

2. *Comentarios Legislativos*

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY, EN SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE INTRODUCE MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL, PROCESAL PENAL Y OTRA LEYES ESPECIALES QUE PRETENDE FORTALECER EL RESGUARDO DEL ORDEN PÚBLICO (BOLETÍN N° 7975-25)

LUIS FELIPE CONTRERAS ARCE*

I. FUNDAMENTOS DEL MENSAJE

Las modificaciones propuestas, según el texto del Mensaje, tienen por objeto fortalecer la normativa penal y procesal que se encarga de regular las conductas e instrumentos que permiten perseguir y sancionar conductas que se estiman atentatorias contra el orden público.

Fundamentalmente el ejecutivo destaca que corresponde al Estado la promoción del bien común y la paz social, para lo que debe crear entonces las condiciones necesarias que permitan el adecuado desarrollo de todos los miembros de la sociedad. En base a esta premisa general destaca, particularizándola, la necesidad de dar protección a la población y afirma que es propio de la labor estatal garantizar y asegurar el normal desarrollo de las actividades de todos quienes habitan el territorio nacional, de tal manera que la tranquilidad social sea un continuo temporal, y permita el desarrollo y crecimiento del país y de sus habitantes.

Se refuerza la idea que nuestro constituyente entrega a las Policías el deber de velar por el orden público y la seguridad interior, de manera que, sin perjuicio de las responsabilidades que caben a todos los miembros de la sociedad en la preservación del orden público, son las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública las llamadas a intervenir en nombre del Estado cuando la tranquilidad social es alterada, ya sea por desórdenes, por la comisión de cualquier crimen o simple delito o cualquier amenaza a la convivencia.

Ante la polisemia que fluye del concepto de orden público y desde la –así llamada– doctrina clásica, se explica que dicho concepto se vincula a una función de protección, de modo tal que en el cumplimiento de esta finalidad se permite limitar la autonomía de la voluntad en interés precisamente de la comunidad. En esta línea, se concluye que el orden público forma parte de los principios jurídicos

* Abogado, Magíster en Derecho Procesal Penal y Comunicación Forense y candidato a Magíster en Derecho Penal de la Empresa y los Negocios.

que integran el sistema jurídico y se orientan al bien común de una sociedad. A título de contrapunto, y con el objeto de completar el análisis, el ejecutivo señala que otra visión del orden público es aquella que parte por reconocer las dificultades de su definición y su raigambre en el artículo 24 de la Carta Fundamental¹ donde se destaca, ante todo, su naturaleza dinámica.

Luego, en un ejercicio sincrético, se afirma que, a pesar de las distintas acepciones del concepto, el orden público se puede entender en dos sentidos. Un material, contrario al desorden e integrado por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública; y de una perspectiva jurídico-formal, ligada 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. Como conclusión, el ejecutivo por fin señala que nuestro ordenamiento jurídico asume la concepción formal de orden público. Prueba de lo anterior sería que la Constitución, en su artículo 24 como en las demás disposiciones constitucionales, ha seguido esa tesis.

Hecha la afirmación anterior, el ejecutivo analiza los elementos que entiende comunes a todo concepto de orden público:

1. La seguridad y tranquilidad pública; consistente en el deber estatal de proteger a las personas y sus bienes contra los daños causados por terceros. Se explica que el fundamento especial de este deber se comunica a todo ciudadano que vive en sociedad y que es previo e independiente a cualquier tipificación². Se afirma que el proyecto de ley tiene por fin fortalecer la protección del orden público entendido en esta acepción.

2. La Salud Pública; aun cuando fuera del ámbito de competencia deslizado en el proyecto; su resguardo, en casos excepcionales, puede requerir la participación de la fuerza policial, especialmente ante epidemias, plagas y pandemias.

