

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión
en América Latina

Eduardo Bertoni
COMPILADOR

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Este libro se publica gracias al apoyo financiero de la
Fundación Open Society Institute.

© 2010 Universidad de Palermo - UP

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires | Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 | Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu | www.palermo.edu/cele

Impreso en agosto de 2010 en
VOROS S.A. Bucearelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Es legítima la criminalización de la protesta social? :
derecho penal y libertad de expresión en América Latina /
compilado por Eduardo Andrés Bertoni. - 1a ed. - Buenos
Aires :

Universidad de Palermo - UP, 2010.
288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1716-13-5

1. Derecho Penal. I. Bertoni, Eduardo Andrés, comp.
CDD 345

Fecha de catalogación: 11/08/2010

Índice

Introducción	
Eduardo Bertoni	I
ARGENTINA	
E. Raúl Zaffaroni	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	1
BOLIVIA	
Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela	
<i>Criminalización y derecho a la protesta</i>	17
COLOMBIA	
Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	47
CHILE	
Francisco Cox	
<i>Criminalización de la protesta social: “No tiene derecho a reunirse donde le plazca”</i>	75
ECUADOR	
Daniela Salazar Marín	
<i>El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías</i>	101
MÉXICO	
Miguel Rábago Dorbecker	
<i>La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”</i>	145
NICARAGUA	
Dayra Karina Valle Orozco	
<i>Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión</i>	163

PERÚ

Ronald Gamarra Herrera

<i>Libertad de expresión y criminalización de la protesta social</i>	183
--	-----

VENEZUELA

Carlos Ayala Corao

<i>La criminalización de la protesta en Venezuela</i>	209
---	-----

INFORME I

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	235
--	-----

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales	261
---	-----

Sobre las autoras y los autores	277
--	-----

CHILE

Francisco Cox

Criminalización de la protesta social:

“No tiene derecho a reunirse donde le plazca”

I. Relevancia del tema

Según el informe anual de Carabineros de Chile, en el año 2008 el total de aprehendidos en el país por motivo de la comisión del delito de desórdenes públicos fue de 17.673¹.

No obstante este alto número de personas detenidas por Carabineros los autores nacionales han ignorado el tema de una manera incomprensible. En los tratados o manuales dedicados a la parte especial de derecho penal en Chile solo dos autores hacen referencias menores a los desórdenes públicos, Gustavo Labatut y Alfred Etcheberry, destinando cada uno dos párrafos al delito. En tanto que el resto de los autores ni una sola línea destinan al tema.

Respecto de la falta del artículo 495 N° 1, sólo Labatut se hace cargo de ella, limitándose a transcribirlo.

Igual situación se observa en el ámbito constitucional. Los distintos constitucionalistas nacionales no dedican páginas al tema de la criminalización de la protesta social. Existe una referencia bastante general acerca del derecho de reunión, pero que no se refiere a la criminalización de la protesta. Sólo el Informe de Derechos Humanos ha dedicado un capítulo al tema encargando su autoría al constitucionalista Domingo Lovera².

Las estadísticas policiales dan cuenta que un gran número de personas privada de libertad, aunque sea por breve tiempo, con base al tipo del artículo 269 del Código Penal, ese solo hecho justifica una revisión de la estructura normativa y de la aplicación que los tribunales y Ministerio Público hacen de él.

Las cifras mencionadas muestran que no es un delito que ha caído en desuso, y más bien parece ser que la autoridad está echando mano a dicho artículo o a la falta para sancionar, penalmente, conductas que bien pueden ser el ejercicio legítimo tanto del derecho de reunión como del de la libertad de expresión. Dichas acciones pueden estar justificada o peor aún que no haber infringido el riesgo permitido y, por lo tanto, pueden ser atípicas. De la escasa jurisprudencia que se pudo obtener este análisis está fuera de la toma de decisiones tanto de los tribunales como de los fiscales. Salvo por un juez que le valió una sanción por parte de la Corte de Apelaciones según se verá.

¹ Esta cifra parece referirse sólo a los detenidos por infracción del art. 269 CP, ya que hay otra cifra más general, pero no desagregada de detenidos por faltas.

² Lovera agrega a los clásicos derechos de reunión y libertad de expresión los de petición y asociación. Ver Lovera, Domingo, *Protesta Social y Derechos Humanos en Informe Anual de Derechos Humanos 2009*, Universidad, ps. 45 y siguientes.

Todo lo anterior amerita un análisis en cuanto a si el tipo en cuestión diferencia de manera acorde con el ordenamiento jurídico visto como una totalidad aquellas conductas justificadas o atípicas de aquellas que son ilícitas desde la perspectiva penal. O por el contrario da pie para que autoridades gubernamentales, jueces y fiscales recurran a él para sancionar a personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión y reunión.

II. Regulación del tema por la legislación chilena

Resulta bastante evidente que quien recurre a la protesta social busca al menos dos objetivos. El primero llamar la atención de las autoridades y también del resto de la ciudadanía para que apoyen o dejen de apoyar determinadas políticas públicas (o incluso privadas como en el caso de una huelga laboral). Y el segundo, comunicar su postura frente a determinada situación que le o les afecta y lograr obtener la notoriedad e influencia que otros mecanismos más institucionales le han vedado.

De ahí que habitualmente se indique que el derecho a manifestarse está reconocido bajo dos derechos. El derecho a la libertad de expresión y opinión, y el derecho de reunión. En Chile la situación no es en nada distinta. Razón por la cual echare mano a la regulación que hace Chile de los dos derechos, pero fundamentalmente lamente del derecho de reunión.

La Constitución de la República en el artículo 19 n° 12 asegura a todas las personas: “La libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”. En tanto el numeral siguiente del mismo artículo reconoce “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.

Para comprender la aproximación que hay del tema resulta ilustrativo revisar las opiniones de quienes tuvieron a su cargo la redacción de la Constitución. Dichas opiniones se encuentran registradas en las actas de discusión de la Comisión de la Nueva Constitución de 1980 (llevadas a cabo en pleno período de la dictadura).

No obstante el ambiente en que se discutía, según se ha dicho en plena dictadura, los Comisionados tienen plena conciencia de la importancia que para la democracia tiene el derecho de reunión y el de manifestación.

