



Tesina Escuela de Derecho

“Constitucionalidad de la tendencia legislativa penal en materia de orden Público”

Proyectos de ley 2010 – 2012

Nombres : Nicoll Rojas Labra

:Diana Sánchez Valdés

Nombre profesora guía : Alejandra Zúñiga Fajuri

Índice

Resumen.....	4
Introducción.....	5
I. Capítulo I: Análisis de los proyectos de ley.....	7
1. Boletín N° 7018-25 que sanciona con mayor rigor las alarmas públicas.....	7
2. Boletín N° 7155-25 que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto.....	7
3. Boletín N° 7290-25 que agrava las penas por los delitos de daños en cámaras de televigilancia, vehículos motorizados u otros bienes destinados a implementar planes de seguridad pública.....	8
4. Boletín N° 7895-25 que modifica el procedimiento sobre control de identidad que corresponde realizar a los funcionarios policiales.....	9
5. Boletín N° 7975-25 que fortalece el resguardo del orden público.....	11
6. Boletín N° 8223-25 que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos.....	15
7. Boletín N° 8420-25 que modifica el código penal con el objeto de retipificar el delito de desórdenes públicos.....	16
II. Capítulo II: Constitucionalidad de la tendencia legislativa.....	17
1. Principio de legalidad.....	17
1.1. Principio de tipicidad.....	18
1.2. Principio de ofensividad.....	21
2. Responsabilidad individual de las penas y el derecho a no autoincriminarse.....	23
3. Garantía de protección judicial.....	26
4. Libertad personal y seguridad individual.....	27
5. Libertad de conciencia y no discriminación arbitraria.....	28
6. Libertad de expresión y opinión.....	29
6.1. Manifestación artística y libertad de expresión.....	30

6.2. Libertad de expresión y protesta social.....	31
7. Requisitos para la restricción de derechos fundamentales.....	33
7.1. Reserva legal.....	34
7.2. Interés público de carácter imperativo.....	34
7.3. Limitación conducente, proporcional y necesaria.....	35
7.4. Derecho penal mínimo.....	38
8. Política criminal y derechos fundamentales.....	38
Conclusión.....	50

Constitucionalidad de la tendencia legislativa penal en materia de orden Público

Proyectos de ley 2010-2012

Resumen

Los proyectos de ley en materia de orden público que se encuentran en la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas reflejan una tendencia legislativa expansionista del derecho penal que vulnera derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política; estos derechos son el principio de legalidad, la responsabilidad individual de las penas, el derecho a no autoincriminarse, la garantía de protección judicial, el derecho a la libertad personal y seguridad individual, la libertad de conciencia, el derecho a la no discriminación arbitraria y la libertad de expresión y de opinión.

Esta tendencia legislativa trae como consecuencia el aumento de la población carcelaria y con ello la vulneración de derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria. Entre éstos se encuentra el derecho a que cada recluso disponga de un espacio mínimo y a contar con condiciones mínimas de higiene, derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, entre otros.

Palabras clave:

Inconstitucionalidad de proyectos de ley. Tendencia legislativa penal. Expansión del derecho penal. Vulneración de derechos fundamentales. Condiciones carcelarias.

Introducción

La política criminal del estado de Chile, durante las últimas dos décadas, ha seguido una determinada tendencia legislativa penal en cuanto al fortalecimiento del resguardo del orden público, la que principalmente se configura en la creación de nuevos tipos penales, el aumento de las penas ya existentes y la flexibilización en los procedimientos que compete realizar a las policías.

Considerando que las sanciones del derecho penal pueden restringir o privar de ciertos derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Magna, y cuyo fundamento es el carácter antijurídico de los hechos, es menester determinar los límites que tiene el derecho penal como última ratio en relación a la protección de los derechos fundamentales.

Pretendemos concluir que efectivamente el contenido de los proyectos de ley que contienen la tendencia legislativa vigente vulnera garantías fundamentales consagradas en la Constitución Política de la República y en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes.

En el primer capítulo analizaremos proyectos de ley que regulan tipos penales que ofenden predominantemente al orden público y son sancionados con penas privativas de libertad, constituyendo las bases de la tendencia legislativa en materia penal, por consiguiente, revelando la política criminal expansionista llevada a cabo en Chile.

En el segundo capítulo reconocemos los derechos fundamentales que vulnera esta tendencia legislativa mediante estos proyectos de ley: principio de legalidad, responsabilidad individual de las penas, derecho a no autoincriminarse, garantía de protección judicial, libertad personal y seguridad individual, libertad de conciencia, derecho a la no discriminación arbitraria y libertad de expresión y de opinión. Agregamos un apartado especial referido a la política criminal y derechos fundamentales, en relación a las condiciones carcelarias en nuestro país, como factores insoslayables al momento de construir y aplicar una determinada tendencia legislativa, en materia de política criminal.

Concluiremos que el articulado de esta tendencia legislativa es inconstitucional, ya que en un examen de constitucionalidad previo los proyectos de ley contemplan la restricción

ilegítima de derechos fundamentales consagrados en la constitución y en tratados internacionales y en un examen de constitucionalidad posterior, la tendencia político criminal – al expandir el derecho penal – genera hacinamiento y éste si se encuentra acompañado de la vulneración ilegítima de otros derechos fundamentales de los reclusos distintos a la libertad ambulatoria, constituye un trato o pena cruel, inhumano o degradante. Entre los derechos fundamentales vulnerados con esta tendencia se encuentra el derecho a que cada recluso disponga de un espacio mínimo y a contar con condiciones mínimas de higiene y salubridad, derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho al acceso de salud, derecho a una alimentación adecuada, derecho a la privacidad e intimidad, derecho a gozar de un recurso efectivo y expedito.

Capítulo I: Análisis de los proyectos de ley.

Al primer semestre del año 2012, en la Comisión Permanente de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados encontramos veintiún proyectos de ley, de los cuales siete se relacionan con el orden público, cuya fundamentación se refleja en la expansión del derecho penal, ya sea agravando las penas, creando nuevos tipos delictuales o flexibilizando procedimientos policiales.

Estos proyectos de ley son:

1. Boletín N° 7018-25 del 29/06/2010, que *sanciona con mayor rigor las falsas alarmas públicas.*

El proyecto de ley propone modificar el artículo 268 bis¹ del Código Penal (en adelante CP) aumentando la pena de reclusión menor en su grado mínimo a presidio (*no señala si menor o mayor*) en su grado máximo, agregando a la pena privativa de libertad, la de solventar los gastos en que se incurriese por esa conducta. El proyecto señala que la finalidad de esta modificación es sancionar con privación de libertad efectiva, no dando cabida a la aplicación de los sustitutivos penales, que actualmente son posibles debido a la baja penalidad de este delito.

En cuanto a la fundamentación del proyecto y la modificación sugerida, infringen el principio de derecho penal como última ratio y el de proporcionalidad de las penas, ya que este delito se encuentra actualmente tipificado con una pena armónica al bien jurídico que protege, que es el orden público, bien jurídico que no es de aquellos personalísimos que son de mayor entidad y que requieren una mayor protección por parte del ordenamiento.

2. Boletín N°7155-25 del 31/08/2010, que *sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto.*

Reforma la ley de seguridad del estado (ley número 12.927), introduciendo como delito la intervención en un acto público, autorizado o no, con el rostro cubierto, de manera que se impida conocer la identidad de la persona a través de registros audiovisuales, especificando que no obsta a la calidad de público el hecho de que dicho acto se efectúe al interior de un

¹El artículo 268 bis sanciona con reclusión desde 61 a 540 días al que diere falsa alarma de incendio, emergencia o calamidad pública a cuerpos de bomberos u otros servicios de utilidad pública.

establecimiento educacional (que puede ser privado o público, pero en ambos casos se trata de recintos cerrados). Esta conducta es sancionada con una pena de privación de libertad y se remite a una regla de concurso real con el objeto de sumar las penas con las de otros delitos cometidos considerados como desórdenes públicos en la ley de seguridad del estado.

Este tipo penal genera problemas con la autoría, ya que sanciona al que interviene con el rostro cubierto en un acto público, autorizado o no, siendo un término muy amplio que no delimita el grado de participación ni la conducta típica sancionada. Ésta consta sólo de intervenir con el rostro cubierto en un acto público autorizado o no, intervención que incluso puede ser pacífica. Ello nos muestra la ausencia de bien jurídico protegido para un delito que es sancionado con una pena privativa de libertad, la que además puede ser sumada con las penas de otros delitos relativos al orden público contemplados en la ley de seguridad del estado.

3. Boletín N° 7290-25 del 09/11/2010, que *agrava las penas por los delitos de daños en cámaras de televigilancia, vehículos motorizados u otros bienes destinados a implementar planes de seguridad pública.*

Se agrega una circunstancia agravante al delito de daños tipificado en el artículo 485² del CP que consiste en “causar daños en cámaras de televigilancia, vehículos motorizados y cualquier otro bien destinado a implementar planes de seguridad pública”. El proyecto señala que el objeto de la modificación es “disuadir de realizar conductas posteriores a quienes cometan este tipo de ilícitos y entregar una potente señal al mundo delictual de que la comisión de ellos será sancionada en forma drástica y efectiva” (Boletín 7290-25, 2010: p. 2).

En éste se observa una tendencia a expandir el derecho penal porque la incorporación de esta circunstancia al citado artículo permite sancionarla con pena privativa de libertad, infringiendo el principio de intervención mínima y de proporcionalidad de las penas, esto porque el individuo arriesga la pena de reclusión menor en su grado mínimo a reclusión menor en su grado máximo, dependiendo de la cuantía del daño, en circunstancias que el

² Castiga con pena de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales a los que causaren daño cuyo importe exceda de cuarenta unidades tributarias mensuales en alguna de las ocho circunstancias que enumera el artículo en comento, cuya justificación se encuentra en un plus de injusto de las circunstancias que enumera el tipo penal.

mismo hecho delictual actualmente se sanciona con una pena alternativa, es decir, reclusión o multa.

Se incorpora esta penalidad en fundamento de la seguridad pública cuando realmente lo que se protege es la propiedad fiscal, siendo la pena inconducente, ya que es más costoso mantener a una persona privada de libertad en la cárcel que sancionar con una multa a fin de reparar el bien fiscal dañado.

4. Boletín N° 7895-25 del 01/09/2011, que *modifica el procedimiento sobre control de identidad que corresponde realizar a los funcionarios policiales.*

Este boletín sustituye el artículo 85³ del Código Procesal Penal (en adelante CPP) modificando esta facultad policial que autoriza al funcionario a exigir al particular su identificación (el proyecto indica que si, por un lado, existe la facultad de exigir, por otro, existe la concepción de que la “identificación personal ante la autoridad policial constituye una verdadera carga pública que el derecho impone a las personas para el mantenimiento del orden y seguridad pública”) (Boletín 7895-25, 2011: p. 2), en casos fundados que son “ejemplares”, porque el proyecto utiliza la voz “tales como” para referirse a las hipótesis que fundamentan el control de identidad.

Lo anterior vulnera el principio de reserva legal establecido por la constitución en el artículo 19 N° 7 b), ya que la retención de un individuo deja de obedecer a causales legales taxativas, sino que obedece a las impresiones del funcionario que puede ampliar las hipótesis señaladas; además, la constitución no distingue entre detención y retención, siendo que la retención restringe el mismo bien jurídico que la detención, cual es la libertad personal, debiendo en este sentido equipararse ambas en cuanto a la interpretación de las restricciones constitucionales en fundamento del principio de reserva legal que impone la Carta Fundamental en el artículo 19 número 7 en materia de libertad personal.

³El artículo 85 regula el control de identidad como un facultad policial, que sin orden previa, autoriza a carabineros de Chile tanto a solicitar - en tres hipótesis determinadas señaladas en el artículo – la identificación del controlado y registrar sus vestimentas, si fuese necesario según carabineros, como a conducir al controlado a la unidad policial más cercana, pasando a tener éste la calidad jurídica de retenido en caso que no pudiese identificarse o si no lo hiciera de manera suficiente.

Las hipótesis ejemplares son las mismas que las que señala el actual artículo 85⁴ del CPP, con la diferencia de que no incluye el andar encapuchado o embozado, sin embargo, ello no significa que no sea causal de un control de identidad, primero, porque las hipótesis son ejemplares y segundo, porque expresamente el inciso cuarto del proyecto señala que en caso de negativa de una persona a acreditar su identidad o tratándose de personas que se encuentren encapuchadas, el funcionario deberá proceder a su detención inmediata y llevarla a la unidad policial cercana para fines de identificación. La palabra empleada es “detenerla” no conducirla y el mismo párrafo señala que mientras dure la detención el encapuchado tendrá los mismo derechos establecidos en el artículo 93⁵ del CPP, reafirmando la idea de que se trata de una detención y no de una retención. De esta forma, el proyecto lo que hace es incorporar un ilícito penal inexistente, porque para que la detención proceda como medida cautelar exige que se trate de un delito flagrante o de las faltas señaladas en el artículo 134 inciso 4° del CPP y el andar encapuchado, primero, no es una falta, no existe en el libro IV del CP y segundo, como no es una falta no podría estar enumerada en el artículo 134 del CPP, vulnerando el principio de reserva legal en materia penal.