¹ De modo diverso a la tesis clásica, autores tales como Avelino León Hurtado y Vittorio Pescio Vargas, han advertido las dificultades para establecer un concepto de orden público, pues debe ser definido en un tiempo y en un lugar específico. Otros, como Alejandro Silva Bascuñán, definen el concepto de orden público tomando como base el artículo 24 de la Constitución Política de la República, esto es “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” (SILVA BASCUÑÁN, Antonio, Tratado de Derecho Constitucional, 2ª edición, t. v [Santiago, 2000], pp. 90 y 91). Para Sergio Diez Urzúa, el orden público “es el medio de la técnica positiva que nos permite ir directamente a las fuentes reales del derecho, cuando son insuficientes las fuentes formales para mantener el orden racional de la sociedad en un caso dado. Variable, en cuanto sufre las influencias de las aspiraciones del medio social y del dato histórico. Inmutable, en cuanto a su esencia, por estar basado en el hombre y su destino. Es superior al legislador al cual impone sus directivas. Es la expresión del principio ordenador del universo en la técnica positiva” (DIEZ URZÚA, Sergio, Algunas consideraciones de la noción de Orden Público en nuestro derecho civil, memoria de prueba, Universidad de Chile [Santiago, 1947], pp. 86 a 91).

² Algo así como el viejo *Neminem Laede*.

3. La moralidad pública; se entiende como un concepto meta-jurídico, sin embargo, de todos modos, se señala que algunas de nuestras normas requieren de su injerencia para su adecuada lectura, tal como se propusiera por Ronald Dworkin algunos años atrás, a propósito de su *Imperio del Derecho*³.

Ahora bien, una vez más o menos delimitado el alcance del concepto de Orden Público, el ejecutivo, en base al inciso segundo del artículo 24 de nuestra Constitución Política de la República, señala las competencias que la ley confiere en la materia.

Primero menciona la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, relativa a las facultades que en materia de orden público ostenta el Intendente. Asimismo, el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912, respecto de la competencia que tiene el Ministerio del Interior y Seguridad Pública en la materia. De la norma recién citada –dice el ejecutivo– se puede desprender un concepto descriptivo que señalaría una serie de hipótesis que se consideran atentatorias al orden público.

Luego, se afirma que estas facultades las ejerce la Policía en nombre del Estado y se funda el aserto en el artículo 101 de la Constitución Política de la República que encarga a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones la función de garantizar el orden público. En relación a Carabineros de Chile, se revisa el artículo 1° de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile, donde se describen sus atribuciones en la materia .

II. CONSIDERACIONES MATERIALES DEL PROYECTO

El primer aspecto adelantado en materia de conflictos entre la legislación propuesta y los derechos fundamentales es la afectación al derecho de reunión⁴ .

Se señala que las normas que regulan el ejercicio del derecho de reunión en espacios de uso público están contenidas principalmente en el Decreto Supremo N° 1086 del Ministerio del Interior, de fecha 16 de septiembre de 1983⁵.

³ Un análisis interpretativo acerca de un enfoque interpretativo: el del Profesor Dworkin”, en “Curso de Ética y Filosofía del Derecho”, T. I, 3ª ed. actualizada, del Profesor y Jurista: Ismael BUSTOS CONCHA. Nos valemus de este texto del profesor Bustos considerando los elogios que ha merecido, entre otros del profesor Stephan Guest, de la Universidad de Londres y del mismo profesor Dworkin.

⁴ La Constitución consagra, en su artículo 19 número 13°, que: “La Constitución asegura a todas las personas: 13° El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público se registrarán por las disposiciones generales de policía”.

⁵ El artículo 2° letra f) establece que “se considera que las reuniones se verifican con armas cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierros, herramientas, barras metálicas, cadenas y en general cualquier elemento de naturaleza semejante. En tal caso las Fuerzas de Orden y Seguridad Públicas ordenarán a los portadores entregar esos utensilios, y si se niegan o se producen situaciones de hecho la manifestación se disolverá”.

Aquí, el ejecutivo describe una serie de situaciones donde, en el contexto del ejercicio del derecho a reunión, quienes se reúnen realizan actos constitutivos de delitos –usualmente– contra las personas y la propiedad, sobrepasando el permiso constitucional que fluye del ejercicio legítimo de un derecho.

“...provocan desórdenes, agreden y lesionan a los funcionarios policiales o a quienes se manifiestan tranquilamente, causan daños a la propiedad, portan y utilizan armas cortantes, contundentes, de fuego e incendiarias, y muchas veces ocultan su rostro para evadir la acción policial y asegurar sus ataques a los legítimos participantes de la reunión. A lo anterior se suman situaciones graves como saqueos y la afectación al desenvolvimiento normal de la vida diaria y la actividad del comercio en las zonas por la que transitan las marchas cuando ocurren situaciones que exceden el ámbito pacífico en que el derecho está llamado a ejercerse. Estos actos constituyen claras muestras de afectación a la seguridad y tranquilidad pública que, finalmente, importan una alteración directa del orden público y un menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de reunión...”.