Sin embargo, la actitud, un tanto recelosa, de los comisionados al momento de reconocer constitucionalmente el derecho se puede graficar con un comentario realizado por uno de ellos, el señor Silva Bascuñán. Según se verá sus expresiones son evidencia de su desconfianza, sino hostilidad, respecto del derecho en cuestión. Lo preocupante es que las palabras de Silva probablemente no solo reflejan la actitud de ciertos sectores dentro de Chile durante la dictadura sino que probablemente de muchas autoridades que gobernaron después del retorno a la democracia como veremos al analizar alguna jurisprudencia; de hecho Silva Bascuñán era demócratacristiano y posteriormente fue opositor a la dictadura. El comentario: “Porque dentro del plano de las garantías, ésta (el derecho de reunión) es, sin duda, la más dudosa, la más peligrosa de las garan-

tías individuales”³. Esta opinión negativa del comisionado no mutó con los años. El antiguo comisionado Silva dice: “Sin desconocer, por todo lo dicho, la importancia del derecho de reunión, y los servicios que está llamado a prestar en el desarrollo colectivo, y especialmente en el vigor del régimen democrático, debe admitirse que históricamente se ha usado la libertad de reunirse excediendo sus límites razonables y perturbando con ello otras expresiones del bien común de la colectividad... Desde el punto de vista de la psicología social [no hay fuentes], una asamblea popular se presta para que se manifiesten en ella –y en términos que a veces predominen– no solo serenas razones, valederas y persuasivas, o sentimientos nobles y constructivos, sino pasiones malsanas o tendencias destructoras que logran a menudo predominar en el curso de tales encuentros cuando los líderes, con ambición y audacia, las mueven con propósitos egoístas de poder y de dominación o tras metas anárquicas, injustas, demoledoras”⁴.

Resulta interesante observar las discusiones al interior de la Comisión de la nueva constitución, ya que no obstante el reconocer su vitalidad para la democracia, se observa que no hay una acabada comprensión del sentido o propósito que puede tener el derecho en una sociedad.

Por ejemplo, es digno de llamar la atención respecto de la visión del derecho que el Comisionado Jaime Guzmán tiene: “Si el día de mañana se dijera que en los radios urbanos, no se admitirán concentraciones o reuniones masivas en las plazas y calles, piensa que realmente no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental, ya que existen otros lugares más alejados de las ciudades en los cuales estas reuniones se pueden verificar”⁵. Cabe preguntarse si lo que se busca es justamente llamar la atención de la ciudadanía y/o la autoridad cómo se puede cumplir dicho objetivo en un lugar alejado de la ciudadanía.

Lo anterior es aún más sorprendente cuándo se tenía atisbos, al menos por parte de uno de los comisionados, del rol del derecho en cuestión. En efecto, el Comisionado Ovalle indica que “no está de acuerdo, sin embargo, en la pérdida de importancia del derecho de reunión frente al desarrollo de los medios de comunicación masiva. Precisamente, agrega, para aquellos que por cualquier razón, carecen de acceso a los medios de comunicación masiva, el derecho de reunión es la posibilidad que tienen de tomar contacto con los ciudadanos que comparten sus puntos de vista. Es casi una especie de paliativo o de recurso de aquellos que están desprovistos del derecho o la posibilidad de llegar a los medios de comunicación... de allí la extraordinaria importancia que mantiene este derecho en la democracia moderna”⁶. Este comentario está muy en la línea de lo expresado por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe de 2005.

³ Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Jurídica, Santiago de Chile, 1986, p. 181.

⁴ Alejandro Silva Bascuñana, “El Derecho de Reunión en la Constitución de 1980”, en *Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Mario Verdugo M.*, Jurídica, Santiago de Chile, 2009, p. 313.

⁵ Ídem, nota 1, p. 182.

⁶ Ídem, p. 183.

Justamente por lo anterior es que es tan sorprendente que luego a una pregunta del comisionado Guzmán sobre si cree que viola el derecho el que se le de el poder a la autoridad administrativa para prohibir la celebración de reuniones masivas en radios céntricos de las ciudades, respondió que no.

Insisto, ¿cómo se conjuga una visión bajo la cual se considera, correctamente en mi opinión, que el derecho de reunión es un paliativo para aquellos que no tienen acceso a los medios de comunicación, si dicho derecho lo tienen que ejercer muy alejado de un radio urbano? Si la virtud del medio de comunicación social es llegar a la mayor cantidad de gente, movilizar la vergüenza y denunciar cómo una manifestación fuera de un radio urbano (si el problema al cual se dirige el reclamo es urbana) puede cumplir un rol equivalente.

Los comisionados se mostraban más preocupados de que esta garantía no produjese alteraciones del orden público y por eso muestran una incomodidad frente al derecho y consideran como legítimo sacar a las personas que lo quieren ejercer de los radios urbanos. Ello queda de manifiesto en el siguiente comentario del presidente de la Comisión, el señor Ortuzar: “La garantía no es de reunirse donde le plazca sino de reunirse. Ya verá la autoridad, de acuerdo con las disposiciones generales y el bien común, donde puede ejercer el derecho”⁷.

Bajo dicho ambiente es que se reconoce el derecho de reunión en la Constitución de Chile. Lo que vino a agravar aún más la real vigencia del derecho en Chile fue la modificación del único mecanismo, débil por cierto, para protegerlo de arbitrariedades por parte de la autoridad, a saber, que “en las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca”.

En efecto, al ingresar el proyecto de constitución al Consejo de Estado, órgano que sesionó de forma secreta, se cambió señalando que para las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público se regirán por las disposiciones generales de policía en lugar de la ley.

Aquella modificación por el Consejo de Estado y que posteriormente se convirtió en el texto definitivo de la Constitución dio lugar para que hoy en día, sí, incluso luego de 20 años de retorno a la democracia el derecho de reunión en plazas o lugares públicos se encuentre regulado por un Decreto Supremo, adoptado el año 1983 y publicado en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1983⁸.

El referido decreto supremo, de apenas cuatro artículos, establece que se debe solicitar autorización por escrito con 48 horas de anticipación a la realización de la manifestación. En dicha solicitud se tiene que señalar quiénes organizan y convocan. Asimismo se debe proporcionar a la autoridad los nombres, domicilios, profesiones y número de cédula de identidad de los organizadores, objetivo de la manifestación, quiénes van a hablar y dónde.

⁷ Ídem, 185.

⁸ El año 1982 comienzan los que se llamaron las jornadas de protesta nacional contra la dictadura. La alianza democrática y el Movimiento Democrático Popular convocaban a la ciudadanía a manifestarse contra la dictadura. Este decreto supremo se dicta en el medio de la movilización social contra la dictadura. Paradójicamente este decreto es el que utilizaron todos los intendentes de la Concertación (una fusión de la Alianza Democrática con el Movimiento Democrático Popular conformaron la Concertación de partidos democráticos) para autorizar o no, manifestaciones de la más diversa índole.