Este proyecto elimina la remisión al delito de vejación injusta que permite considerar que el ejercicio abusivo de esta facultad policial constituye el delito tipificado en el artículo 255⁶ del CP, el que castiga al empleado público que cometiere cualquier vejación injusta o apremios ilegítimos contra las personas. La actual redacción del artículo 85 del CPP da a entender que para que se configure el delito de vejación injusta por un funcionario público, bastaría el abuso en el procedimiento sobre control de identidad por parte del funcionario. La eliminación de este inciso provocaría dos consecuencias: primero, que el particular debe

⁴Estas hipótesis son que, según las circunstancias, las policías estimaren que existen indicios de que la persona controlada hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.

⁵El artículo 93 del CPP consagra el derecho que asiste a todo imputado de hacer valer hasta el término del proceso los derechos y garantías que le confieren las leyes y señala en una lista algunos de los derechos y garantías que asisten al imputado. El vocablo “algunos” da a entender que el artículo 93 no contempla un listado taxativo de derechos y garantías, sino que sólo nombra alguna de éstas.

⁶ El artículo 255 del CP sanciona con pena de suspensión y multa al funcionario público que desempeñando un acto del servicio realizare cualquier vejación injusta o apremio ilegítimo o innecesario para el ejercicio del mismo.

probar que ese abuso constituye una vejación injusta en los términos del artículo 255 del CP debiendo ser grave la ofensa al bien jurídico, ya que en el mismo artículo se compara la vejación injusta con el uso de apremios ilegítimos y segundo, la retención ilegal y arbitraria al ser atípica en Chile, si el particular no logra configurar el artículo 255 del CP, esta arbitrariedad quedaría en la impunidad, por falta de tipo penal que sancione la retención ilegal, constituyendo una “doble carga probatoria”⁷ para el particular que desea iniciar un procedimiento penal contra un funcionario.

Cabe destacar que el control de detención no procede en caso de control de identidad, por lo tanto, la única forma efectiva de que judicialmente se pueda controlar la ilegalidad o arbitrariedad de la privación de libertad, es mediante la interposición de un recurso de amparo penal, constitucional o una querrela por el delito de vejación injusta⁸.

El fundamento que se señala en esta iniciativa legislativa tiene por objeto que las policías no se sientan intimidadas por la normativa vigente y así no se abstengan de realizar estos procedimientos, “especialmente respecto de los “encapuchados” que producen daños y atemorizan a la población”(Boletín 7895-25, 2011: p. 2).El problema de fondo de este proyecto es que el control de identidad sigue siendo una forma de detención por sospecha (Informe anual de derecho humanos en Chile de la Universidad Diego Portales, en adelante Informe anual, 2005: p. 198), institución formalmente derogada en Chile.

5. Boletín N° 7975-25 del 04/10/2011, que fortalece el resguardo del orden público.

El fundamento del proyecto se debe a que la regulación de los desórdenes públicos en el código penal, según el ejecutivo se encuentra obsoleta, trayendo como consecuencia la impunidad de quienes son parte de estos hechos ilícitos ante la falta de tipos penales que describan adecuadamente las conductas que debiesen ser objeto de sanción, según los autores del proyecto. Como consecuencia de esta impunidad se impide a los ciudadanos desarrollar sus actividades libremente, incluyendo el derecho a reunión pacífica en los lugares públicos; se agrega que los ciudadanos que ejercen un derecho legítimo no

⁷Son cargas para el particular porque un delito cometido por carabineros en ejercicio o con ocasión de sus funciones, se entiende que forma parte de la competencia de los tribunales militares y en este procedimiento la carga de iniciar y aportar las pruebas para la investigación es del particular.

⁸Se vuelve una difícil opción la de querrellarse porque usualmente el Ministerio Público se declara incompetente para conocer sobre hechos cometidos por carabineros con ocasión de sus funciones por pertenecer la investigación del hecho a la jurisdicción militar.

requieren ocultar su identidad porque su ejercicio se realiza sin temor a ser identificado y se señala que agredir a las policías con ocasión del cumplimiento de su deber debe entenderse como un atentado contra la autoridad y debe ser sancionado como tal.

Este proyecto modifica el delito de atentado contra la autoridad (artículo 261 y 262 del CP) que contempla penas de reclusión menor y multa en distintos grados según se cumplan o no los elementos que exige el artículo 261⁹; retipifica el delito de desórdenes públicos (artículo 269 CP) que sanciona con reclusión menor en su grado mínimo a quienes turben gravemente la tranquilidad pública con un fin reprobado y en su inciso segundo, con reclusión menor en grado mínimo a medio a quienes impidieren o dificultaren la actuación de servicios de utilidad pública, reubicando el inciso 2º del artículo 269 en el artículo 269 bis A y creando una agravante específica, el andar con el rostro cubierto, en el artículo 269 bis B, disposiciones todas ubicadas en el código penal. A su vez, modifica el código procesal penal, la ley que organiza las secretarías del estado (decreto con fuerza de ley número 7.912) y la ley sobre control de armas (ley número 17.798). El análisis se enfocará en las modificaciones que se pretenden introducir al delito de desórdenes públicos del código penal.

La redacción actual del artículo 269¹⁰ del CP que tipifica el delito de desórdenes públicos requiere para configurarse que los hechos turben gravemente la tranquilidad pública, que es un elemento descriptivo que valora el juez según las máximas de la experiencia, y que estos hechos se realicen para causar injuria u otro mal o con cualquier otro fin reprobado por el derecho, que es un elemento subjetivo del tipo. La redacción propuesta¹¹ por este proyecto de ley desecha ambos elementos del tipo actualmente existentes y señala que serán castigados con 541 días a 3 años de presidio los que “participen en desórdenes o cualquier

⁹Alzarse públicamente empleando fuerza o intimidación para algunos de los objetos señalados en los artículos 121 y 126 (delitos contra la seguridad interior del estado); y acometer o resistir con violencia, empleando fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo.

¹⁰El inciso 1º del artículo 269 dispone: “Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”.

¹¹ El inciso 1º del artículo 269 del proyecto de ley dispone: “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 importen la realización de alguno de los siguientes hechos:”

otro acto de fuerza o violencia que importe la realización de seis circunstancias previstas en el mismo”¹².

Haciendo un análisis crítico del tipo penal podemos señalar que en primer lugar, según Nicolás Espejo, consultor jurídico de UNICEF, sostiene que esta modificación castiga a los “partícipes”, es decir, no delimita al autor de este delito, dando cabida a una posible interpretación analógica que puede incluir a los cómplices, encubridores, instigadores e incluso sancionar actos preparatorios, que por regla general, son impunes en nuestra legislación (Actas Comisión de seguridad ciudadana y drogas, en adelante “Actas”, sesión 56 de 9 de noviembre de 2011: p. 5). En segundo lugar, se exige participar en “desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia” careciendo el intérprete de un marco referencial que le permita determinar qué es lo que debe entenderse por “desórdenes” (Espejo, Nicolás; Actas, sesión 56 de 9 de noviembre de 2011: p. 5).

En tercer lugar, en relación a la voz “cualquier otro acto de fuerza o violencia” ¿qué cabe entender por fuerza o violencia? porque el código distingue entre violencia, que se ejerce contra las personas y fuerza, que se ejerce en las cosas y aplica estatutos jurídicos distintos tratándose de una u otra, entonces cabe preguntarse si el proyecto las trata como sinónimos o como modalidades diferentes (Mañalich, Pablo; Actas, sesión 56 de 9 de noviembre de 2011: p. 3). En cuarto lugar, según Georgy Schubert, Defensor Nacional, con esta nueva redacción no es necesario que el dolo del sujeto capte la intención de alterar el orden público, sino que al contrario, basta con participar en desórdenes bajo ciertas hipótesis independiente si se quiere alterar o no el orden público (Actas, sesión 58 de 23 de noviembre de 2011: p. 3). Además, estos desórdenes ni siquiera tienen el calificativo de público y ello sumado a la frase “o cualquier otro acto de fuerza o violencia” da cabida a la

¹²1.- Paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte; 2.- Invasión, 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 en los términos de los artículos 261 o 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda; 5.- Emplear 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.

existencia de un delito de desórdenes públicos que no ofenda (lesione o ponga en peligro concreto de lesión) el orden público, es decir, un delito sin bien jurídico ofendido.

Siguiendo con el análisis del tipo penal propuesto en este proyecto de ley, cabe nombrar las circunstancias que configuran este delito, éstas son seis: en primer lugar, la paralización o interrupción de algún servicio público, que en palabras del defensor nacional manifiesta su preocupación por la redacción ya que no cualquier paralización o interrupción de los servicios puede ser punible, sino que ésta debe estar provista de cierta gravedad para ser sancionada y esta gravedad debe ser señalada en el tipo penal; segundo, la invasión, ocupación o saqueo de establecimientos privados, semifiscales y públicos, lo que es bastante dudoso porque ¿qué razón habría para castigar por desórdenes públicos a personas que ocupan un recinto privado, como un local comercial? ¿es el orden público el bien jurídico ofendido?; tercero, la interrupción del tránsito vehicular o la libre circulación peatonal, sin importar la gravedad, duración o circunstancias de la irrupción; cuarto, atentar contra una autoridad en los términos establecidos en el delito de autoridad, actos que ya se encuentran tipificados en los artículos 261 y 262 del CP, provocando un posible conflicto de concurso aparente de leyes penales; quinto, emplear armas de fuego, lo que es dudoso ya que para solucionar un posible concurso con la ley sobre control de armas se debe atender a la regla de la absorción y en este sentido si una persona lesiona a otra empleando un arma no será castigada por porte y lesiones, sino que sólo lesiones, no obstante, con este proyecto la persona podría ser sancionada por desórdenes públicos y por lesiones sin que sea necesario alterar gravemente el orden público; por último, daños a la propiedad, lo que pretende entregar facilidades probatorias al ministerio público porque no será necesario probar los desórdenes, sino que los daños a la propiedad que haya implicado la participación en desórdenes o “cualquier otro acto de fuerza o violencia”, circunstancias que son sancionadas de forma concurrente con los delitos que pudieran resultar de los desórdenes.

En este sentido, la posibilidad de vulnerar el principio del non bis in ídem o prohibición de la doble incriminación es muy probable, ya que un mismo hecho primero sirve para adecuar típicamente los desórdenes públicos, al ser una circunstancia constitutiva del delito, y segundo sirve para adecuar el delito autónomo del que depende el resultado. Un ejemplo

que señala el defensor nacional en la sesión 58 de la comisión de seguridad ciudadana y drogas se refiere a un individuo que pone manos en la autoridad, constituyendo el delito de atentado contra la autoridad del artículo 262 del CP también sería un acto de fuerza o violencia constituyendo el numeral 4° del artículo 269 del proyecto de ley, resultando una doble agravación basada en el mismo hecho: poner manos en la autoridad.

Se sanciona con la misma pena que a los autores, en este caso denominados partícipes, a los que inciten, promuevan o fomenten los desórdenes en cualquier otro acto de fuerza o violencia, siempre y cuando puedan prever los mismos. Esto es excesivo considerando que la responsabilidad penal es personal y que se está haciendo responsable a los incitadores, promovedores y fomentadores por hechos que no cometieron y sin que sea necesario que ellos tengan la intención de alterar el orden público, basta la previsibilidad, lo que para el ministerio público sería muy fácil de constituir porque usualmente las manifestaciones terminan en hechos de violencia.

Por último, incorpora una agravante específica que es actuar con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor en delitos contra la autoridad y desórdenes públicos, fundamentándose en la dificultad para el ministerio público de investigar y dar con la identidad de los responsables de los desórdenes; de esta forma, establece una especie de deber ciudadano de no dificultar la labor investigativa del estado y un derecho del estado a exigir que los que delinquen lo hagan a rostro descubierto, lo que no se encuentra acorde con la máxima penalista de que el autoencubrimiento no es punible (Aldunate, Enrique; Actas, sesión 58 de 23 de noviembre de 2011: p. 6).

6. Boletín N° 8223-25 del 04/04/2012, que *Penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos*.

Incorpora al artículo 269 del CP (delito de desórdenes públicos) la tipificación de la interrupción ilegítima del tránsito, ya sea vehicular o peatonal, con el objeto de solicitar de forma coactiva alguna prestación de cualquier naturaleza. La pena es de reclusión menor en su grado mínimo.

