido a regular su ejercicio. Estos cuestionamientos se podrían ver intensificados con la regulación que se propone a través de la “Ley Hinzpeter”, por la redacción del nuevo delito de desórdenes públicos y el aumento en sus penas, lo cual puede ser interpretado como una intención de criminalizar la protesta social. Es preciso, sin embargo, tener claro que el derecho a manifestarse puede legítimamente ser limitado por una ley (inexistente en nuestro país), para fines legítimos como la protección del orden público o los derechos y libertades de los demás (colisión con otros derechos fundamentales) y siempre que no existan otras medidas menos restrictivas (última ratio).

IV.- Delito de desórdenes públicos en Chile: Una regulación obsoleta

El tratamiento doctrinario de este delito en Chile no guarda proporcionalidad con la amplia aplicación que ha tenido en nuestro sistema procesal penal. Según estudios realizados (12), entre los años 2005 y 2009, el número de imputados alcanzó las 17.869 personas. Sólo entre marzo y agosto de 2011, 9.895 personas fueron detenidas en nuestro país (13). No obstante, la gran mayoría de los imputados sale de sistema judicial sin haber sido sometido a procedimiento alguno.

Se ha criticado el actual artículo 269 por vulnerar los principios de legalidad y tipicidad, ya que no describe completamente la conducta que se condena. El Código exige que se alcance un resultado: “para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado”. ¿A qué se refiere la ley cuando condena un “cualquier otro fin reprobado”?

La actual regulación no permite compatibilizar un pacifico ejercicio de los derechos y libertades de cada uno de los habitantes. Es una norma imprecisa e ineficiente que ha impedido en la práctica su aplicación. En este sentido, en España se optó por establecer varias hipótesis con distintas penas según su gravedad, distinguiendo el espacio donde

©2003 asuntospublicos.cl

se producen o la finalidad que persiguen, con penas que oscilan entre la multa y la pena de prisión de tres años. Además, se incorpora en la descripción un elemento subjetivo que contribuye a acotar aún más el concepto de orden público, ya que la acción lesiona el orden público, sólo cuando se ha actuado "guiado por el fin de atentar contra la paz pública" (14).

V.- Algunos proyectos de ley en discusión

La moción presentada por diputados oficialistas y despachada esta semana (15), busca aumentar en un grado las penas de los delitos de desórdenes públicos, lesiones corporales y el de daño. La iniciativa de ley ingresada por el Ejecutivo, tiene por principal objeto el fortalecimiento del resguardo al orden público, por medio de la modificación del CP en el delito de atentado contra la autoridad y desórdenes públicos, sin perjuicio de incorporar una agravante en términos similares al de la moción.

Lo primero que llama la atención en ambas propuestas, es la ausencia de fundamentos político-criminales que justifiquen una intensificación del poder punitivo del Estado, lo cual es sumamente grave si se considera que ambas busca aumentar las penas asociadas.

Intensificar las penas mediante una agravante de este tipo debe obedecer a buenas razones. Ambos proyectos relacionan el uso de estos elementos al propósito de ocultar la identidad para cometer actos de violencia, es decir, con las dificultades que conlleva para la policía la persecución de los delitos cometidos. Sin embargo, cabe cuestionarse si es razonable traspasar esta carga a las personas intensificando las penas en vez de mejorar las políticas de persecución.

Respecto al proyecto del Ejecutivo, éste intenta suplir la imprecisión del delito actual redactando rigurosamente cada conducta de manera taxativa (seis hipótesis), sin embargo, en este intento, amplía la figura a delitos ya regulados (daños, robo, amenazas). La acción que se sanciona es la "participación en desórdenes" o "cualquier otro acto de fuerza o violencia" que importe la realización de estas hipótesis. Paradójicamente el proyecto excluye las conductas pacíficas que pudieran obtener el mismo resultado lesivo.

Extraña en la descripción alguna referencia a la "gravedad" del resultado. No cualquier alteración de la tranquilidad pública debe merecer un reproche penal. Así lo consagra expresamente la actual regulación y el Código Penal español. Se requiere una alteración del orden de cierta trascendencia, que lo haga merecedor de la repulsa social.

El proyecto establece como una de estas seis hipótesis, la "de invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales". Esta forma de desorden viene a tipificar como delito las conocidas "tomas". Hoy en Chile no es posible sancionar a quienes ocupen un edificio público o privado de manera permanente. Se ha utilizado otras figuras del CP para perseguir a los ocupantes, tales como la usurpación, hurto, daños, sin resultados satisfactorios porque no es posible asimilarlo. Será importante la decisión que se tome respecto de esta conducta, porque las consecuencias penales serán de trascendencia. Se sancionará con una pena que va entre los 541 días y 3 años, una forma de manifestación o protesta que era atípica hasta ahora en nuestro país. Por lo demás, los imputados serán en su gran mayoría adolescentes menores de edad.