Pero las normas más problemáticas, desde el punto de vista del respeto al ejercicio del derecho son aquellas que establecen la facultad del Intendente o Gobernador, a no autorizar “reuniones o desfiles en la calles de circulación intensa y en calles en que se perturben el tránsito público”. De igual forma se le permite prohibir reuniones que se “efectúen en plazas y paseos en horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebraren en parques, plazas jardines y avenidas con sectores plantados”.

Como dijo el Presidente de la Comisión, Ortuzar, en Chile no se tiene derecho a reunir donde se plazca. Y luego de revisar las exigencias el decreto supremo queda pocos lugares donde la autoridad está obligada a aceptar manifestaciones, más bien parece un acto de gracia y se acerca mucho a pedir permiso.

Con ocasión de la preparación de este artículo llamé a la intendencia de Santiago para saber qué se tiene que hacer para hacer una manifestación en Santiago. Se me informó que tenía que pedir autorización, por lo que el sin permiso previo de la constitución parece una linda declaración con poca aplicación. Al preguntar sobre cómo era el procedimiento la persona me informó que se debía retirar un formulario. Dicho formulario señala que se debe presentar dos días antes de la fecha en que se quiere realizar el acto. Tiene determinados campos obligatorios de ser completados: Entidad que lo organiza, individualización del representante. Debiendo indicarse nombre completo, profesión, domicilio, comuna, cédula de identidad y teléfono. Asimismo, se debe indicar el objetivo del acto, lugar de inicio, recorrido, uso de la palabra, lugar de disolución y cantidad de asistente. Al final del formulario hay una nota encuadrada y destacada que señala lo siguiente: “Nota: de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del D.S. 1086, el Intendente puede no autorizar las reuniones o desfiles en calles”, repitiendo las prohibiciones que se establecían previamente.

Cabe preguntarse si esta regulación cumple con las exigencias impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al revisar las restricciones legítimas a la libertad de expresión y lo dispuesto por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió al derecho de reunión en el caso “Baena contra Panamá” estimando que no se había violado dicho derecho sin entrar en mayores análisis respecto de la solicitud de violación por parte de los recurrentes⁹.

⁹ Esta determinación de la Corte resulta francamente sorprendente ya que señala que no se probó que las personas hayan sido despedidas por participar en una marcha y que incluso la fuerza pública acompañó la marcha. Por lo tanto, no estima violado el derecho de reunión. Digo que llama la atención porque al referirse a la violación del art. 9 de la Convención Americana la Corte concluye lo siguiente: “109. Por lo que hace al principio de irretroactividad desfavorable, en el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año. Las cartas de despido entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos. A los trabajadores despedidos se les informaba que su destitución se debía a la participación en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democra-

Sin perjuicio de la oportunidad desperdiciada por la Corte Interamericana de sentar las bases para determinar la legitimidad de las restricciones al derecho a la protesta social, a lo largo de su jurisprudencia, tanto contenciosa como consultiva, ella ha reiterado que cuando se está frente a derechos que no son absolutos su limitación puede estar justificada Convencionalmente¹⁰. Sin embargo, para saber si lo está o no, se debe aplicar un test o un escrutinio a la limitación.

Lo primero que señala la Corte es que cualquier limitación debe estar establecida por ley. Una vez verificado el cumplimiento de dicha exigencia se pregunta si la limitación o restricción tiene un fin legítimo y, finalmente, si es necesario en una sociedad democrática. Este test es el que ha aplicado la Corte para casos en que se arguye la violación de uno de los derechos bases del derecho de protesta social, a saber, el de la libertad de expresión. Ello al analizar si un sistema de responsabilidades ulteriores por ejercicio del derecho de libertad de expresión es compatible o no con la Convención.

Ahora bien, ese test debe ser aplicado a dos situaciones relacionadas pero distintas. Primero se debe utilizar en el análisis de las restricciones contempladas en la regulación en Chile del derecho, ello no solo por la jurisprudencia de la Corte sino también por el texto expreso del artículo 15 de la Convención Americana. En efecto, dicho artículo impone a los Estados parte que “el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. Luego, y en segundo lugar, para analizar la tipificación de determinadas conductas sumamente entrelazadas con el derecho a la protesta social y de su aplicación para dichos comporta-

cía y el orden constitucional y señalaban a la participación en el paro nacional como la conducta atentatoria de la democracia y el orden constitucional. 110. El Estado alegó que los despidos realizados antes de la publicación de la Ley 25 no se hicieron con base en ésta. Sin embargo, el Tribunal observa que la propia ley mencionada prevé, en su art. 1, que será aplicada no sólo a quienes *participen* en ‘acciones contra la Democracia y el Orden Constitucional’ sino también a quienes *participaron* en ellas. Esa disposición es acorde con la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno al Congreso, que se convirtió en la Ley 25. En la parte inicial de la aludida Exposición de Motivos se planteó que... El Proyecto de Ley presentado brindará al gobierno nacional la facultad de destituir a todos aquellos funcionarios públicos o dirigentes sindicales que *participaron* en la organización, llamado y ejecución del paro nacional que se intentó verificar el pasado día cinco de diciembre y el que, como se ha podido comprobar, estaba estrechamente ligado a la asonada golpista encabezada por el señor Eduardo Herrera... 112. Por otra parte, el Tribunal constata que la aludida alegación del Estado es contraria a las consideraciones emitidas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al resolver las demandas contencioso-administrativas de plena jurisdicción, ya que, por ejemplo, en sentencia de 30 de junio de 1993, dicha Sala estimo que... en el negocio jurídico subjúdice, el Gerente General del INTEL, *con fundamento en lo establecido en la Ley 25 de 1990*, identificó a cada uno de los trabajadores demandantes, como participantes en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la Democracia y el Orden Constitucional y *declaró insubsistente* el nombramiento de los trabajadores identificados” (las cursivas no son del original). Sentencia “Baena y otros c. Panamá” 5/2/2001.

¹⁰ Así lo ha señalado expresamente del derecho a la libertad de expresión, ver por ejemplo caso “Canese c. Paraguay”, Sentencia 31/8/2004, párrs. 96 y siguientes.

mientos, realizando una analogía con la vasta jurisprudencia de la Corte referida a responsabilidades ulteriores por el ejercicio a la libertad de expresión.