La redacción de este ilícito colisiona con el principio de tipicidad en cuanto a que no establece con precisión el hecho antijurídico a sancionar penalmente, utilizando la

expresión “solicitando de forma coactiva”, no señalando el tipo de coacción a que se refiere y además, utiliza la expresión “alguna prestación de cualquier naturaleza”, lo que podría llevar a sancionar mecanismos no institucionales que pretende reivindicar derechos vulnerados o en peligro de vulneración (Ej. corte de calle por ajuste salarial), ya que el término ilegítimo introducido a este tipo penal se refiere sólo a si la marcha está autorizada o no, en circunstancias que el actual delito de desórdenes públicos sí contiene la limitante de que debe tratarse de un hecho grave y con fin reprobado para el derecho.

7. Boletín N° 8420-25 que modifica el código penal con el objeto de retipificar el delito de desórdenes públicos.

Reemplaza el actual artículo 269¹³ del CP sobre desórdenes públicos manteniendo su penalidad actual, pero modificando la descripción típica del delito con el objeto de incluir conductas que actualmente son atípicas debido a los parámetros establecidos por el tipo penal en cuanto a la gravedad de estos actos y a su fin reprochable. Este proyecto tipifica como desórdenes públicos el causar lesiones corporales o daños con ocasión de ellos, obstaculizar vías públicas, paralizar o interrumpir servicios públicos mediante actos de fuerza o violencia, es decir, se sanciona como desorden público conductas que lesionan otros bienes jurídicos como la propiedad o la integridad física, haciendo aplicación de la regla de concurso real y así vulnerando el principio non bis in ídem al sancionar la misma conducta con dos penas distintas.

¹³Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados. Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas.

Capítulo II: Constitucionalidad de la tendencia legislativa.

Del análisis de estos 7 proyectos presentados a la comisión permanente de seguridad ciudadana y drogas, podemos observar que la tendencia legislativa contenida en ellos tiende a vulnerar las siguientes garantías fundamentales:

1. Principio de legalidad

El principio de legalidad de los delitos y las penas se encuentra consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 8° y 9° de la Constitución Política de la República¹⁴ (en adelante “CPR”), en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵ (en adelante CADH), en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁶ (en adelante PIDCP), en el artículo 1 inciso tercero y artículo 18 inciso 1° del Código Penal¹⁷ (en adelante CP). Este principio “garantiza al individuo y constituye un límite al estado en el ejercicio del ius puniendi, en aras a que éste sólo puede castigar un hecho cuando una ley anterior a la ejecución del mismo lo describe como delito y precisa cuál es la pena que debe aplicarse a quien lo realiza” (Garrido, 2001: p. 31).

La ley para constituirse como fuente de delitos y penas debe cumplir con tres exigencias: debe ser previa, escrita y estricta. Que sea previa, implica una prohibición de retroactividad, que sea escrita conlleva que sólo puede ser fuente legal del derecho penal la ley propiamente tal y que sea estricta hace alusión a la prohibición expresa de la analogía (Náquira, 2008: p. 2: 5).

¹⁴Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella

¹⁵Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficia con ello.

¹⁶Este artículo está redactado en términos casi idénticos al de la CADH, antes citado.

¹⁷El que cometiere delito será responsable de él e incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella a quien se proponía ofender.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

A continuación revisaremos dos expresiones del principio de legalidad que se ven vulnerados en la tendencia legislativa en comento. Estas son el principio de tipicidad y el principio de ofensividad.

1.1. Principio de tipicidad

Esta garantía constitucional requiere que la ley penal al crear delitos y penas se refiera directamente a los hechos que constituyen un ilícito penal, lo que se conoce como principio de taxatividad o tipicidad, consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 8º, que exige que la conducta sancionada por ley esté expresamente descrita. Por lo tanto, están prohibidos los tipos penales abiertos y las leyes penales en blanco, ambas serían inconstitucionales, la primera, al no describir con exactitud la conducta que se considera delito y la segunda, al remitir la descripción de la conducta o la imposición de la pena a una fuente formal inferior como un reglamento administrativo o un decreto ley.

De los proyectos de ley analizados pudimos observar una tendencia por parte del legislador a vulnerar la garantía constitucional de reserva legal y de tipicidad. La reserva legal se infringe en el boletín 7895–25 al tipificar en el CPP, mediante la modificación del artículo 85 sobre procedimiento de control de identidad, un hecho considerado antijurídico, que no es delito ni falta, que sin embargo es un presupuesto para que los funcionarios policiales procedan a efectuar la detención sin orden previa del individuo¹⁸.

En este boletín se autoriza la detención de una persona, en caso de que éste se encuentre encapuchado u oculte su rostro, y en el fondo, pretende equiparar esta situación a la negación de la identidad, falta tipificada en el artículo 496 número 5 que en virtud del artículo 134 del CPP¹⁹ es una de las faltas que autorizan la procedencia de la detención como medida cautelar. Ello se reafirma al señalar que la persona que niega su identidad o se encontraba encapuchada será detenida, conducida a la unidad policial cercana y tendrá los mismos derechos que un detenido. Sin embargo, esta conducta “andar encapuchado” al no ser una falta ni constituir ningún ilícito penal – no puede autorizar la detención –, de manera que por este hecho el ministerio público no puede formalizar, porque es un acto

¹⁸ Tratado con mayor extensión en las páginas 5-7.

¹⁹ Este artículo enumera taxativamente las faltas que autorizan la detención como medida cautelar, haciendo excepción al artículo 124 del CPP que señala que la medida cautelar por excelencia de las faltas es la citación.

atípico, y como en el derecho penal la analogía está proscrita, no se puede asociar la negación de identidad con la ocultación del rostro mediante vestimentas, porque la ocultación del rostro es atípico y si la ley no lo contempla como delito no cabe al funcionario policial considerarlo como tal.

El principio de tipicidad, determinación o taxatividad exige que la conducta considerada como delito debe señalarse expresamente, así, según Garrido las descripciones vagas o demasiado generales no cumplen con el mandato de determinación (2001: p. 32), siendo infringido mediante la creación de tipos penales abiertos, que describen el núcleo típico de manera tan amplia que cualquier conducta puede adecuarse al tipo penal. En materia de infracciones al orden público, la tendencia legislativa pretende eliminar dos requisitos del tipo penal actual, el primero de ellos es la gravedad de la turbación a la tranquilidad pública y el segundo es el ánimo de ofender el orden público, es decir, el dolo debe captar la ofensa de ese bien jurídico en específico, ya sea mediante la lesión o la puesta en peligro del orden público, y este requisito se manifiesta con la turbación grave para causar injuria a otra persona o con cualquier otro fin reprobado por el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la tendencia legislativa tiende a crear una especie de responsabilidad objetiva en materia de desórdenes públicos. Así el boletín 7975-25, señala abiertamente que serán sancionados con pena de presidio en su grado medio los que “participen en desórdenes o en cualquier otro acto de fuerza o violencia cuando concorra alguna de las circunstancias enumeradas” (2011: p.15); y el boletín 8223-25, sanciona la irrupción ilegítima del tránsito “cuando ella tenga por fin solicitar en forma coactiva una prestación de *cualquier naturaleza*” (2012: p. 2).

El principio de tipicidad exige que se exprese taxativamente cuál es la conducta que configura el tipo penal, de manera que, de la sola lectura del artículo una persona pueda identificar qué conducta se considera antijurídica y la pena asociada para tal acto. De la lectura de ambos artículos citados, es improbable que se pueda identificar con precisión la conducta que se adecua al tipo de desórdenes públicos, porque ésta no se encuentra determinada.

En el boletín 7975-25, en primer lugar, ni siquiera puede identificarse el sujeto activo del tipo, es decir, no hay autor sino que hay partícipes, se castiga a quien participa, de manera que, en términos amplios partícipes puede ser el cómplice, encubridor, instigador, entre otros. En segundo lugar, se castiga a los que participan en desórdenes o en actos de fuerza o violencia, no exige que los desórdenes sean de cierta entidad, y los actos de fuerza o violencia ni siquiera exigen la ofensa al orden público. Es evidente que el delito no exige ningún requisito en cuanto a la gravedad de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia, es más consta en la sesión 54 de la comisión de seguridad ciudadana y drogas la opinión del ministro del interior, Rodrigo Hinzpeter, en orden a señalar que “el impedimento a la libre circulación (numeral 3º del artículo 269 que propone el boletín) debe ser sancionado *en todo caso, se haya o no empleado fuerza*”.

En relación a este proyecto de ley, el 12 de julio de 2012 la Comisión de Seguridad Ciudadana y Drogas de la Cámara de Diputados solicitó la opinión de la Corte Suprema en virtud del artículo 77 inciso 2º de la CPR y el artículo 16 de la ley número 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, que establecen la obligación de oír previamente a la Corte antes de la votación del proyecto de ley respectivo cuando se refiere a materias de organización y atribución de los tribunales. En el análisis del proyecto que se hace en el oficio en comento, los Ministros señores Dolmestch, Brito y Cerda lo informan desfavorablemente, fundamentando en que la modificación al artículo 269 del Código Penal atentan contra el principio de legalidad en materia penal en cuanto establece nuevas figuras penales que constituyen verdaderos tipos penales en blanco. Señalan que hacer punible la participación por el sólo hecho que de ellos se produzcan los resultados enumerados en el nuevo artículo 269 propuesto por el proyecto de ley, supone consagrar un tipo penal en blanco que contraviene el tercer numeral del artículo 19 de la Constitución, y lo mismo cabe señalar respecto de la agravante del artículo 269 B. (Oficio N° 78-2012, Informe proyecto de ley 28-2012: p. 8).

A su vez, el boletín 8223-25, en la misma línea que el anteriormente citado, considera como un delito contra el orden público la interrupción ilegítima del tránsito, boletín que constituye un tipo penal abierto por su redacción, esto porque la ilegitimidad de la interrupción radica si ésta se encuentra autorizada o no por la intendencia, cuando se trata

del ejercicio de reunión pacífica en espacios públicos; en relación a ello, la irrupción ilegítima del tránsito es considerada una conducta antijurídica. Sin embargo, esta conducta calificada como un delito contra el orden público no exige que de la interrupción se sigan desórdenes ni que éstos sean graves, tampoco exige la intención de ofender al orden público, que es el bien jurídico, por su ubicación sistemática que se quiere proteger, sino que sólo exige que esta interrupción pretenda solicitar coactivamente una prestación de cualquier naturaleza.

Como es dable observar los términos “forma coactiva” y “cualquier prestación” permiten que manifestaciones sociales, políticas, laborales u otros actos de presión en sí se consideren un delito contra el orden público. Por regla general, las manifestaciones sociales se caracterizan por utilizar vías no institucionales a través mecanismos de presión como el paro, huelga, marcha, entre otros, para solicitar alguna prestación o cumplimiento de alguna obligación, que incluso, puede ni siquiera ser contraria a derecho. Por ejemplo: cuando el sector público se paraliza por ajuste salarial, no se podría señalar que el solicitar aumento de salario es una pretensión antijurídica, sin perjuicio de que las paralizaciones del sector público o las huelgas ilegales se encuentran tipificadas en el artículo 11 de la ley de seguridad del estado (ley número 12.927).

A modo de conclusión, la retipificación del delito de desórdenes públicos y el delito de interrupción del tránsito, son inconstitucionales ya que vulneran abiertamente el principio de tipicidad penal consagrado en el artículo 19 número 3 inciso 7º y 8º de la CPR.

1.2. Principio de ofensividad

En el boletín 7155-25 nos encontramos con una vulneración específica al principio de ofensividad o lesividad *nullum crimen, nulla poena sine iniuria*, el cual está recogido implícitamente en el principio de legalidad resguardado en artículo 19 N° 3 inciso final de la CPR, artículo 7.2 de la CADH y artículo 9.1 del PIDCP. Stuart Mill en su obra “Sobre la libertad”, reconoce este principio en un aspecto amplio como limitante del poder estatal e incluso de la sociedad en relación a la libertad del individuo, señalando que “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la protección” (1999: p.68). La

protección se refiere a la de los demás miembros de la sociedad, la acción de aquél individuo debe significar un perjuicio significativo a otro u otros, de manera que si no existe perjuicio o lesividad, no puede haber limitación en la esfera de la libertad privada de la persona.