El lugar donde se comete el delito toma especial importancia. El Proyecto señala diversos espacios que actualmente no están enumerados, lo cual se valora. Sin embargo agrega algunos que pueden ser objeto de cuestionamientos. El desorden no puede originarse en cualquier parte. La necesidad de mantener un orden social que permita a las personas ejercer ciertos derechos, lleva necesariamente a concluir que los lugares deben ser aquellos donde normalmente se ejerciten éstos (con connotación pública). ¿El desorden en un espacio estrictamente privado, trascenderá en una lesión a la situación de normalidad que impida a las personas ejercer sus derechos y libertades fundamentales? A base del planteamiento de orden público desarrollado en este Informe, esa respuesta a priori debe ser negativa. Por lo tanto, no se justifica la hipótesis del artículo 269 N° 2 del Proyecto, cuando prohíbe la invasión, ocupación y saqueo de "oficinas privadas" y "viviendas privadas".

Otra de las hipótesis reguladas, sanciona el empleo de armas o elementos explosivos u "otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad". Toda persona que quiera manifestarse debe ejercer este derecho en términos pacíficos, lo cual claramente se contradice con la tenencia y empleo de las armas reguladas en la ley 17.798. Sin embargo el Proyecto extiende la enumeración a hipótesis complejas de analizar, resultando ser una descripción inabordable.

El numeral 6°, sanciona el "causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular". La redacción deja subsistente el cuestionamiento sobre el merecimiento de protección que tendría el daño a la propiedad particular.

©2003 asuntospublicos.cl

¿Por muy grave que sea este daño a una vivienda privada, se entiende que altera la tranquilidad pública? ¿No existen otros delitos en el Código que enfrentan de mejor forma esta conducta ilícita, como el delito de daños o hurto?

Finalmente, uno de los principales cuestionamientos del proyecto se genera a partir de la siguiente frase: "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".

Este artículo ha sido fuertemente cuestionado incluso por Amnistía Internacional, quienes han mostrado su preocupación de que se persiga a los que convocan y organizan manifestaciones. Desde un punto de vista constitucional y legal, presenta varios reparos. Se busca condenar a personas que no han participado directamente en el desorden, sancionándolos con la misma pena que aquellos que hayan cometido directamente el delito mediante autoría directa.

Puede ser interpretado como una infracción al derecho a la libertad de opinión e, incluso, como la legalización de acciones de persecución penal a los líderes u organizadores de una marcha. La norma tiene por objeto reprimir la comunicación, expresión o difusión de una idea o un pensamiento que podría ser apto para crear un ambiente criminógeno con consecuencias delictuales (16), lo cual es excesivamente vago.

VI.- Conclusiones

Las propuestas legislativas responden a una reacción apresurada frente al importante fenómeno social ocurrido eL año 2011 en nuestro país. La decisión de modificar un delito, la determinación de sus penas y la redacción que se emplee, implica un reconocimiento social sobre el valor que se da a ciertas conductas. La determinación de cuánto derecho penal queremos, es una decisión política de Estado que se determina a través de un proceso de diálogo social.

La necesidad de una adecuada discusión sobre el merecimiento de protección penal del bien jurídico que subyace a este delito, se explica por las propias características de éste, que implican precisiones conceptuales cuyo análisis escapa a las ciencias penales, abarcando la política criminal y otras ciencias sociales. Además, el ejercicio de los derechos que se busca limitar a través de la regulación de este Proyecto, son generalmente ejercidos en el límite de la legalidad (intensificación del reclamo social por vías no institucionales) y constituye un importante fundamento de la estructura democrática.

No obstante, a base de lo sucedido el año pasado, es prudente generar cambios que terminen finalmente en una decisión legislativa tendiente a actualizar los aspectos penales que pudieren resultar obsoletos a la luz de las nuevas necesidades de consenso social. El ámbito de estudio ha sufrido importantes cambios en los últimos años que ameritan un debate.

Es necesario y pertinente legislar en la materia. El actual contexto social demanda una regulación eficiente que permita proteger el derecho a protesta de aquellos grupos que deseen expresar demandas legítimas, en armonía con los intereses de los ciudadanos que se encuentren en una posición pasiva en el reclamo. Lo anterior, no lleva necesariamente a concluir que la respuesta es más derecho penal.

Las propuestas legislativas no van en el sentido indicado. Las razones pueden sistematizarse de la siguiente forma:

El derecho penal actúa como última ratio en la resolución de conflictos. El control de los actos de violencia que se cometan en medio de actos de manifestación y expresiones públicas, deben ser abordadas preferentemente por el Estado a través de mecanismos extrapenales, mejorando la prevención y reacción de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y la persecución de los delitos a través del Ministerio Público, sin perjuicio de las políticas públicas que enfrenten el fondo del conflicto. La ampliación del tipo penal de desórdenes públicos creará nuevos problemas en la persecución de los mismos.