Al someter a la regulación del derecho de protesta en Chile al escrutinio fijado por la Corte salta de inmediato a la vista que no logra satisfacer ni siquiera el primer criterio.

En efecto, en Chile las restricciones que se establecen al referido derecho se encuentran fijados por un Decreto Supremo dictado en plena dictadura. A la luz de la opinión consultiva N° 6 no cualquier norma de carácter general puede ser considerada una ley a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el párrafo 26 de dicha opinión consultiva la Corte determinó: “No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona”. Es en el párrafo 32, de la misma opinión consultiva la Corte precisa las características que ha de reunir una ley para que tenga legitimidad para restringir derechos, y sobre el particular señala: “La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (...) Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos por la Constitución del Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto de la participación de las minorías y la ordenación al bien común”¹¹.

De lo anterior, se concluye que un decreto supremo no satisface la más mínima exigencia de legalidad para restringir derechos.

Con relación al cumplimiento de la segunda exigencia establecida por la Convención, a saber, que se busque un fin u objetivo legítimo desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, de una sociedad democrática. Se debe diferenciar en cuanto a los objetivos buscados por la restricción al derecho de reunión consagrados en el referido decreto supremo 1086 del Ministerio del Interior. De acuerdo con el artículo 15 de la

¹¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 6/86, 9/5/1986.

Convención, las restricciones son necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Al revisar los fines que justifican en Chile restricciones al derecho de reunión se concluye que el único que podría cumplir con las exigencias del artículo 15 es el del que busca evitar que “perturben el tránsito público”. Alguien podría argüir que la libre circulación del tránsito es la manifestación de derecho de circulación y caería bajo la causal justificada de “proteger el derecho de otros”. Luego veremos si una prohibición o restricción de una manifestación es necesaria en una sociedad democrática. El asegurar el esparcimiento o descanso o las plantas de los parques no caben bajo ninguna de los fines considerados legítimos del artículo 15 de la Convención y, por lo tanto, fracasarían el segundo nivel del test que ha establecido la Corte para justificar la restricción de un derecho.

Por último, corresponde analizar si la facultad de prohibir o como eufemísticamente dice el decreto supremo en cuestión, no autorizar, es necesario para una sociedad democrática. De la lectura del artículo se podría decir que se trata de un escrutinio estricto, es decir, que la restricción tiene que ser necesaria para el objetivo buscado. Se puede argumentar que la prohibición de determinada marcha por una calle puede ser necesaria para lograr el objetivo, pero como ha dicho de manera reiterada la Corte Interamericana ello no es suficiente como para dar por válida la restricción. Es necesario que además de ello no existan mecanismos menos restrictivos. El escrutinio estricto es el test más exigente a la hora de evaluar la convencionalidad de una restricción, por consiguiente si existe otro mecanismo menos restrictivo o, dicho de otra forma, que afecte menos el derecho que se intenta restringir, entonces existe la obligación de echar mano a ese mecanismo de restricción. Si existe un mecanismo menos restrictivo se puede argumentar, entonces, que la restricción no era necesaria. Se puede plantear que el mecanismo está sustancialmente relacionado con el objetivo. Y con ello deja de ser un escrutinio estricto para pasar a ser uno intermedio. Cuando un tribunal dice que tal medida de restricción sobrevive el test porque está estrechamente relacionada con la consecución de un interés público preponderante, está empleando un escrutinio intermedio y no uno estricto. Por el contrario, si se señala que una determinada restricción o medida es considerada razonable o idóneo para la consecución del fin; entonces estamos frente al escrutinio más relajado es decir el de la base racional o racionalidad del medio empleado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana no es del todo clara y pasa de un escrutinio a otro en menos de un párrafo con lo cual no es fácil saber cuándo emplea un escrutinio y cuando otro, pero si la exigencia es que sea necesario para una sociedad democrática pareciera ser que hay una inclinación más fuerte a pensar que se debe recurrir al escrutinio estricto.

Junto con revisar si la restricción es necesaria se debe obviamente que ponderar los derechos que entran en conflicto para lo cual es necesario ver el nivel de afectación de uno derecho al entrar en conflicto con el otro.

Una prohibición de realizar una manifestación o protesta obviamente implica que el derecho de circulación está entrando en conflicto con el de protestar. Por lo que se deben analizar las situaciones fácticas y me parece que debe entonces considerar la razón de la protesta. Ello me parece así aun cuando pueda abrir pie a una eventual situación de censura previa, lo que está absolutamente

prohibida por la Convención. Obviamente que no puede ser el contenido de la protesta lo que determine si se prohíbe o no, o se redirecciona, sino que la relevancia social del tema tiene que ser analizado junto con otros factores.

De esta rápida revisión se observa que la regulación del derecho a la protesta en Chile no cumple con los estándares internacionales mínimos expuesto en cualquiera de los tres niveles.

Por último, en este punto sobre la regulación de la protesta social, es necesario mencionar un proyecto de ley que como denuncia el Informe Anual sobre Derechos Humanos de Chile 2009 de la Universidad Diego Portales hace responsables a los organizadores de las manifestaciones por los daños que se provoquen a la propiedad pública y privada. El artículo 4 del proyecto de ley, aprobado en la Cámara de Diputados, señala:

“Los organizadores y los convocantes a reuniones o manifestaciones pública a realizarse en plazas calles u otros lugares de uso público, deberán adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las mismas.

Los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos.

Se presumirá que los organizadores y convocantes a reuniones o manifestaciones públicas han adoptado las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando cumplan las obligaciones impuestas por las disposiciones generales de policía.

Se presumirá que son organizadores y convocantes de una manifestación pública, las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad de conformidad a las disposiciones generales de policía. En caso que no hay habido tal comunicación, se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse, o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación, o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo”.

Este proyecto de ley resulta un claro desincentivo a que la gente en Chile se manifieste, las organizaciones, ya marginales dentro de las estructuras de poder, y personas que se ven en la necesidad de manifestar su disconformidad lo pensarán dos veces antes de dar a conocer su malestar en la vía pública si es que deben de responder por los daños que terceros puedan provocar a la propiedad privada y pública. Afortunadamente aún no es ley, y ya distintas bancadas han señalado que recurrirán a instancias internacionales en caso de aprobarse. En la actualidad, no tiene urgencia dicho proyecto con lo cual puede demorar bastante su aprobación, pero había avanzado bastante rápido en los distintos trámites constitucionales.