El profesor Jorge Mera señala que sólo cuando se conoce el bien jurídico protegido por el tipo penal se puede conocer el contenido específico y el alcance efectivo del mismo, por ello, si no hay bien jurídico no se cumple el principio de legalidad; de lo contrario, se podría llegar a la arbitrariedad por parte del poder estatal de tipificar como delito cualquier conducta aun cuando no lesione ni ponga en peligro concreto algún bien jurídico de relevancia, lo que naturalmente no se condice con una sociedad democrática (1996: pp. 429-437). En este mismo sentido, el profesor Ferrajoli indica que si bien el principio de ofensividad no se encuentra directamente consagrado, sería ilógico pensar que un derecho fundamental pueda ser privado por la ley sin que se justifique un acto que ha puesto en peligro o ha lesionado otros derechos fundamentales consagrados en la constitución o instrumentos internacionales de derechos humanos (1992: p. 6).

En cuanto al alcance del concepto de ley que se encuentra en la CADH, en la aplicación como instrumento que legitima la privación o restricción de derechos fundamentales reconocidos en ella, la Corte IDH, en la opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986 sobre la expresión "leyes" del artículo 30 de la Convención, solicitada por el gobierno de la República Oriental de Uruguay, ha indicado que esta expresión "ley" debe relacionarse con el principio de legalidad y reserva de ley, y para que constituyan una garantía efectiva de las libertades y derechos, no basta sólo su proclamación formal, sino que debe existir un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos (considerando 24, 1986: pp. 6-7).

La Corte, para ejemplificar el alcance de la expresión ley en relación al principio de legalidad, cita el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, el cual señala que "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley" (1986: p.7). Es decir, para

que se restrinja un derecho fundamental esta restricción debe ser por ley, pero el fundamento mismo de aquella sólo se justifica por la lesión de otro derecho fundamental.

Continúa su análisis señalando que la sola determinación del poder público no basta para restringir los derechos fundamentales, ya que la expresión “ley” se considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. Por ello, la limitación legal debe darse además "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" (considerando 27, 1986: p.7).

Ahora bien, el solo hecho de cubrirse el rostro no afecta ningún bien jurídico, ni siquiera podría argumentarse que el bien afectado sería la correcta administración de justicia, ya que es deber del ministerio público y de la policía el investigar los hechos delictivos; nadie tiene el deber de autoincriminarse lo que deriva del principio de presunción de inocencia y finalmente, sería ilógico establecer una agravante específica, ya que, tal como lo señala Mañalich, no habría diferencia con exigir que quien roba debe hacerlo sin guantes con el fin de no impedir la identificación mediante huellas al investigador. (Actas, sesión 56 de 9 de noviembre de 2011: p.3).

2. Responsabilidad individual de las penas y el derecho a no autoincriminarse

Ambas garantías se relacionan con el principio de culpabilidad. La culpabilidad, en palabras de Náquira, es un juicio de reproche, eminentemente personal, que la sociedad formula al autor de una conducta típica y antijurídica, porque en la situación concreta respectiva, el sujeto podría haber evitado la perpetración de la conducta ilícita y de esta forma haber actuado conforme a derecho, pero no lo hizo (2008: p. r2: 13). Así, el principio de personalidad de la sanción penal es una consecuencia del principio de culpabilidad (Náquira, 2008: p. r2: 14) y el derecho a no autoincriminarse es manifestación de la presunción de inocencia.

El principio de personalidad de las penas se encuentra consagrado en el artículo 5.3 de la CADH y señala que la pena no puede trascender de la persona del delincuente, es decir, la responsabilidad penal es personalísima, no pudiendo responderse por el hecho ajeno. El principio de presunción de inocencia se encuentra consagrado constitucionalmente en el

artículo 19 número 3 inciso 6° que prescribe que la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal y en el artículo 14.2 del PIDCP, debiendo demostrar el ministerio público o el querellante la culpabilidad de la persona que es acusada de haber cometido un acto típico y antijurídico.

El derecho a no autoincriminarse es un corolario de la presunción de inocencia y se encuentra consagrado en el artículo 8.2 letra g)²⁰ de la CADH y en el artículo 14.3 letra g)²¹ del PIDCP, por lo tanto, en virtud del artículo 5 inciso 2° de la CPR²², estas disposiciones tienen rango constitucional (Medina, 1996: p. 64 – 69) y ambas señalan que durante el proceso toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, descartando de esta forma la posibilidad al legislador de castigar penalmente el autoencubrimiento. Sin embargo, y frente a todas las consagraciones constitucionales e internacionales, la tendencia legislativa, mediante los boletines 7155-25 y 7975-25 vulneran el principio de personalidad de las penas y el derecho a no autoincriminarse.

Así, el boletín 7975-25 castiga con la pena de autor (541 días a 3 años) a los fomentadores, incitadores o promovedores de hechos que sobrevinieron en desórdenes u otros actos de fuerza o violencia, con tal de que hayan podido preverlos. En este sentido basta que una manifestación haya sido convocada para ejercer el derecho de reunión en forma pacífica y en el transcurso de la misma se transforme en una manifestación violenta, para hacer responsable al convocante de un hecho que ni siquiera cometió.

Este boletín es muy ilustrativo de cómo se hace responder penalmente a una persona por hechos ajenos, no es necesario para que el convocante responda, la participación en los desórdenes, ni mucho menos (porque el tipo penal no lo pide) el ánimo de alterar el orden público, tampoco es necesario para que responda que la tranquilidad pública sea alterada gravemente, puede ser una alteración insignificante, sino que basta que haya podido prever,

²⁰Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

²¹ Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable

²²El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

no querer, que la manifestación pudiese terminar en desórdenes de cualquier entidad y naturaleza.

Asimismo, el boletín 7155-25, tipifica como delito autónomo el intervenir con el rostro cubierto en un acto público, autorizado o no. No es necesario para configurar el tipo penal el intervenir en desórdenes, ni siquiera se especifica lo que es intervenir en acto público, sino que basta intervenir encapuchado en un acto público, autorizado o no. El bien jurídico directamente vulnerado es el principio de ofensividad, por la inexistencia de un bien jurídico asociado al ilícito y de manera secundaria, podría verse afectado el derecho a no autoincriminarse, porque el mismo proyecto contempla una regla de concurso real en caso de haber cometido otro delito estando encapuchado, por lo tanto, se estaría imponiendo a la persona el deber de delinquir a rostro descubierto para facilitar la labor investigativa del estado.

El boletín 7975-25 incorpora en su artículo 269 bis b, una agravante específica para los delitos contra la autoridad y los desórdenes públicos, que es el participar en desórdenes o en cualquier acto de fuerza o violencia encapuchado o con el rostro cubierto. Éste vulnera el derecho a no autoincriminarse y se presta para dudas el establecimiento de una agravante específica para un delito- que incluso puede dañar insignificamente el orden público-, ya que en materia de delitos contra la autoridad y el orden público, se vuelve sumamente necesario, según el ejecutivo, la incorporación de esta agravante para castigar a los encapuchados, infiriendo que el bien jurídico afectado sería la administración de justicia, siendo obstruido por la persona al utilizar capucha o vestimentas que cubran su rostro, dificultando la investigación del estado.

Sin embargo, ello sistemáticamente no tiene mayor sustento, sería lo mismo exigirles a los que roban que delincan sin pasamontañas o sin guantes, porque la utilización de estos accesorios retarda y dificulta la persecución penal, siendo un deber del ciudadano el delinquir a rostro cubierto, como una verdadera carga pública. Esta pretendida exigencia no tiene verdadera legitimidad, justamente porque se entiende que las personas buscan cubrir sus errores y que el autoencubrimiento es algo natural, es por ello que este derecho tiene consagración en los instrumentos internacionales mencionados.

3. Garantía de protección judicial

La garantía de protección judicial se encuentra consagrada en el artículo 25 de la CADH que consagra el “derecho de todo individuo a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la convención americana...”. Los estados se comprometen a garantizar el principio de inexcusabilidad, a desarrollar las posibilidades de un recurso judicial y a garantizar el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El boletín 7895-25 que modifica el artículo 85 que regula el procedimiento sobre control de identidad, entre una de sus propuestas de reforma elimina la referencia actual del CPP “que el procedimiento dirigido a obtener la identidad de una persona, debe realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del código penal”. Este artículo sanciona con la suspensión de empleo y multa al funcionario público que estando en servicio cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios.

La remisión actual del artículo 85 cumpliría con el parámetro del artículo 25.1 de la CADH, porque permitiría al particular que sufre un abuso en este procedimiento, realizar una denuncia o querrellarse por vejación injusta, siendo el abuso el hecho constitutivo de la misma, lo que permite la existencia de un recurso expedito y sencillo. Al eliminar esta referencia, el particular tendría que probar que ese abuso policial constituye vejación injusta, lo que ya es un término amplio, además, la interpretación armónica del mismo artículo nos lleva a concluir que existe un criterio en cuanto a la gravedad de los hechos, equiparando la vejación injusta con los apremios ilegítimos, lo que es un estándar probatorio bastante alto.

Por último, si se elimina, el delito cometido por el funcionario público en ejercicio de sus funciones podría interpretarse a la luz del código de justicia militar, considerándose delito militar y no delito común como lo es actualmente.

4. Libertad personal y seguridad individual

El boletín 7895-25, sobre control de identidad, compromete el derecho reconocido en el artículo 19 número 7 letra c) de la CPR, artículo 7.2 de la CADH y 9.2 del PIDCP, ya que viene a incorporar una nueva causal de detención, el estar encapuchado, que en nuestra legislación vigente no existe como delito ni como falta penal. Esta causal la contemplaba el antiguo artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, en su numeral 3°, siendo esta disposición muy criticada por ser contraria a la constitución política (Riego, 1996: p.281).

Fue modificada por la ley número 19. 567 del año 1998 que tuvo como finalidad, entre otras, terminar con la llamada “detención por sospecha” y dar cumplimiento al mandato constitucional en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de las personas, contemplado en el artículo 5 de la CPR (Historia de la ley 19. 567, 1998: p. 10.). Sin embargo, se intenta volver a crear la detención por sospecha, ahora ya no regulada en las causales propias de detención, sino que camuflada entre las causales de detención en relación al control de identidad.

Nuestra constitución, en el artículo 19 número 7 letra c)²³, conforme al espíritu de las normas de derecho internacional antes citadas, permite detener a una persona sólo por orden judicial previa o por delito flagrante. Una excepción a las causales de detención se encuentra en el artículo 134 del CPP que hace procedente la detención en caso que se encuentre consumada la falta flagrante del artículo 496 número 5, la que se constituye al negarse la persona a acreditar su identidad cuando es solicitada por funcionario competente, aun así ello no implica detener a una persona por el sólo hecho de usar disfraz u otro medio de ocultamiento de su identidad.

Este proyecto también afectaría la libertad personal en cuanto modifica la obligación de las policías a solicitar la identificación de una persona según respecto a cuatro casos nombrados taxativamente en el artículo, por una facultad para exigirla en casos fundados que se nombran a modo ejemplar utilizando la expresión “tales como”, volviendo a la

²³Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

antigua redacción de este artículo antes de la reforma de la ley número 20.253 del año 2008.

La reforma que llevó a cabo la ley número 20.253 tuvo como propósito revertir el control judicial de las detenciones efectuadas con ocasión del control de identidad, ya que en la práctica los jueces de garantía exigían al funcionario público el probar la existencia de tales indicios, los que se interpretaban de forma taxativa, a pesar de que el artículo empleaba la expresión “tales como”. (Historia de la ley 20.253, 2008: p. 73).

Lo que hace este proyecto es ampliar las causales que autorizan el control de identidad, utilizando la expresión “tales como”, volviendo a la categoría ejemplar mencionada por el código de procedimiento penal antes de la reforma de la ley número 20.253, abriendo paso a la arbitrariedad e incertidumbre frente a este procedimiento en que las policías puedan considerar como casos fundados otros que no se explicitan en el artículo, razón que creemos que fue la causa por lo que los jueces de garantía forzaron la interpretación de ese antiguo artículo, restringiendo las hipótesis que permitían el control de identidad, a modo de hacerlo más ajustado a la protección de las garantías fundamentales de las personas frente a casos abusivos y posibles detenciones con ocasión de dicho procedimiento, de manera que no pudiera confundirse su finalidad al de un instrumento propio para llegar a una detención sin necesidad de un delito flagrante (Ramos, 2011: p.4).

5. Libertad de conciencia y no discriminación arbitraria

Ejemplificamos la situación en la que se encontrarían aquellas personas que por su culto, religión o creencia personal, cubran su rostro habitualmente al transitar en los espacios públicos o privados, como lo hacen las mujeres musulmanas. El boletín N° 7155-25, al tipificar como delito el participar, con el rostro cubierto, en un acto público autorizado o no, podría vulnerar la libertad de conciencia, la que se encuentra consagrada en el artículo 19 número 6 inciso primero de la CPR²⁴, en el artículo 12 número 1, 2 y 3 de la CADH²⁵ y artículo 18 número 1 y 3 del PIDCP²⁶.