En este sentido, son importantes las denuncias y críticas realizadas al control policial en las manifestaciones sociales ocurridas. Según lo ha señalado el Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos ya citado, existe un ineficiente actuar policial en las detenciones masivas. Así, desde el punto de vista de las personas que participan en las manifestaciones, fue posible constatar que "la actuación policial no distingue entre aquellas que ejercen pacíficamente su derecho a reunirse y expresar sus opiniones y aquellos que utilizan acciones violentas. Desde el punto de vista del procedimiento policial no se aprecia la aplicación de criterios de necesidad, gradualidad y proporcionalidad en el uso de los medios disuasivos. Estas deficiencias, podrían ser subsanadas" (17).

©2003 asuntospublicos.cl

Las molestias causadas con ocasión de una protesta, deben ser distinguidas de los delitos que se cometen en ella. Estos delitos, a su vez, sólo en determinados casos van a alterar esta situación de tranquilidad, ya que de lo contrario, se configuran estos ilícitos especiales. El desorden público tiene un rol totalmente residual.

La decisión del Estado de intensificar las penas, merece una justificación político criminal contundente que no se observa en las propuestas. El mensaje del Ejecutivo justifica y plantea el proyecto con una mirada estrictamente jurídica, en una materia que según se ha visto, requiere consideraciones de otras áreas de estudio.

En relación al tipo penal, se observa una regulación ineficiente en su técnica legislativa, ya que existen conductas duplicadas en el Código Penal y otras leyes. Por otra parte, el proyecto ha optado por una redacción en extremo descriptiva y casuística, que en su afán de abarcar todos los supuestos cae en una tipificación excesiva e inorgánica. En la descripción ha omitido consagrar la "gravedad" como criterio delimitador.

La necesidad de reformar el delito estudiado se encuentra más que justificada. Una modificación debiera estar dirigida a reformular el delito sin aumentar sus penas, sino mas bien clarificando las acciones sancionadas. En este sentido, podría ser considerada la regulación española. El actual artículo 269, es una disposición de textura abierta que por su vaguedad e imprecisión, ha dificultado su aplicación efectiva por parte de los tribunales de justicia.

(1) Abogada, Universidad de Chile. Investigadora CED.
(2) Proyecto de Ley Fortalece el Resguardo del Orden Público Boletín N°7975-25.
(3) Cifras obtenidas en: http://www.adimark.cl/es/estudios/index.asp?id=143.
(4) Entre ellos podemos señalar: Boletín 7881-07, 30 de agosto de 2011, Proyecto que sanciona a quienes participen en manifestaciones públicas con el rostro cubierto; Boletín 7797-06, 19 de julio de 2011, Proyecto que establece responsabilidad por daños ocasionados en manifestaciones públicas; Boletín: 7806-07, 19 de julio de 2011, Proyecto de Control de la violencia dentro de las manifestaciones pacíficas; Boletín: 7667-11, 17 de mayo de 2011, Proyecto que prohíbe el uso de gases lacrimógenos y otros compuestos químicos para disolver manifestaciones públicas; Boletín: 7640-07, 11 de Mayo de 2011, Proyecto respecto de protección policial en manifestaciones públicas.
(5) En adelante, CP.
(6) Que lo diferencia de otros conceptos como el de seguridad pública, el cual tiene un objeto más amplio, cual es, la protección de las personas y sus bienes.
(7) CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte Especial. Trad. de José J. Ortega y Jorge Guerrero, Temis. Bogotá 1980 Vol. VI. Página 3014-3015. CORNEJO, Abel. Asociación Ilícita y Delitos contra el Orden Público. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. Página 23. TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. Los delitos de desórdenes públicos en el Código Penal Español. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.2001. Página 33.
(8) Derecho a protesta que degenera en un contraderecho, entendido como la conversión del ejercicio de un derecho constitucional en un antiderecho lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto. FOX, Francisco. Criminalización de la protesta social: No tiene derecho a reunirse donde le plazca. EN: BERTONI, Eduardo. ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires, Argentina. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Universidad de Palermo. 2010. Página 30.
(9) TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. Idem.
(10) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.
(11) SILVA BASCUÑAN, Alejandro. "El derecho de reunión en la Constitución de 1980" EN: Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Mario Verdugo. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile. 2009 Página 185.
(12) FOX, Francisco. Ibid. Página 75.
(13) Informe sobre programa de seguimiento y registro de abusos policiales. Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago, Noviembre 2011. Disponible en: http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2011/11/Misiones-de-observaci%C3%B3n-manifestaciones-y-comisar%C3%ADas-p%C3%BAblico-final-pdf.pdf
(14) TORRES FERNÁNDEZ, María Elena. Op Cit. Página 125.
(15) Proyecto de ley que "Modifica el Código Penal con el objeto de establecer el ocultamiento como una circunstancia agravante. Boletín N°7903-07.
(16) CASTILLO VERA, Francisco. El delito de desórdenes públicos en el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público. Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD648. Doctrina. 15-11-2011. Página 23.
(17) Instituto Nacional de Derechos Humanos. Op Cit. Página 14.

©2003 asuntospublicos.cl