Por último, en cuanto a la regulación del derecho de protesta en Chile, el Código Penal sanciona en el artículo 158 n° 3 con “pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos el empleado público que arbitrariamente: Prohibiere o impidiere una reunión o manifestación pacífica y legal o la mandare o la mandare disolver o suspender”.

Este delito no tiene ninguna aplicación. Dada la regulación que tiene el derecho de reunión en Chile y la discrecionalidad que se le entrega a la autoridad, no es fácil que tenga aplicación el delito. En efecto, el elemento normativo “arbitrariamente” impone una exigencia típica que difícilmente podrá concurrir. La letra e del artículo 2 del Decreto Supremo 1086 dispone que “si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”. Por consiguiente si un grupo de personas comienza a protestar espontáneamente y no se ha notificado con 48 horas de anticipación entonces se puede prohibir, disolver o suspender sin que exista arbitrariedad.

Por otra parte, la amplitud de la letra f, del mismo artículo y decreto supremo, para considerar que la reunión se verifica con armas también da pie a que la aplicación de este delito no tenga impacto real en la protección de la población ante las arbitrariedades de la autoridad. En efecto, se considera “que las reuniones se verifican con armas, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierro, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general cualquier elemento de naturaleza semejante”.

Cabe preguntarse: Si en una manifestación los asistentes portan lienzos con barras metálicas para que no se doble con el viento, o palos de los cuales flamean banderas, o es una marcha de trabajadores y como símbolo llevan sus herramientas de trabajo, ¿se está frente a una marcha o reunión no pacífica? Con la existencia de la norma analizada la respuesta de si lo es o no que queda a la absoluta discrecionalidad de la autoridad.

En definitiva la regulación que le ha dado el Estado de Chile al derecho de protesta, en su gran mayoría, es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III. Criminalización de la protesta social

Dos normas son las de aplicación por parte de las autoridades para sancionar eventuales delitos producidos con ocasión de una protesta o manifestaciones de los ciudadanos. Ellas son los artículos 269 y 495, N° 1, del Código Penal. También se hará un paneo al delito de amenaza contra la autoridad contemplado en el artículo 264 del Código Penal, ya que en al menos un caso en Chile se ha echado mano a dicho artículo para sancionar a una dirigente social. Las otras faltas están más referida a los llamados desórdenes en espectáculos públicos y si bien se utilizan escapan la temática de la protesta social. Siendo los delitos o faltas ya referidos los de mayor aplicación por parte de las distintas autoridades.

El artículo 269 del Código Penal prescribe que “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 ofensas causados”.

Ese es el tipo del delito de desórdenes públicos. Como ya se anticipó este delito no es del interés de la doctrina nacional, pese a la relevancia estadística que tiene en cuanto a las detenciones registradas los distintos años por esta causal.

La referencia del autor Alfredo Etcheberry es tan breve que se puede transcribir en su totalidad:

“Se refiere a ellos el artículo 269, que castiga a los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado. Se advierte que la penalidad es sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa que causen. La tipicidad de este delito, como lo hace notar Labatut, tiene una doble limitación: por un extremo, no debe tratarse de los desórdenes que llegan a constituir desacatos¹², y por el otro, no debe ser desórdenes de escasa gravedad, que se sancionan como faltas en los artículos 494 N° 1 y 2; 495 N° 1 y 2 y 496 N° 7 y 8. El delito está integrado por un elemento subjetivo: el propósito de causa ‘injuria u otro mal’ a alguna persona particular, o en términos amplísimos, ‘cualquier otro fin reprobado’. La expresión ‘injuria’ está tomada aquí en sentido genérico de ‘daño’ y no en el ‘específico de delito de injuria’”.

La disposición que conserva la penalidad autónoma del daño o la injuria que se causen es importante, y necesitó de un texto expreso, ya que de conformidad con las reglas generales sobre concursos de delitos y de leyes, ordinariamente la penalidad de los ‘desórdenes públicos’ habría sido enteramente desplazada por la correspondiente al mal causado, siempre que ésta fuese mayor que la del aquel delito”¹³.

Esa es toda la referencia que destina el profesor Etcheberry al delito en cuestión. Por su parte Labatut tampoco destina muchas reflexiones al delito. Se localiza a hacer una referencia a los límites de este delito ya anotada por Etcheberry. Junto con lo anterior manifiesta:

“La calificación de injuria, así como la apreciación de su gravedad, han de hacerse con el mismo criterio que señalamos al estudiar el desacato¹⁴. El término mal que emplea la ley comprende tanto el daño material como el moral. El delito es formal y se castiga con el que resulte por el daño u ofensa causados.

De las actas de la Comisión Redactora (sesión 57) se desprende que no quedan comprendidos en la disposición en estudio los gritos o desórdenes aislados, no precedidos de un concierto o deliberada resolución para trastornar el orden público (...) Según tuvimos ocasión de hacerlo notar (...) el artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado (hoy derogado) en su letra a) precisa y aclara el sentido de la disposición en estudio –especialmente de la frase ‘cualquier otro fin reprobado’– al sancionar los desórdenes o actos de violencia cuya finalidad sea la alteración de la tranquilidad pública. Es una disposición de carácter político que se aplicará de preferencia a la del Código Penal cuando el propósito de los hechos sea la perturbación del orden público con fines distintos del de “causar injuria u otro mal a alguna persona particular”¹⁵.

Lo que se ha transcrito es todo lo que la doctrina nacional le dedica al delito de desórdenes públicos. En tanto que respecto a la falta del artículo 495 n° 1

¹² Delito derogado.

¹³ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, 3ª ed., Jurídica, Santiago de Chile, ps. 270-271.

¹⁴ Al respecto Labatut señala: “La palabra ‘injuria’ empleada por los artículos 263 y 264 está tomada en su más amplio sentido y abarca todos los actos o expresiones ofensivos contra la autoridad, sean ellos calumnias, injurias, difamaciones, amenazas o desórdenes”, Labatut, Gustavo, *Derecho Penal*, t. II, 7ª ed., Jurídica, Santiago de Chile, 1977, p. 100.

¹⁵ Ídem, ps. 101 y 102.

según ya se dijo, Labatut se limita a transcribir los artículos. Lo mismo ocurre respecto de las otras faltas mencionadas por Labatut que tienen un impacto menor.

Según se pudo observar los dos autores nacionales que se hacen cargo del delito en sus respectivos manuales, no problematizan con la redacción del tipo ni las opciones del legislador a la hora de tipificar estas conductas.