²⁴ Derecho a la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

²⁵ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar

Este derecho incluye la libertad de manifestar su religión o creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. Dentro de las prácticas de una determinada religión o creencia nos encontramos con la de cubrirse el rostro, tal como lo ha señalado expresamente el Comité de Derechos Humanos, en cuanto a que tales prácticas que se mencionan en el Pacto pueden ilustrarse en costumbres como “la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que sólo hablan los miembros del grupo” (González, 1996: p.129).

Si tipificamos como delito el cubrirse el rostro en un acto público, sin ningún requisito que exija ofender otro bien jurídico, sin que exista una causal de justificación específica que permita que una persona en ejercicio de un culto se pueda eximir de responsabilidad penal, y sin distinguir las motivaciones de este hecho, podría eventualmente, en caso de detención y condena, vulnerar tanto el derecho a la libertad de culto, ya que el ejercicio de este derecho, al cubrirse el rostro, no se considera dentro de las causales de justificación (artículo 10 del CP), y podría vulnerar la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 19 número 2 de la CPR, en el artículo 24 de la CADH y en los artículos 26 y 27 del PIDCP, el que prohíbe toda discriminación arbitraria, ya que el hecho que genera responsabilidad penal no hace distinción en la motivación del mismo.

6. Libertad de expresión y opinión

Derecho reconocido en el artículo 12 de la CPR que consagra en su inciso primero el derecho a “la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier

y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

²⁶ 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”, en el artículo 13 de la CADH²⁷ y en el artículo 19 del PIDCP²⁸.

Se podría vulnerar este derecho, en el ejemplo de la mujer musulmana de acuerdo al boletín 7155-25, al impedirle intervenir en un acto público autorizado o no, por ejemplo, un discurso en una concentración autorizada en una plaza, ya que si lo hace, estará cometiendo un delito por llevar cubierto su rostro, aún sin cometer otro ilícito. Las circunstancias generales contempladas en el CP que permiten eximirse o atenuar la responsabilidad penal tampoco dan cabida a la situación predicha.

6.1. Manifestación artística y libertad de expresión

De acuerdo al boletín N° 7155-25, se puede dar el caso hipotético de que una persona, dentro del contexto de un acto público autorizado o no, cubra su rostro como una forma de expresión artística utilizada como medio para emitir su opinión o difundir información. Por ejemplo, pinte su cuerpo y use una máscara.

Los artículos 12 de la CPR, 13 de la CADH y artículo 19 del PIDCP reconocen el derecho a expresarse, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder por los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de este derecho. El artículo 19 del PIDCP reconoce explícitamente que la forma de expresión puede ser la artística, y nuestra constitución contiene en el artículo 19 número 25 un reconocimiento especial a la libertad de crear y difundir las artes.

El proyecto de ley, al no exigir ningún otro requisito que el de cubrir el rostro en un acto público, autorizado o no, para tipificarlo como delito, podría criminalizar las manifestaciones artísticas de quienes se expresan cubriendo su rostro de alguna forma. Incluso, el proyecto señala que la conducta ilícita consiste en cubrir el rostro de manera que

²⁷1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

²⁸(...) 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección (...).

se impida identificar a la persona por registros fotográficos, cinematográficos o videos; por lo que cabe dentro del margen de conducta ilícita cualquier forma de cubrir el rostro que impida reconocer la identidad de la persona, incluyendo el maquillaje, como por ejemplo, el de un payaso o un mimo.

La libertad de creación artística consagrada en nuestra constitución es una forma particular de reconocimiento de la libertad de expresión y puede verse vulnerada por el temor de los artistas a recibir una sanción, debiendo las limitaciones impuestas por ley responder a una ponderación de valores y derechos constitucionales (Vial, 2006: p. 266). Esta regla rige para todas las garantías fundamentales, no obstante, en este proyecto de ley no encontramos valor o derecho alguna que ponderar con esta restricción, ya que, como se señaló precedentemente, no existe bien jurídico que proteger.

Esta libertad se constituye de dos fundamentos: la creación y la difusión de esa creación. Los medios para la creación pueden ser cualquiera, en nuestro ejemplo tenemos las pinturas o elementos para confeccionar la máscara, y en cuanto a la difusión los medios también pueden ser variados, incluyendo aquél en que el medio es el mensaje (Vial, 2006 p. 269). Por ejemplo, la máscara misma por sí sola puede representar una obra de arte, pero de acuerdo al mensaje que quiere dar el artista con la máscara creada sólo podría realmente concretarse como obra en cuanto sea usada por una persona en el contexto de una marcha estudiantil, como ejemplo de acto público autorizado.

Finalmente, este derecho lo relacionamos con aquél consagrado en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, en adelante “PIDESC”, que reconoce el derecho que tiene toda persona de gozar de la vida cultural en una nación y con el reconocimiento en nuestra constitución en el artículo 1 inciso 4, en cuanto a que el Estado debe velar por la mayor realización espiritual de las personas, siendo el arte un elemento de nuestra espiritualidad.

6.2. Libertad de expresión y protesta social

Como expresamente lo señalan informes de organismos de derechos humanos y estudios doctrinales sobre la manifestación o protesta social, ésta implica el ejercicio conjunto de tres derechos fundamentales: la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de

asociación. (Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2009), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009, Protesta social y derechos humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos; Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011), Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile).

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “Corte IDH”, se ha referido a la funcionalidad de la libertad de expresión “como crítica, poder de denuncia o exigencia individual o colectiva” (Sentencia Corte Americana de Derechos Humanos, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004: p 3), lo que rápidamente podemos asociar a la protesta social o manifestaciones callejeras. Por ende, podemos afirmar que el ejercicio del derecho a la manifestación, por cualquier medio, incluyendo la manifestación callejera, lleva implícito el derecho a la libertad de expresión.

Pues bien, nos encontramos que desde el momento en que se pretende legislar sobre conductas y sus consecuencias penales en un contexto de protesta social, cuya normativa va dirigida a ciertos manifestantes que incurran en estas conductas tipificadas, estamos, en un principio, restringiendo la libertad de expresión. Sin embargo, tal como lo señala la jurisprudencia y doctrina y las mismas cartas que los reconocen, los derechos fundamentales no son absolutos y, en cuanto a la libertad de expresión, puede limitarse debido a razones de vulneración de otros derechos o libertades, en resguardo de la seguridad nacional, de la salubridad o moralidad pública y del orden público (Artículos 13.2 CADH y 19.3 PIDCP).

En los proyectos en comento, la justificación para restringir la libertad de opinión la encontramos en los derechos y libertades de otros, por ejemplo, como el derecho de propiedad e inclusive el derecho a manifestarse de forma pacífica, pero desde una mirada más amplia vemos que la justificación última de todos ellos es el orden público. El orden público, en principio, es un justificante de la limitación de la libertad de expresión y opinión, sin embargo, no basta sólo invocar al orden público como razón para restringirla, sino que además es necesario revisar si esta restricción cumple con los demás requisitos señalados en la CADH y en la jurisprudencia de la Corte IDH, de forma que la limitación de este derecho sea legítima (Corte IDH, Opinión consultiva OC-5/85, 1985: p. 20).

7. Requisitos para la limitación legítima de derechos fundamentales

La limitación (restricción o privación) a los derechos fundamentales es inherentes a los proyectos de ley que expanden al derecho penal, ya sea creando nuevas figuras delictivas o aumentando las penas asociadas a delitos ya existentes, característica que comparten los proyectos de ley explicados en el capítulo I del presente documento. Luego de haber analizado en el presente capítulo los posibles derechos fundamentales comprometidos en los proyectos de ley vistos, es necesario observar si la limitación a éstos cumple con los requisitos que ha impuesto la jurisprudencia internacional en materia de derechos fundamentales para que esta limitación sea legítima.

De los distintos fallos de la Corte IDH (Herrera Ulloa vs Costa Rica, 2004; Baena Ricardo y otros vs Panamá, 2001; Usón Ramírez vs Venezuela, 2009; Perozo y otros vs Venezuela, 2009; Kimel vs Argentina, 2008; Opinión consultiva OC-5/1985, 1985) y de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derecho Humanos (Informe anual, 2008: p. 50), podemos señalar que las restricciones a la libertad de expresión y al derecho a reunión únicamente se encuentran justificadas cuando: se encuentran establecidas por ley; debe tratarse de un interés público de carácter imperativo (el objetivo debe ser proteger la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la salud, de la moral o la protección de los derechos y libertades ajenas); siempre y cuando se trate de restricciones necesarias en una sociedad democrática (la limitación debe ser conducente, proporcional y necesaria) y la opción penal debe dejarse como última medida, ya que ésta es la herramienta más severa con que cuenta el Estado para sancionar.

A pesar de que estas limitaciones se confeccionan a propósito de la libertad de expresión y el derecho a reunión, se ha extrapolado este razonamiento y estos parámetros a la restricción de todos los derechos fundamentales y, particularmente, en materia penal, estos requisitos constituyen parte del contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio, agregándose un requisito en materia penal: la proporción entre la gravedad de los hechos y el monto de la sanción (Mera; 2005: p. 94-97). Este cuarto requisito es conocido también como “principio de proporcionalidad en sentido estricto”.

Como estas exigencias constituyen un parámetro para evaluar la legitimidad de la limitación de todo derecho fundamental, a continuación revisaremos la adecuación de los proyectos de ley analizados en el capítulo I a las exigencias establecidas por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos.

7.1. Reserva legal: la limitación debe establecerse por ley

Se cumpliría por todos estos proyectos de ley en el caso de ser aprobados.

7.2. Interés público de carácter imperativo

Estas restricciones deben darse en cumplimiento de un interés general público de carácter imperativo, esto es, realizar un análisis balanceado de la colisión de intereses involucrados. En la mayoría de los casos estos intereses son: libertad de expresión y los derechos protegidos por el orden público. En cuanto a este requisito, nos encontramos que algunos proyectos carecen de este fundamento. Por ejemplo, aquél que penaliza a quienes participan de desórdenes públicos con el rostro cubierto, ya que el interés de tipificar la conducta de cubrir el rostro está relacionado sólo con facilitar el trabajo de la policía para pesquisar y detener a los autores de los delitos de desórdenes públicos, lo que atentaría al derecho de cualquier persona a manifestarse con el rostro cubierto, es decir, utilizando la vestimenta que desee en el contexto de la manifestación.

En la misma medida, el boletín N° 7895-25, que modifica el procedimiento de control de identidad que corresponde realizar a la policía, se fundamenta en el sólo interés de estos funcionarios públicos en no sentirse amenazados por el actual artículo que regula el procedimiento, ya que éste hace una referencia a la sanción penal que tendría el funcionario por actuar más allá de lo reglamentado. El derecho de expresión restringido lo encontramos indirectamente en la práctica abusiva de estos controles de identidad por parte de la policía, ya que se utiliza como una detención por sospecha ejercida principalmente en las manifestaciones callejeras con el fin de impedir que la persona detenida pueda participar de la manifestación.

7.3. Limitación conducente, proporcional y necesaria

Cualquier limitación debe ser conducente, proporcional y necesaria, es decir, conducente es que permita alcanzar el fin que persigue, que sea proporcional al fin perseguido y necesaria se refiere a que no existe otra alternativa –más que la restricción del derecho- para alcanzar el objetivo legítimo.

El Boletín N° 7018-25, que sanciona con mayor rigor las falsas alarmas públicas, tiene como finalidad evitar la conmoción pública con todas sus consecuencias. En cuanto a la proporcionalidad no está justificada porque este delito no afecta un bien jurídico de mayor jerarquía, como son aquellos bienes personalísimos, sólo afectaría el orden público en su ámbito de tranquilidad pública. En cuanto a si es necesario aumentar la penalidad, consideramos que tampoco cumple este requisito, porque este delito ya cuenta con su respectiva penalidad proporcional al bien jurídico protegido e intentar aumentarla no prevendría su comisión.

El boletín N° 7155-25, que sanciona a quienes participen en desórdenes públicos con el rostro cubierto, es conducente en cuanto a que el fin que persigue es el de facilitar el trabajo a las policías, sin embargo este fin, como vimos, no cumple con el requisito anterior de interés público imperativo. Si se trata del fin último que es resguardar el orden público, no cumpliría este requisito, ya que el orden público puede ser alterado por personas que cubren su rostro, como también por aquellas que no lo cubran. No es proporcional, ya que detener a personas por el simple hecho de cubrir su rostro no tiene estricta relación con el hecho de poder prevenir desórdenes públicos. No es necesaria, ya que la vía para prevenir desórdenes públicos no se encontraría en el tipificar a personas que cubren su rostro para poder privarlas de libertad por el simple hecho de hacerlo, sino que más bien debe tratarse mediante una política criminal que otorgue los medios adecuados para que no se genere desorden o violencia en las calles.