Al referirse a los fundamentos de la iniciativa, el Mensaje afirma que apunta a perfeccionar y fortalecer las normas que permiten el efectivo resguardo del orden público, empero concentrado en hechos de la naturaleza recién referida.

III. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA LEGISLACIÓN Y ALGUNOS COMENTARIOS

Para fortalecer el resguardo del Orden Público se pretende modificar el tipo penal de desórdenes públicos dada su obsolescencia e insuficiencia en relación con la realidad descrita en el mensaje mismo.

El proyecto propone –al menos se entiende que se pretende establecer con mayor precisión mediante la modificación del actual artículo 269 del código penal– regular una responsabilidad penal para quienes participen⁶ *en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importe la realización de los siguientes hechos: 1) paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte. 2) Invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales; 3) impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes; 4) atentar en contra de la autoridad o sus agentes; 5) o si se emplean armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad; 6) causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular.*

⁶ En el inciso final de la norma se propone una cláusula donde se sanciona a quien incita, promueve o fomenta los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia de los descritos en el inciso primero. En otras palabras, se castiga, a título de autoría, a quienes no ejecutan actos directos.

Al respecto, cabe destacar se pretenda tipificar el saqueo, conducta desvinculada del ejercicio del derecho a reunión, pues es el caso paradigmático de aprovechamiento de una situación de confusión, agolpamiento o aglomeración en el marco del ejercicio del derecho a reunión. Con todo, en el resto de la propuesta no puede sino advertirse una semejanza –constitutiva de un reforzamiento punitivo, en principio, injustificado– en relación con las conductas descritas en el Decreto N° 890⁷.

En efecto, el artículo sexto de la norma señala: Cometén delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública (...) c) Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralícen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos; d) Los que inciten, promuevan o fomenten o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen o impidan el libre acceso a puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes...”

Como se advierte, el contenido de las conductas consideradas en el proyecto es muy similar a los delitos contemplados en la Ley N° 12.927 y, aun cuando dicha ley se denomine de Seguridad del Estado, no es menos cierto que las conductas descritas en la ley se encargan precisamente de tipificar conductas que atentan contra el Orden Público, sin ir más lejos, ese es el nombre del Título que antecede los tipos respectivos. En otras palabras, la modificación del artículo 269 intenta precisar el contenido del tipo desórdenes públicos, sin embargo no considera la existencia de los tipos que previamente se refieren a conductas análogas a las descritas en el mensaje y perfectamente subsumibles en éstos.

Además, en el proyecto se propone que el actual inciso segundo del artículo 269 del Código Penal, que sanciona a quienes dificulten el actuar de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, constituya un nuevo artículo del Código Penal (artículo 269 A), al que se le introducen algunos cambios respecto de la redacción anterior destinados a precisar su alcance. Al respecto, cabe la misma reflexión relativa a la existencia previa de los artículos 6° y 7° de la Ley N° 12.927, en particular respecto de la letra c) del artículo 6° puesto que ya se sanciona, y con una pena más alta, la obstrucción, mediata o directa, del actuar de servicios de utilidad pública, entre los que obviamente cuenta el de Bomberos, puesto que de otro modo no se hubiere utilizado normativamente su actuar como sinónimo de utilidad pública en la legislación que se propone.

⁷ Fija el texto actualizado de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado, en concreto, en su Título III, “Delitos contra el Orden Público”, artículo 6° letras a), c), d), entre otras.

Por último, pero no menos importante, el texto propuesto del eventual artículo 269 establece una regla concursal que no deja de llamar la atención. En efecto, se señala que la pena a aplicar por la conducta constitutiva de desorden público es sin perjuicio de la que corresponda por delitos independientes como robos o daños. El punto es que los numerales que contempla la norma que se pretende, específicamente el saqueo del numeral segundo, constituye la tipificación de una afectación de la propiedad pública o privada igualmente como ocurre en los delitos de robos, por ejemplo. En consecuencia, salvo que se pretenda sostener al saqueo como una figura que afecta al orden público exclusivamente, lo cierto es que estaríamos en presencia de un concurso aparente de leyes penales que no permitiría la aplicación de penas a título de delitos de robo y saqueo al mismo tiempo.

Adicionalmente, el proyecto persigue agravar las penas por delitos de desórdenes públicos cuando se actúa encapuchado o con otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor.