Ello no obstante, que al menos un grave problema salta rápidamente a la vista con la tipificación seguida por el legislador. A saber, que las conductas sancionadas no se encuentran suficientemente descritas en el tipo.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la verificación o no de una violación del artículo 9 de la Convención Americana: “Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”^{16/17}.

En igual sentido se pronuncia la doctrina así: “El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal... El postulado de la precisión de la ley da lugar al llamado ‘mandato de determinación’ que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puede acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas”¹⁸.

La conducta: “perturbar gravemente la tranquilidad pública” en mi opinión no cumple con la exigencia descriptiva que ha exigido la Corte Interamericana de los Estados a la hora de cumplir con la exigencias del artículo 9 de la Convención convirtiéndola en una ley penal abierta y viola no solo dicho tratado internacional sino uno de los principios básicos del derecho penal liberal.

Sin embargo, la Constitución de la República de Chile en su artículo 19 n° 3 no es tan rigurosa en su exigencia descriptiva para las leyes penales. En efecto, según da cuenta Enrique Evans De la Cuadra: “Este inciso final del artículo 19 N° 3 del artículo 19 pretendió, en su origen, prohibir la dictación de las llamadas leyes penales en blanco, que son aquellas en que el legislador se limita a describir parcialmente la conducta sancionada remitiéndose a otras normas

¹⁶ Cfr. Caso “Ricardo Canese”, nota 3, párr. 174; y caso “Cantoral Benavides”, nota 25, párr. 157 y caso “Castillo Petruzzi y otros”, nota 25, párr. 121. Citad por la Corte Interamericana en el fallo.

¹⁷ Corte Interamericana, caso “Lori Berenson Mejía c. Perú”, Sentencia de 25/11/2004, párr. 125.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, ps. 85 y 86. En igual sentido parte de la doctrina nacional, por ejemplo, Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, ps. 60 y siguientes.

jurídicas, generalmente resoluciones de autoridad, para que complete la FIGURA DELICTIVA (mayúsculas en original). Lamentablemente porque en la CENC formando parte de la unanimidad de sus miembros, adherimos a la tesis de la prohibición constitucional de ese tipo de leyes, la Constitución de 1980 suprimió una palabra del proyecto del CENC y del proyecto del Consejo de Estado, cambiando esa prohibición por una mera exigencia de “tipicidad de la ley penal”. En efecto, esos proyectos preceptuaban que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”. La Constitución eliminó la palabra “completa”, con lo cual, si bien mantuvo la exigencia de que la conducta ilícita sea creada por la ley, no exigió simultáneamente que esta creación fuera completa, con lo cual eliminó la prohibición de dictar leyes penales en blanco¹⁹.

Esa modificación y la interpretación que de ella ha dado la doctrina nacional llevó a que el Tribunal Constitucional interprete que la conducta no debe estar completamente descrita en la ley penal, exigiéndose solo que lo central de la acción u omisión prohibida penalmente sea determinada por la ley penal.

Sin embargo, la dictación de un fallo del Tribunal Constitucional hace desaparecer la distinción entre ley penal en blanco propia y ley penal abierta. Ya que según se verá, cualquier referencia, por vaga que sea, de la conducta hace que se esté frente a una ley penal en blanco permitida constitucionalmente. Dado lo ilustrativo de dicha discusión para el análisis en cuestión me permitiré citar en extenso el fallo.

El caso se refiere a la muerte de algunos militares cumpliendo el servicio militar y que producto de las órdenes dadas por los superiores, no obstante el mal clima, siguieron realizando un ejercicio militar en la cordillera. Uno de los procesados cuestionó la legalidad de uno de los delitos del Código de Justicia Militar. La norma en cuestión dispone: “Será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados o con pérdida de su estado militar, el militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

Al rechazar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional, en lo atinente a al tema de referencia, razonó de la siguiente forma:

“Séptimo. Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquéllas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la ins-

¹⁹ Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, cit., p. 33.

tancia legislativa, siempre que en la ley se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajustan a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad; (...)

Décimo. Que, sin perjuicio de las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del 'núcleo central' de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los 'deberes militares' no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente Patricio Cereceda Truan, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de 'disciplinadas' que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas;

Decimoprimer. Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa. Desde luego, poseen tal calidad los artículos 12 y 20 del cuerpo legal que respectivamente disponen: (artículo 12) 'Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor'; (artículo 20) 'Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden'.

'Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior'.

'Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada'.

'Las responsabilidades que resulten del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas'.

'Los superiores que dan órdenes y los que deben ejecutarlas están obligados a adoptar las medidas y providencias conducentes a la mejor ejecución de ellas';

Decimosegundo. Que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta"²⁰.

Sobre la base del fallo recién citado se puede observar que un cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma que penaliza los desórdenes públicos

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia de 7/6/2006, Rol 559.

en Chile no tendría muchas posibilidades de éxito. No obstante la evidente conclusión que el artículo 269 del Código Penal es constitucional de acuerdo al derecho chileno vigente hoy en día; me parece que a la luz de los principios del derecho penal y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el carácter abierto de esta ley penal está dado porque contiene elementos normativos con conductas de textura abiertas que hacen difícil que una persona pueda adecuar su comportamiento a la exigencia de la ley.

¿Qué significa turbar gravemente la tranquilidad pública? ¿Sabrá realmente una persona que llega a Chile, toma el Código Penal, se dirige al artículo 269, lo lee, si en Chile puede ir a la Plaza de Armas, tomar un megáfono y comenzar a gritar sin ser perseguida penalmente? Creo que la respuesta es no. La descripción: “Turbar gravemente la tranquilidad pública” no es lo suficientemente clara como para diferenciar conductas permitidas de la que no lo son. Dando pie justamente a la arbitrariedad que el principio de tipicidad busca eliminar o restringir. Si a ellos agregamos los propósitos que se deben buscar entonces la indeterminación es total y la cobertura penal: omnicompreensiva. La norma prescribe unos determinados objetivos que se deben de buscar con la perturbación grave de la tranquilidad pública, a saber, “causar injuria u otro mal a alguna persona particular o cualquier otro fin reprobado”.

La expresión “Causar injuria”, ya se ha dicho, se emplea como sinónimo de daño. Luego el artículo agrega “otro mal”. Por lo menos la limitación de que sea a un persona particular podría significar alguna restricción en su aplicación. Pero esa ilusión se desvanece de manera rápida cuando se agrega una cláusula del tipo: “cualquier otro fin reprobado”. Reprobado por quién, obviamente resultará siendo por el juez que de aplicación de la norma, pero eso es justamente lo que el principio de legalidad intenta limitar al máximo.