El boletín N° 7290-25, que agrava la responsabilidad penal del que daña cámaras de televigilancia, no es conducente, ya que agravando las penas de los delitos de daños en bienes destinados a implementar los planes de seguridad pública con el fin de obtener la privación de libertad de aquellos que lo cometan, no generará mayor seguridad pública,

sino que generará más reos en las cárceles. No es proporcional, ya que por mucho que éste comprometida la seguridad de la ciudadanía, no podemos privar de libertad a una persona por dañar un bien que podría llegar a ser insignificante para el efectivo resguardo de la seguridad pública en la realidad, por lo que el tipo penal, para llegar a ser proporcional, debiese tener un circunstancia de peligro concreto. No es necesario, ya que para impedir que se dañen bienes que sirven para proteger la seguridad pública, es suficiente la pena pecuniaria y el reforzamiento y protección material de dichos bienes.

El boletín N° 7895-25, que modifica el procedimiento de control de identidad, es conducente para el objetivo plasmado en el proyecto, ya que las policías se sentirán más libres para ejercer todos los controles de identidad que estimen convenientes sin temor a ser denunciado por abuso de autoridad. No es proporcional, ya que disminuye de cierta forma la garantía del detenido o retenido de tener certeza sobre los límites del actuar de la policía y la facilidad para denunciar los excesos cometidos por el funcionario. No es necesaria, ya que el resguardo del orden público involucra también que las personas no puedan ser vulneradas en sus derechos por actos arbitrarios de las policías, lo que llevaría a una sensación de inseguridad en la ciudadanía debido a las actuaciones de los agentes estatales, lo cual contribuye a abrir una puerta para la vulneración del orden público en su acepción de tranquilidad pública.

El boletín 7975-25, que fortalece el resguardo del orden público, no es conducente, ya que por medio de este proyecto no se fortalecerá el resguardo del orden público, sino que se restringen de forma indirecta derechos fundamentales de las personas, lo que generará (y está generando) descontento social que puede llegar a volverse una reacción violenta frente a una ley que amedrenta el ejercicio de derechos reconocidos, por lo tanto, más bien, hace vulnerable el orden público. No es proporcional, ya que el actual delito de desórdenes públicos contiene los requisitos penales para sancionar a quien lo ejerce, existe la falta de desorden público cuando éste no es grave, y las penas cumplen con el detrimento del bien jurídico protegido, por lo que aumentar la severidad de la pena, del procedimiento y de la tipicidad es ir más lejos de lo estrictamente necesario. No es necesario porque el resguardo del orden público no debe traducirse en la simplista fórmula de aumentar la severidad de la

ley como lo hace este proyecto, sino que trata de un plan de política criminal mucho más complejo y a largo plazo, que se basa fundamentalmente en fortalecer la democracia.

El boletín N° 8223- 25, que penaliza la interrupción del tránsito con fines coactivos, es conducente, ya que por esta tipificación se explicita que la detención del tránsito es un delito con pena de privación de libertad, cuestión que no siempre es así de acuerdo a la redacción del actual delito de desórdenes públicos, y así llegaríamos a la certeza de la existencia de un delito que atenta contra el orden público. No es proporcional, ya que el derecho a la libertad de expresión pugna con el derecho de libre circulación y el orden público, y dado que la libertad de expresión es “la piedra angular del estado de derecho” (Sentencia Corte IDH, Caso Perozo y otros vs. Venezuela, 2009: p. 33), la sanción por el ejercicio abusivo de este derecho debiese ser pecuniaria, u otra pena alternativa, y no privativa de libertad. No es necesaria, ya que puede tipificarse explícitamente como falta, con una pena pecuniaria o con otra no privativa de libertad, conservando los parámetros del artículo 269, en cuanto para llegar a constituir delito de desorden público debe ser grave y debe tener un fin reprochable, y no con la vaguedad en que está redactado el proyecto.

El boletín N° 8420-25, que modifica el delito de desórdenes públicos, es conducente ya que modifica el actual artículo 269 del CP para describir las situaciones fácticas que constituyen delito de desorden público, que actualmente en la práctica se están dando en las protestas sociales. No es proporcional, porque faltaría referirse a la gravedad de las consecuencias que se mencionan y el fin reprochable, al igual que en el caso de obstaculizar las vías públicas o invadir inmuebles de propiedad ajena, debe hacerse referencia, tal como lo hace el código español, a la situación de peligro que estos actos pueden afectar a las personas; sin estas limitantes, la restricción a un uso considerado abusivo de la libertad de expresión no puede sancionarse con privación de libertad. Existe otra alternativa, que está dada por los actuales criterios del delito de desórdenes públicos: el fin reprochable y la gravedad, la que puede ponderarse mediante la jerarquía de los bienes jurídicos afectados y su extensión. Así, si no se cumple con esa gravedad y fin reprochable, es mejor sancionar sólo con pena pecuniaria u otra que no sea privación de libertad.

7.4. Derecho penal mínimo

Nos encontramos con que todos los proyectos de ley analizados establecen sanciones privativas de libertad o aumento de aquellas penas ya existentes, sin una proporcionalidad entre la sanción, el bien jurídico protegido y las circunstancias que rodean el acometimiento del supuesto hecho ilícito, infringiendo así la exigencia del derecho penal como ultima ratio.

Por todo lo anterior, se puede estimar que la tendencia legislativa penal en materia de orden público es inconstitucional ya que en abstracto puede vulnerar tanto el mandato constitucional de determinación o taxatividad, conocido como principio de tipicidad, mediante la creación de tipos penales abiertos y de leyes penales en blanco, vulnera el principio de ofensividad mediante la creación de tipos penales carentes de bienes jurídicos protegidos, infringe disposiciones internacionales con rango constitucional que garantizan la responsabilidad individual de las penas y el derecho a no autoincriminarse estableciendo el deber a los ciudadanos de delinquir con el rostro cubierto, deber que en el evento de no ser cumplido es considerado como un ilícito penal; vulneraría la garantía reconocida internacionalmente de protección judicial al dejar desprovisto de recursos efectivos a los que son controlados en virtud del artículo 85 del CPP; y el castigo del rostro cubierto en todo evento podría llevar a la vulneración de la libertad de conciencia, derecho a no ser discriminado arbitrariamente, libertad de expresión y opinión, manifestación artística y libertad de expresión.

8. Política criminal y derechos fundamentales

Habiendo analizado la constitucionalidad de los proyectos de ley penales en materia de orden público y llegando a la conclusión que esta tendencia es inconstitucional por vulnerar garantías establecidas en la CPR y en tratados internacionales de derechos fundamentales que tienen rango constitucional en virtud del artículo 5 inciso 2º de la CPR, corresponde analizar los efectos que la tendencia legislativa penal (que expande el derecho penal) provoca y si ésta vulnera (restringe o priva) ilegítimamente derechos fundamentales de los reclusos distintos a la libertad ambulatoria.

Según Sainz Cantero, existen una serie de principios que configuran la naturaleza y esencia del derecho penal. Uno de ellos es el principio del derecho penal mínimo, y éste “señala que el derecho penal debe tener una intervención mínima en la organización y mantenimiento de las bases indispensables de la convivencia social. Este principio se desarrolla en dos postulados fundamentales: el derecho penal como última ratio y el carácter fragmentario del mismo” (1985: p. 36).

“Que sea de última ratio significa que sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos cuando se revelen como inservibles para ese cometido todos los demás medios de reacción y tutela con que cuenta el ordenamiento jurídico y que tenga carácter fragmentario significa que sólo debe proteger los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad, y que a éstos sólo debe tutelarlos frente a los ataques más intensos, más intolerables” (Sainz Cantero, 1985: p. 36-37).

A su vez, otro principio que se configura como un límite al ius puniendi es el de proporcionalidad y en sentido estricto significa que la gravedad de la pena debe corresponder con la gravedad del hecho cometido. Por gravedad del hecho se entiende el contenido del injusto, el daño que el hecho produce en la sociedad. Impone el deber al estado de no conminar con penas graves hechos de escasa gravedad (Sainz Cantero, 1985: p. 42 y 43).

De los principios señalados anteriormente se coligen diversas tendencias político – criminales como la despenalización de conductas que pueden solucionarse bajo vías menos rigurosas que el derecho penal, la descriminalización de los hechos punibles de escasa gravedad mediante la aplicación del principio de oportunidad, como excepción al principio de oficiosidad del fiscal (Horvitz et al, 2002; p. 49), la aplicación de salidas alternativas como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, y la existencia sustitutivos penales que puedan reemplazar la pena privativa de libertad, junto con la disminución de las penas y eliminación, en el caso de Alemania de las penas privativas de corto plazo (Informe anual, 2011: p. 97).

Sin embargo, los beneficios que trae la aplicación del principio de intervención mínima y la proporcionalidad entre delitos y penas, no son apreciables en Chile, ya que la política

criminal de los últimos veinte años ha expandido el derecho penal, utilizándolo como medio de control social de primera ratio e infringiendo el principio de proporcionalidad.

La tendencia legislativa en materia de orden público, ha sido intentar expandir el derecho penal, no tan sólo agravando la penalidad de los delitos asociados, como podemos apreciar, sino que intentando “actualizar” (Boletín 7975, 2011: p. 7) el contenido del delito de desórdenes públicos, por ser un tipo penal antiguo y de escasa aplicación. Lo que no explica el proyecto es que si el delito es de escasa aplicación, es porque el Ministerio Público decide ofrecer salidas alternativas, desistirse del procedimiento por falta de pruebas que permitan sustentar la acusación o porque los hechos de la formalización no permiten ni permitirán en el juicio oral constituir el tipo de desórdenes públicos, porque los hechos no constituyen la gravedad suficiente ni existe un fin reprobado por el derecho de por medio.

Ambos requisitos se encuentran acorde a un Estado de Derecho, porque el derecho penal sólo interviene cuando los hechos revisten de cierta gravedad e intencionalidad (última ratio) y porque la gravedad permite que este tipo penal no se termine transformando en un delito de bagatela, aplicando lo que en doctrina se conoce como Principio de insignificancia que implica que “las conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, resultan, en principio, atípicas, por no revestir la entidad suficiente que requiere el ilícito para demandar la intervención del Estado por su acontecer” (García, 2000: p. 19).

Esta tendencia también vulnera la proporcionalidad, ya que al levantar estos requisitos básicos, exigiendo “cualquier hecho que provoque desorden o acto de fuerza o violencia”, es decir, cualquier conducta puede constituir un desorden público y la respuesta estatal recurre de forma inmediata a la pena de 541 días a 3 años de reclusión, acumulada con las penas establecidas para otros delitos derivados del acto principal, así la pena mínima a recibir por estos delitos es de 541 días y multa (suma del mínimo de los desórdenes y de la multa más baja para los daños), mínimo que no se podrá aplicar en caso de andar con alguna vestimenta que cubra el rostro (Boletín N° 7975-25: p. 17). Vulnerándose la prohibición de exceso está consagrada en los tratados internacionales sobre derechos humanos, en el artículo 15 de la CADH que se interpreta extensivamente a las restricciones

a otros derechos humanos, que establecen que las limitaciones a estos deben ser solo las necesarias en una sociedad democrática (Informe anual, 2011: p. 87).

En principio la reclusión y el presidio como sanciones penales implican la privación legítima por parte del Estado de la libertad ambulatoria del condenado o del imputado en prisión preventiva, como única garantía constitucional posible de ser vulnerada legítimamente. Pese a ello, la expansión del derecho penal como política criminal aplicada en Chile trajo como consecuencia el sostenido aumento de la población penal, que se ha duplicado desde el año 1995 al 2007, desde 22.027 a 45.843 internos, respectivamente. El crecimiento de ésta ha generado problemas de sobrepoblación carcelaria, con ello hacinamiento y de éste se ha derivado la vulneración de derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria, considerándose internacionalmente como un trato cruel, inhumano o degradante, junto con la vulneración propia de cada derecho fundamental afectado (Informe anual, 2008: p. 86). Así observaremos graves vulneraciones por parte del estado de Chile a derechos fundamentales de los internos, tales como, derecho a que cada recluso disponga de un espacio mínimo y a contar con condiciones mínimas de higiene y salubridad, derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho al acceso de salud, derecho a una alimentación adecuada, derecho a la privacidad e intimidad y derecho a gozar de un recurso efectivo y expedito. A continuación revisaremos las disposiciones nacionales e internacionales que consagran los derechos anteriormente señalados para luego contrastar su situación, en relación a los internos, en Chile:

El derecho de cada recluso a disponer de un espacio mínimo y a contar con condiciones mínimas de higiene y salubridad se encuentra garantizado en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (en adelante reglas mínimas), en la regla número 9.1 se exige que las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso, la regla número 11 del mismo cuerpo normativo exige que los locales donde los reclusos tengan que vivir las ventanas tendrán que ser suficientemente grandes para que el recluso pueda “leer y trabajar con luz natural” y la luz artificial tendrá que ser suficiente para el recluso pueda leer y trabajar, la regla número 15 exige a los reclusos aseo personal y para esto ellos deben disponer de agua y de los artículos de aseo indispensable para su salud y limpieza, la regla número 19 señala que cada recluso

dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza; también se encuentra consagrado en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (en adelante conjunto de principios) el principio número 1 señala que toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, ambos instrumentos tienen fuerza obligatoria en Chile. Estos derechos se garantizan a su vez en el Reglamento de establecimientos penitenciarios (en adelante REP) en su artículo 46 señala que “todo interno tiene derecho a que la Administración Penitenciaria le otorgue al menos el catre, colchón y frazada”.