La propuesta en este punto parece sensata, sin embargo se olvida que el artículo 85 del Código Procesal Penal incorporó recientemente una modificación a su texto que tuvo por objeto precisamente facilitar la labor policial tendiente a lograr la identificación de individuos encapuchados.

De este modo, y para el caso de aceptarse la propuesta, quien utilice alguna prenda de vestir que cubra su rostro, por ejemplo, para evitar el contacto directo con gases lacrimógenos, no solo podría verse afectado por un control de identidad por ese solo hecho autorizado, sino además, en caso de imputársele alguna de las hipótesis que refiere la ley, ver agravada su responsabilidad penal.

Esto último, pareciera corresponder a una confusión de fines. Si se pretende considerar a quien actúa encapuchado como un agente que verá agravada su responsabilidad por actuar de ese modo, habría que convenir que lo que agrava la penalidad no es la capucha sino que ésta, al igual que un disfraz, se utiliza para lograr impunidad; si lo que se pretende es sancionar al encapuchado por que se cubre en el contexto de un violentado ejercicio de reunión, entonces el mayor reproche en la comisión de un delito se encuentra en la conmoción popular que sirvió de contexto. Cualquiera sea el caso, pareciera que el viejo código penal ya reguló circunstancias de esa naturaleza.

Luego, si lo que se pretende es facilitar el ejercicio de la función policial, pareciera que la modificación al artículo 85 es suficiente herramienta para determinar la identidad de los agentes encapuchados.

Por otro lado, afirma el Mensaje, el proyecto perfecciona la regulación procesal relacionada con los delitos contra el orden público, permitiendo la apelación en audiencia por parte del fiscal del Ministerio Público, en contra de la resolución judicial que deniegue o revoque una prisión preventiva⁸ en casos de atentados

⁸ O que declare ilegal una detención.

graves en contra de la fuerza policial en términos tales que, de no compartirse la solicitud de prisión preventiva del Ministerio Público por el Tribunal, el imputado solo podrá recuperar su libertad una vez que se pronuncie la respectiva Corte de Apelaciones.

Sobre este punto, estimamos la inconstitucionalidad de la norma dado que el fundamento de la privación de la libertad del imputado, entre la negativa del Juzgado de Garantía y la decisión del Tribunal de alzada, se fundaría en una mera decisión administrativa, en el solo pedido fiscal. Ante lo anterior, huelga señalar que la privación de libertad de todo imputado debe decidirse por resolución judicial fundada.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, el proyecto, en base a la gravedad de los hechos que describe, permite la presentación de querrela particular por parte del Ministerio del Interior y Seguridad Pública respecto de los delitos contra el orden público y los que involucren atentados contra las Fuerzas de Orden y Seguridad y Gendarmería de Chile. Al respecto, pareciere que profundizar la legitimidad activa del poder ejecutivo en el ejercicio de la acción penal, no solo despoja al Ministerio Público de su función connatural, sino que transforma a la Administración en sujeto activo de la persecución, permitiendo la confusión de funciones y la correlativa pérdida de objetividad en una materia tan sensible como el ejercicio objetivo⁹ de la acción penal.

IV. CONCLUSIONES

Tal como se ha comentado, el proyecto de reforma legal que nos ocupa presenta importantes coincidencias con tipos penales que actualmente se encuentran vigentes y que protegen precisamente al Orden Público.

También se advierte que la expansiva legitimación activa del poder ejecutivo en el ejercicio de la acción penal no fortalece ni asegura la obtención de sentencias condenatorias en delitos de ésta o cualquier naturaleza —a este respecto baste solo revisar las sentencias definitivas pronunciadas en casos emblemáticos como el llamado caso *bombas* o el caso *Pitronello*—. Por el contrario, pareciere que el camino correcto para obtener un control adecuado de las conductas atentatorias contra el Orden Público, primero, exige de la labor estratégica de las Policías y la especialización de la persecución penal desde el Ministerio Público.

Por último, la sobre tipificación de conductas protectoras del orden público, sin el perfeccionamiento de las labores investigativas que en este tipo de ilícitos son esenciales, solo conducirán a olvidarnos de los tipos penales creados y que, más temprano que tarde, dormirán a la espera de ser despertados.

⁹ Cuando hablamos de objetividad nos referimos a la neutralidad, apoliticidad que debe caracterizar a quien sostiene la acción penal pública.