Por último, la pena asignada al delito resulta desproporcional a la luz del sistema de penas de la legislación nacional. El legislador le ha asignado la pena de presidio menor en su grado mínimo, es decir 61 a 540 días de privación de libertad.

El sistema de penas privativas de libertad en Chile va desde la prisión hasta el presidio perpetuo calificado. El tramo de la prisión va desde un día a los 60 de privación de libertad. En tanto que los presidios pueden ser menor, mayor y perpetuo simple y calificado. Ello se traduce que los presidios van desde los 61 días a los veinte años. En tanto que el presidio perpetuos simple le permite al condenado solicitar un beneficio a los veinte años y el calificado a los cuarenta.

Si bien se puede argumentar que en el esquema señalado la pena de 61 a 541 días no resulta excesiva. Sin embargo, la proporcionalidad de la pena se debe observar en relación al merecimiento de la pena y las penas asignadas a otros delitos.

En cuanto al primer criterio me parece que debe aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso. En tanto que la revisión comparativa de penas se observa lo desproporcionado de la asignada a los desórdenes públicos. Por ejemplo, el delito usurpación violenta tiene una pena de multa. Por otra parte el manejo en estado de ebriedad tiene la misma pena que los desórdenes públicos. El tramo inferior de la detención ilegal también es presidio menor en

su grado mínimo. El delito de abuso contra particulares, tiene una pena de suspensión del empleo y multa²¹.

Si bien es cierto que habitualmente dado el sistema de cumplimiento alternativo de penas en Chile, la primera condena de la persona no será privado de libertad sino que con una pena remitida. Sin embargo, el plazo mínimo que se da es de un año. Es decir, una persona debe firmar por un año, una vez al mes en Centro de Reinserción Social de Gendarmería. Si la persona que ha sido condenada es una activista o un estudiante, es probable que vuelva a manifestarse y que pueda volver a ser condena. La segunda condena deberá cumplirla en Reclusión Nocturna, y la tercera, cumplirla privado de libertad. Supongamos que la persona vuelve a participar en una protesta antes de cumplir el año por el cual se remitió la pena. Entonces, por el solo ministerio de la ley dice el artículo 26 de la ley 18.216, se debe revocar el beneficio. Es decir en teoría la persona debería cumplir privado de libertad la condena impuesta. Algunos tribunales permiten que esa revocación sea cumplida en Reclusión Nocturna, pero otros estiman que simplemente se revoca el beneficio y la persona debe entrar a cumplir efectivamente la condena.

En la aplicación del test empleado por la Corte Interamericana a la opción al tipificar los desórdenes públicos en Chile nuevamente fracasa y debe concluirse que puede redundar, en una parte en un mecanismo indirecto de censura y en el otro una restricción no necesaria en una sociedad democrática del derecho de reunión.

En efecto, si bien es cierto que el delito sí se encuentra tipificado en una ley dado lo poco descriptivo del tipo en la práctica hace que la conducta prohibida lo sea por una práctica jurisprudencial o peor aún por la decisión de la autoridad. El fin buscado no queda del todo claro a ratos parece el orden público, bien jurídico bastante vago, pero usual en nuestras legislaciones y aceptadas por la propia Convención. Pero la opción de penalizar parece la herramienta más extrema existiendo otros mecanismos de protección del bien jurídico que dice buscar proteger tanto el artículo 269 del Código Penal como el artículo 415 n° 1.

La situación descrita deja de manifiesto que no se satisface las exigencias del test utilizado por la Corte Interamericana para analizar si es necesario para una sociedad democrática la restricción de un derecho por vía de la penalización de una determinada conducta. Máxime cuando puede ser la manifestación del ejercicio de un derecho garantizado por la Convención Americana.

Otra grave violación en la que incurre la fórmula escogida por el Estado chileno para regular el derecho de protesta es el de violentar el carácter subsidiario del derecho penal, también conocido como el carácter de última ratio del derecho penal. Ya que cualquier protesta puede derivar en ser objeto de una sanción penal.

Si bien es cierto que este principio o límite al poder punitivo del Estado está en los hechos, en franca retirada en casi todas nuestras sociedades, todavía

²¹ El artículo 255 sanciona al empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo.

merece ser recordado especialmente cuando se corre el riesgo de penalizar el ejercicio de derechos.

Si a todo los problemas ya descritos al revisar el artículo 269 le sumamos la existencia del artículo 495 del Código Penal en su numeral primero; la conclusión es que en Chile simplemente no se puede protestar, si es que así lo quiere la autoridad, o que para ello hay que estar dispuesto a estar expuesto a ser sancionado penalmente. En Chile el derecho penal tiene una presencia vigorosa en el mundo de la protesta social.

El artículo 495 numeral primero del Código Penal prescribe: “Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual 1° El que contraviere a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito”.

Esta norma es una cláusula de cierre, es decir, lo que no cae bajo el artículo 269 lo hace en el 495, ambos del Código Penal. La técnica legislativa es francamente violatoria de la Convención Americana. Si ya el artículo 269 se consideraba violatorio del principio de legalidad, respecto de esta norma la situación es a lo menos la misma sino peor. El elemento normativo “contravenir las reglas dictadas por la autoridad” es de una vaguedad superlativa. No se precisa qué autoridad. Un intérprete podría considerar que no son solo se refiere a las que dictare la Intendencia respectiva al momento de solicitar autorización, más allá de los eufemismos del decreto supremo referido más arriba, es lo que se hace pedir autorización y facultar a la autoridad para que prohíba; sino que también las que dicte cualquier carabinero apostado en el lugar.

Se podrá argumentar que la pena impuesta es más bien baja. Una Unidad Tributaria Mensual equivale a treinta mil pesos aproximadamente y el dólar, a la fecha de este artículo estaba a 533 pesos, es decir, son 56 dólares aproximadamente. Sin embargo, las faltas también se registran en el prontuario de una persona. Pero además implica una condena penal.

Por último, respecto del artículo 264 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya dio su veredicto respecto de su compatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana:

“92. La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”²².

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Palamara c. Chile”, Sentencia de 22/11/2005.