Se puede extraer del informe anual de derechos humanos en Chile año 2005 de la Universidad Diego Portales, de diversas entrevistas realizadas a los internos de distintos centros penitenciarios vulneraciones al derecho de los internos a disponer de un espacio mínimo y a contar con condiciones mínimas de higiene y salubridad. En relación al derecho a contar con un espacio mínimo éstos señalaban que no todos los internos tienen cama, ni ropa de cama (p. 25), hay internos que duermen a la intemperie en canchas de *babyfootball* (p. 26), es común que en una misma cama duerma más de un interno, así en una celda con una litera habitan 14 personas durmiendo la mayoría en camas armadas en el suelo (p. 27), es común que los baños o los pasillos que conducen a los baños sean utilizados como camas y ello dificulte que un recluso pueda ir al baño en la noche (p. 26). En relación al derecho a contar con condiciones mínimas de higiene y salubridad éstos describen los baños “como un hoyo con dos pisaderas, no hay taza”, no tienen desagüe, existe una ducha para 180 personas, que es una cañería cortada (p. 32), estos “baños – hoyos” tampoco son suficientes así un interno de otro centro penitenciario señala que existen 3 hoyos para 117 internos (p. 32), la mantención de los “baños” se encuentran a cargo de los propios reclusos (p. 32-33), lo que ya es una infracción en sí misma, constatación de plagas como la bichuca, ratones, guarenes, chinches, baratas (p. 33 - 34). Como es dable observar existe un incumplimiento flagrante por parte del estado de las disposiciones internacionales sobre la materia y las disposiciones internas sobre las mismas derivando en la vulneración de ambos derechos señalados.

El derecho a la vida se encuentra consagrado en el artículo 4° de la CADH que señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, sin poder ser privado de ella arbitrariamente, en el artículo 6° del PIDCP que señala que el derecho a la vida es inherente a la persona humana y que nadie puede ser privado de ella arbitrariamente, en el artículo 19 número 1° de la CPR que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, en el artículo 6° inciso 2° del REP que establece un deber de gendarmería de velar por la vida, integridad y salud de los internos. En Chile, la pena capital no puede restablecerse para los delitos que fue derogada, por disposición del artículo 4° de la CADH y el artículo 6° del PIDCP, y sólo se conserva para delitos militares perpetrados por militares en tiempos de guerra.

A pesar de lo anterior, al interior de los recintos penales se han cometido atentados contra la vida de los internos, debiendo el estado velar por el respeto de los derechos constitucionales de éstos, en especial la vida. El episodio más recordado al respecto es el incendio ocurrido en la cárcel de San Miguel el 08 de diciembre de 2010 que cobró la vida de 81 internos que murieron por asfixia (Informe anual, 2011: p. 111-112). La sobrepoblación carcelaria al 2010 en la cárcel de San Miguel alcanzaba un 197%, lo que dificultó obviamente la evacuación efectiva de los internos para evitar las consecuencias indeseadas de aquel siniestro. Aquello vuelve a demostrar que el estado no puede soslayar estos hechos a la hora de legislar penalmente, no puede pretender crear nuevos delitos sancionados exclusivamente con la pena de privación de libertad, ni aumentar los grados asociados a las penas asignadas a los delitos existentes, si siquiera es capaz de asegurar la vida de las personas que condena o retiene en prisión preventiva, no existe proporción entre el delito cometido y la pena capital, que en Chile se encuentra derogada.

El derecho a la integridad física y psíquica se encuentra consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la CADH que consagra el derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral y que nadie debe ser sometido a torturas ni “penas” o tratos crueles, inhumanos o degradantes y que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, este artículo se repite en el artículo 7 del PIDCP, en el artículo 19 número 1° de la CPR, en las reglas 31 y 32 de las reglas mínimas que señalan que penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel,

inhumana o degradante quedarán prohibidas como sanciones disciplinarias, en el principio 6 del conjunto de principios que señala que ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no pudiendo invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, en el artículo 1.1 de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”. El REP consagra el deber del estado en velar por el respeto a la integridad física y psíquica en su artículo 6° inciso 2°, en el artículo 81 señala las sanciones disciplinarias que van desde la amonestación verbal hasta la internación en celda solitaria por períodos que no excedan de diez días, en ningún caso admite como sanción disciplinaria golpes o malos tratos en contra de los internos.

Pese a lo anterior mediante entrevistas realizadas a los internos en el Informe anual de derechos humanos 2005 de la Universidad Diego Portales y mediante visitas realizadas predominantemente por fiscales judiciales de las Cortes Superiores a los establecimientos penitenciarios se pueden observar infracciones por parte de los gendarmes a la prohibición de ejercer apremios ilegítimos en contra de los privados de libertad y con ello la vulneración del estado de Chile a la integridad física y psíquica de los mismos. Así, los internos señalaron en el informe del año 2005 que los castigos son arbitrarios (p. 46-48), que la celda de castigo se comparte, quince personas en un espacio que no caben más de cinco, no les entregan frazadas, les dan comida llamada “rancho” que serían las sobras de los demás internos, sin bandeja ni servicios para comer (p. 50), la celda de castigo es oscura, “la luz entra por hoyitos y no te dan hora de patio”(p.51), asimismo denunciaron constantes maltratos físicos por parte de gendarmería, ante cualquier falta de los internos no

se ciñen al artículo 85 del REP sino que los golpean con palos, provocando lesiones graves como la pérdida de un ojo de un interno, golpes en los testículos (p. 53-55). De la misma forma, son detallados hechos similares en el informe del año 2008, en que un interno fue golpeado por gendarmes en la zona renal, provocándole insuficiencia renal severa (p. 91-92). Es evidente la vulnerabilidad de los reclusos frente a gendarmería y como ésta no tan sólo no vela por el resguardo de la integridad física y psíquica de los internos, según prescribe el artículo 6° del REP, sino que los mismos funcionarios son los que torturan a los reclusos, según la definición de tortura mencionada, recurriendo el estado de esta forma en responsabilidad internacional por la vulneración absoluta y flagrante de la integridad física y psíquica consagrada en pactos y convenios internacionales en materia de derechos fundamentales.

El derecho al acceso a la salud se encuentra protegido en el artículo 12 del PIDESC que señala en el párrafo 1 que los estados parte reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y en el párrafo 2 letra d) que el estado se encargará de crear condiciones que aseguren a todos la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, en el artículo 19 número 9° de la CPR en el cual asegura el acceso a la salud y el derecho a elegir el sistema de salud donde desee atenderse, en las reglas 22 – 26 de las reglas mínimas las cuales señalan que en todo establecimiento penitenciario debe disponer de servicios médicos calificados que debe poseer algún conocimiento en psiquiatría, que debe tener cada recluso servicios de un dentista calificado, que el médico debe visitar diariamente a los reclusos enfermos y a los que se quejen de estar enfermos, que el médico debe realizar inspecciones regulares y asesorar al director del recinto respecto a los alimentos, higiene, condiciones sanitarias, calefacción, alumbrado y ventilación, vestimentas y ropas de cama; en el artículo 34-38 del REP regulan la atención médica de los internos y señalan que los internos que requieran tratamiento serán atendidos en unidades médicas que existan en el establecimiento penitenciario, y puede acceder bajo una autorización a ser atendido en hospitales públicos pudiendo elegir un establecimiento privado si cuenta con los medios para costárselo.

Para contrastar la situación de este derecho en los recintos penitenciarios se observarán entrevistas realizadas a internos en el informe anual de derechos humanos año 2005 de la

Universidad Diego Portales, en el que los reclusos comentan que si uno de ellos se enferma en la noche, los gendarmes no están a disposición de los internos, así éstos tienen que hacer un escándalo para poder ser escuchados (p. 105), también alegan la falta de especialización de los médicos porque para todo le recomiendan una aspirina (p. 106), el acceso es limitado ya que sólo pueden asistir a la enfermería una vez por semana y deben estar graves (p. 106), denuncian por sobretodo la negligencia en la atención, no existen cuidados especiales para los enfermos crónicos como los diabéticos (p. 108-109), alegan inclusive algunos que han llegado a la enfermería con heridas cortopunzantes que no les han colocado anestesia antes de coser la herida (p. 110).

El derecho a la alimentación adecuada se encuentra consagrado en el artículo 11 del PIDESC en el párrafo uno reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso su alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia y en el párrafo dos reconoce el derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre y las medidas fijadas a los estados para su cumplimiento; en la regla número veinte de las reglas mínimas señalan que todo recluso tiene derecho a recibir de la administración a las horas acostumbradas una alimentación de buena calidad, bien preparada y servida y el derecho a proveerse de agua potable cuando la necesite; en el artículo 47 del REP que consagra el derecho a que la administración les proporcione una alimentación supervisada por un especialista en nutrición o médico o paramédico y que corresponda en calidad y cantidad a las normas mínimas dietéticas y de higiene.

Según el Informe anual de derechos humanos año 2005 de la Universidad Diego Portales, la comida entregada por gendarmería en las cárceles se conoce como “rancho” denominada así por su mala calidad. Los internos en su gran mayoría preparan su propia comida y son muy pocos los que comen del “rancho” (p. 36). De las entrevistas realizadas por este informe relatan que la comida es terrible, prefieren no comerla (p. 36), cocinan ellos mismo con cocina a parafina, tienen de todo ollas, utensilios de cocina y los alimentos provienen de las familias de los internos (p. 37), señala un interno que en el fondo de las ollas hay capas de tierra, arenilla y que la comida viene cruda (p. 37). Junto con lo anterior, en el informe anual de derechos humanos en Chile año 2008 de la Universidad Diego Portales la

fiscalía judicial de la Corte Suprema da cuenta que se evidenciaron focos de insalubridad por obstrucción de cámara de retención de residuos grasos y el personal manipulador de alimentos no cumplía con las normas sanitarias mínimas, asimismo los gendarmes de una cárcel concesionada dan cuenta que la comida es de mala calidad, han encontrado moscas, piedras y pelos en la preparación, asimismo en otros centros penitenciarios se entrega comida de forma desigual por la no existencia de platos para todos los internos, y en otros centros los internos comen en el patio por falta de comedores (p.96-97).

El derecho a la privacidad e intimidad de los reclusos(as) se encuentra consagrado en el artículo 29 bis del REP ya que éste señala que el registro corporal a que pueden ser sometidos los internos se hará de manera individual, respetando su integridad y dignidad y luego señala los tipos de registro que existen. Asimismo los procedimientos de registro deben ser realizados por funcionarios del mismo sexo del interno a quien se registra.

Este derecho fue vulnerado según los hechos señalados en el informe anual de derechos humanos año 2008 de la Universidad Diego Portales en que en un registro “colectivo” las gendarmes solicitaron a las reclusas que se desnudaran en presencia (desde una escalera) de gendarmes varones que las grababan desnudas y burlándose de las mismas. Éstos fueron condenados por el delito de vejación injusta (p. 97-98) que sólo se sanciona con pena de suspensión del empleo y multa. Este actuar por parte de las gendarmes vulnera abiertamente el precepto, porque los registros deben ser individuales y no colectivos, y además vulnera la dignidad de las reclusas el hecho que los gendarmes las grabaran y burlaran.

El derecho a gozar de un recurso efectivo y expedito lo encontramos consagrado en el artículo 2 N° 3 letra a) y b) del PIDCP, disposición que señala la obligación de los estados partes de garantizar un recurso efectivo para quienes hayan sido víctimas de violación de derechos fundamentales recocidos en el Pacto; en el artículo 25 de la CADH que señala que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, ambas disposiciones indican que no obsta a la interposición de este recurso el hecho de que la violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones. En nuestra Constitución este derecho lo encontramos reconocido en el artículo 20, como de recurso de protección, el que garantiza la acción

constitucional ante la Corte de Apelaciones que corresponda, pero sólo respecto de algunos derechos consagrados en la Constitución, y en el artículo 21 encontramos el recurso de amparo, el que tiene como objeto restablecer el imperio del derecho en situaciones que vulneran las garantías fundamentales de libertad personal y seguridad individual.

En el plano administrativo, el Reglamento de establecimientos penitenciarios chileno señala en su artículo 4 que la actividad penitenciaria deberá desenvolverse conforme a los límites que establece la Constitución, los tratados internacionales ratificados por Chile, las leyes y sus reglamentos y las sentencias judiciales. En su artículo 9 establece el derecho de los internos a ejercer recursos legales ante las autoridades correspondientes y presentar peticiones y quejas a la autoridad penitenciaria.

A pesar de la citada normativa, en la práctica el derecho a ejercer un recurso efectivo y expedito por parte de los reclusos no tiene eficacia en cuanto a su finalidad protectora de derechos fundamentales. Respecto a los recursos constitucionales de protección y amparo, las estadísticas nos indican que un porcentaje mínimo de ellos son acogidos, debido principalmente al uso de un formalismo excesivo en la interpretación de la norma y su procedimiento y a la falta de confianza de los jueces en la veracidad de los hechos denunciados por personas privadas de libertad (Informe Anual, 2006:p.25.)

En cuanto a la aplicación de medidas disciplinarias contenidas en el Reglamento de establecimientos penitenciarios, los recursos legales resultan inidóneos para cumplir los fines de protección, debido al contexto en que se aplican estas medidas. En efecto, para estos casos resulta más procedente dirigirnos a la normativa del control jurisdiccional de la ejecución de la pena, la que se encuentra contenida en el artículo 150 inciso final del CPP, que faculta al juez de garantía a dejar sin efecto cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado sujeto a prisión preventiva, si la considera ilegal o abusiva, y en el artículo 10 inciso 1º del mismo cuerpo normativo encontramos la *cautela de garantías*, que señala que en cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

No obstante, esta reglamentación tampoco ha sido suficiente para la debida protección de los reclusos, ya que Gendarmería informa tardíamente a los jueces de garantía acerca de las sanciones impuestas y la judicatura ha tomado medidas de reducción o anulación de la sanción disciplinaria pero sin dar un examen de su mérito o legalidad. (Informe anual, 2006: p. 123, 124).

Además de la normativa revisada, el Código Orgánico de Tribunales en los artículos 567 y 580 contempla las visitas que deben realizar los jueces de garantía y los ministros de la Corte de Apelaciones a las cárceles con el fin de inspeccionar el trato y las condiciones en que viven los internos. En la práctica estas visitas no surten el efecto deseado por la norma, ya que se avisa con antelación a las autoridades penitenciarias, a pesar de que las disposiciones que la tratan señalan lo contrario, y se vuelve una formalidad en que las denuncias recibidas se remiten al defensor o a los tribunales, pero nunca ante el Ministerio Público, y los jueces intentan resolver las cuestiones denunciadas en el momento mismo de la visita. Cabe tener presente, que las denuncias se hacen en presencia de los gendarmes, por lo que los reclusos no pueden explayarse en su conformidad debido al temor de posteriores represalias por parte de otros reclusos o de los mismos funcionarios públicos. (Informe anual, 2006: p. 160-165).

De manera que, como podemos observar, la tendencia político criminal de expansión del derecho penal en Chile sólo genera vulneraciones ilegítimas de derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria, no tan sólo infringe los principios de intervención mínima, que en nuestra legislación tiene manifestaciones parciales, sino que también vulnera gravemente la idea de proporcionalidad, siendo un hecho que el legislador no puede soslayar, porque “es inaceptable que se instale un proceso penal respetuoso de las garantías fundamentales, para luego condenar a los culpables a una pena de cárcel que debe ser cumplida en condiciones inhumanas” (Informe anual, 2011: p. 90).

Conclusión:

En Chile, la política criminal de estas últimas décadas se ha caracterizado por una constante expansión del derecho penal, lo que para efectos de esta investigación que se ha enmarcado en el análisis de proyectos de ley referidos al orden público, conlleva al menos dos corolarios: el primero de ellos, la vulneración de determinadas garantías penales consagradas en la Constitución y Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran actualmente vigentes y; en segundo lugar, que la expansión del derecho penal, no sólo en materia de orden público sino en su aspecto generalizado, trae consigo la inevitable consecuencia de la sobrepoblación carcelaria y con ello la vulneración de diversos derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria, garantizados por los mismos instrumentos jurídicos anteriormente señalados.

La tendencia legislativa penal en materia de orden público, que se ve reflejada en los proyectos de ley analizados correspondientes al período de tiempo que abarca desde el año 2010 a la actualidad, infringe derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. Los derechos vulnerados son los siguientes: principio de legalidad (específicamente mediante la vulneración del principio de tipicidad y de ofensividad); la garantía de responsabilidad penal individual de las penas; el derecho a no autoincriminarse; la garantía de protección judicial; libertad personal y seguridad individual; libertad de conciencia y no discriminación arbitraria; libertad de expresión y opinión y manifestación artística. Por tanto, concluimos que los proyectos analizados efectivamente son inconstitucionales, teniendo en cuenta que los instrumentos antes señalados tienen rango constitucional por versar sobre materia de derechos fundamentales, ya que éstos son un límite a la soberanía nacional.

Luego, como consecuencia de la expansión del derecho penal o la conocida “política de la mano dura” reflejada en los proyectos analizados, se genera sobrepoblación carcelaria que conlleva a su vez al hacinamiento carcelario y consecuentemente a la vulneración de los siguientes derechos fundamentales, enfocados específicamente en los derechos de los

reclusos: derecho de cada recluso a un espacio mínimo y a vivir en condiciones de higiene y salubridad, derecho a la vida, derecho a la integridad física y psíquica, derecho al acceso a la salud, derecho a la alimentación adecuada, derecho a la intimidad y derecho a gozar de un recurso efectivo y expedito.

Se ha demostrado que la expansión del derecho penal como política criminal es inconducente para controlar el fenómeno de la criminalidad, sólo genera más delincuencia, mayores índices de reincidencia y sobrepoblación penal (Stippel, Jörg; 2006: p. 53-56), al no considerar los efectos colaterales que la reclusión produce en el interno, es decir, no contempla que el presidio provoca estigmatización social, que las penas largas impiden la resocialización de la persona, el daño patrimonial y moral que afecta a los familiares del recluso y además la vulneración de derechos fundamentales que van más allá de la restricción de la libertad ambulatoria como sanción penal.

Si bien los Estados son libres para aplicar la política criminal que estimen conveniente a su realidad social, no pueden, en respeto de los derechos fundamentales que se consagran en los ordenamientos nacionales e internacionales, restringir o privan al recluso de garantías fundamentales distintas a la libertad ambulatoria; es obligación de cualquier Estado que ha ratificado y se ha comprometido a cumplir tratados internacionales que versen sobre derechos fundamentales adecuar la ejecución penal de su país con estos estándares.

Chile, no cumple con los estándares y tampoco existe voluntad real de mejorar las condiciones de vida de los reclusos ni de adoptar medidas que eviten la sobrepoblación penal distintas a la creación de más cárceles, que como se ha señalado previamente, no solucionan el problema del hacinamiento carcelario. Además, nuestro país no contempla una ley de ejecución penal, tampoco contempla en su legislación un acceso expedito por parte de los internos al poder judicial, volviéndose un impedimento a la efectiva realización de la función de control judicial sobre las condiciones de vida de los reos y de las posibles denuncias de éstos.

Junto con lo anterior, la situación actual de los derechos fundamentales de los reclusos permite señalar que si el estado priva derechos fundamentales distintos a la libertad ambulatoria ello se considera como un trato o penal cruel, inhumano o degradante, lo que

significa que en Chile la tortura al interior de las cárceles es un fenómeno cotidiano. Asimismo, cabe señalar que las actuales condiciones de vida de los reclusos permiten concluir que la persona que es recluida preventivamente o condenada al parecer en Chile deja de poseer la calidad de sujeto de derecho o de considerársele persona porque el trato otorgado no se condice con ningún índice o criterio racional de humanidad consagrado internacionalmente.

En base a lo anterior, concluimos que una de las materias sustanciales y urgentes que debe abordar Chile para poder declararse un verdadero Estado democrático es la de contribuir a terminar con esta tendencia de expansión del derecho penal y para ello, en primer lugar, debe respetar el principio de ofensividad y de ultima ratio, considerando como ilícitos penales sólo aquellos hechos que revistan el carácter de gravedad suficiente para justificar la sanción penal; en segundo lugar, debe contemplar un catálogo más amplio de sanciones penales diferentes a las ya existentes, las que deben ser creadas por el poder legislativo en dirección a aplicar como última medida la privación o restricción de la libertad ambulatoria a los ilícitos penales, es decir, que la sanción asociada pueda ser por ejemplo, el trabajo comunitario, la reparación del mal causado, etc.; en tercer lugar, junto con lo anterior, debe ser una prioridad para Chile mejorar las condiciones de vida para los reclusos.

Bibliografía

- Libros

García Vitor, Enrique Ulises (2000): *La insignificancia en el Derecho Penal, Los delitos de bagatela*, Hammurabi, Buenos Aires.

Garrido Montt, Mario (2001): *Derecho penal, parte general*, Tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

González, Felipe (1996) “Libertad de conciencia y de religión” en *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Medina, Cecilia, Mera, Jorge (editores), Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp.127-144.

Horvitz, María Inés; López, Julián (2002): *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Primera Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Mill, Stuart (1999): *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid.

Medina, Cecilia (1996): “Los derechos humanos contenidos en tratados: su jerarquía y otros problemas relativos a la enmienda del artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución chilena”, en *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 59-73.

Mera, Jorge (2006): *Derecho Humanos en el Derecho Penal Chileno*, Primera Edición, LexisNexis, Santiago de Chile, pp. 94-110.

Ramos, César (2011): “Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del Código procesal penal”, en *Diez años de la reforma procesal penal en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, pp. 577-606.

Riego, Cristián (1996) “El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos” en *Sistema jurídico y derechos humanos*, 6, Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), Sociedad de Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 241-342.

Sainz Cantero, José A. (1985): Lecciones de derecho penal, parte general, Volumen I, Editorial BOSCH Casa Editorial S.A., Barcelona.

Stippel, Jörg Alfred (2006): Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile, LOM, Santiago de Chile, pp. 17-88.

Vial, Tomás (2006) “El derecho a la libertad de creación artística en la Constitución” en *Libertad de expresión en Chile*, González, Felipe (editor), Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, pp. 243-284.

- Jurisprudencia

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001): Caso Baena y otros vs. Panamá.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004): Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2008): Caso Kimel vs. Argentina.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): Caso Usón Ramírez vs. Venezuela.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009): Caso Perozo y otros vs. Venezuela.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. La colegiatura obligatoria de periodistas, solicitada por el gobierno de Costa Rica.

- Revistas

Ferrajoli, Luigi (1992) “Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales”, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 4, No. 5. Marzo-junio de 1992, traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de derecho de la Universidad de Costa Rica.

- Documentos electrónicos:

Naciones Unidas, derechos humanos, Oficina del alto comisionado, América del sur oficina regional (2012). Protesta social: ¿Cuál es la responsabilidad del Estado según los estándares internacionales de derechos humanos?, <http://acnudh.org/2012/02/protesta-social-%C2%BFcual-es-la-responsabilidad-del-estado-segun-los-estandares-internacionales-de-derechos-humanos-2/>, última revisión 30 de agosto 2012.

Náquira, Jaime *et al* (2008): “Principios y penas en el derecho penal chileno”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r2.pdf>. Fecha última consulta: 26 de agosto de 2012.

- Informes:

Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2009), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2009, Protesta social y derechos humanos.

Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2005), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005 (Hechos de 2004), Condiciones carcelarias.

Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2006), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006 (Hechos de 2005), Condiciones carcelarias.

Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2007), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007 (Hechos de 2006), Condiciones Carcelarias y Derechos Humanos.

Centro derechos humanos, Universidad Diego Portales (2008), Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008 (Hechos de 2007), Condiciones carcelarias; Libertad de expresión.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009), Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, Documento N°57, OEA/Ser.L/V/II.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2005), Informe Anual 2005. Situación de los Derechos Humanos en Chile.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011), Informe Anual 2011. Situación de los Derechos Humanos en Chile.

- Congreso Nacional:

Actas comisión de seguridad ciudadana y drogas, sesión 56 año 2011.

Historia de la ley 19.567, Diario Oficial 01 julio de 1998.

Historia de la ley 20.253, Diario Oficial 14 marzo de 2008.