La Corte Interamericana mostró ser sumamente visionaria. Según da cuenta el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, de la Universidad Diego Portales: “En abril de 2009 la vocera del Movimiento ANDHA (la asociación de deudores habitacionales), Roxana Miranda Meneses, fue formalizada por el delito de amenazas a la Presidenta de la República. En una protesta, la vocera habría dicho: “Espérense que le tenemos una sorpresa a la Presidenta, prepárense, que se prepare la Presidenta no más, que resguarde su seguridad, es solamente un mensaje para ella. Al día siguiente fue detenida, formalizada y dejada en libertad mientras se desarrollaba la investigación. Ella declaró que se trataba de un ‘mensaje que han hecho los deudores habitacionales, el cual es que van a seguir luchando por los derechos humanos fundamentales, el que es tener una vivienda digna’”²³.

A la luz de todo lo señalado parece que las opciones legislativas y normativas que ha realizado Chile para regular el derecho a la protesta o manifestación son violatorias de normas internacionales y de principios básicos de derecho penal.

IV. Aplicación de los tipos por los órganos del sistema penal

Con el objeto de preparar este artículo se solicitó a La Fiscalía Centro Norte información referente a las estadísticas referida a desórdenes públicos.

La competencia territorial de la Fiscalía Centro Norte abarca Santiago Centro, Estación Central, Recoleta, Quinta Normal, Independencia, entre otras y donde están la mayoría de las universidades, los liceos más importantes y es donde se ubica el centro cívico de Santiago. Por ejemplo, en esta zona están las casas centrales de la Universidad de Chile, la Universidad Católica y la Universidad de Santiago. El emblemático Instituto Nacional, Barros Arana y Liceo de Aplicaciones están todos ubicados en esta zona. La Moneda, Ministerios y Palacio de Tribunales también se ubican en esta área. El Cementerio General, lugar donde muchos de las manifestaciones en honor a los detenidos desaparecidos se llevan a cabo. Todos esos lugares son competencia de la Fiscalía Centro Norte. Por consiguiente cualquier delito cometido en el contexto o con ocasión de una protesta en la Región Metropolitana muy probablemente será investigado por la Fiscalía Centro Norte. Los datos son los siguientes:

Número de imputados por delitos de desórdenes públicos (2005-2009)

Fiscalía	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Territorial b	618	3883	3447	627	1211	9786
Territorial a	30	12	13	3.303	2431	5789
Territorial c	0	5	24	386	652	1067
Rpa	0	0	689	0	0	689
Chacabuco	49	36	40	375	32	532
Tráfico de drogas	0	0	4	0	0	4
Sexuales y violentos	0	0	2	0	0	2
Total	697	3936	4219	4691	4326	17869

²³ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, cit., p. 58.

Procedimiento de término para imputados por delitos de desórdenes públicos (2005-2009)

Procedimientos de término	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Sin procedimiento	573	3089	2863	3100	2684	12309
Monitorio	60	651	188	1240	968	3107
Ordinario	1	69	105	106	22	303
Simplificado	5	27	10	22	47	111
Abreviado	0	11	0	1	0	12
Total	639	3847	3166	4469	3721	15842

Tiempo de tramitación para delitos de desórdenes públicos, en días (2005-2009)

Tiempos de tramitación	Total
Sin procedimiento	110,7
Monitorio	52,3
Ordinario	307,5
Simplificado	217,6
Abreviado	49,3
Promedio de días	55,2

Procedimiento de término para imputados por delito de desórdenes públicos (2005-2009)

Procedimientos de término	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Acoge req. Proced. Monit.y proposic multa	59	659	188	1240	968	3114
Acuerdo reparatorio (art. 241 y 242)	0	0	0	2	0	2
Archivo provisional	32	83	83	107	31	336
Decisión de no perseverar en el proced	0	5	60	89	7	161
Incomp. materias correspond. sistema antiguo	0	0	0	0	3	3
Incomp. tratarse materias conoc. otro tribunal	5	2	4	10	3	24
No inicio investigación	85	146	127	1170	633	2161
Principio de oportunidad	451	2858	2649	1813	2014	9785
S. definitiva (susp. imposit. de la cond. 398)	0	0	0	1	0	1
Sentencia definitiva absolutoria	0	21	0	4	36	61
Sentencia definitiva condenatoria	4	9	7	15	9	44
Sobres definitivo (causales del art. 250)	3	46	12	16	17	94
Sin procedimiento	0	18	36	2	0	56
Total	639	3847	3166	4469	3721	15842

Del período estudiado se observa que el mayor número de causas terminó ya sea por principio de oportunidad, facultad de no iniciar investigación, decisiones de no perseverar o archivo provisional. Aparentemente esta salida procesal parece satisfactoria, pero creo que dicho optimismo debe ser relativizado al observar el tiempo de tramitación de las causas de aquel acápite que se refiere a este tipo de término es de 110,7 días. Es decir, no fueron decisiones tomadas al inicio de la causa sino que, por el contrario, las investigaciones estuvieron abiertas por dicho período. También morigera el optimismo el hecho que todas estas terminos no implican un reconocimiento de licitud penal de la conducta. En los

hechos dejan en suspenso, en un verdadero el limbo jurídico, el pronunciamiento sobre si la conducta desplegada por la persona imputada se enmarcaba dentro del ejercicio legítimo de un derecho o al no ser imputable dicha conducta al imputado por no haber rebasado el riesgo permitido.

Si se observan las cifras las sentencias absolutorias son 61 y los sobreseimientos definitivos 94, es decir, en el período en cuestión en solo 155 causas se estableció de manera definitiva la no existencia del ilícito penal.

La falta de una decisión judicial o jurídica sobre la ilicitud o licitud de la conducta desplegada tiene relevancia práctica porque muchas veces los fiscales en distintas audiencias echan mano al SAF (Sistema de Asistencia Fiscal) para argumentar solicitudes de medidas cautelares y cualquiera de estos mecanismos de término no dan cuenta de una inocencia y, por lo tanto, argumentan diciendo que si bien el Ministerio Público ejerció el principio de oportunidad el imputado ha entrado antes en conflicto con la ley. Algunos jueces desestiman esta argumentación fundado en la presunción de inocencia, pero otros escuchan y pueden aplicar una medida cautelar más gravosa que la que proporcionalmente correspondería para el caso.

De igual forma resulta relevante para la eventual presentación, por parte del detenido e imputado, de una querrella por detención ilegal. En efecto, un argumento muy fuerte para decir que existió una arbitrariedad en la detención es justamente la decisión de un tribunal de sobreseer o absolver de la imputación por la cual se produjo la privación momentánea de libertad.

Eso los fiscales lo saben y cuando se enfrentan a un defensor dispuesto a ello echan mano a el principio de oportunidad para evitar la absolución o el sobreseimiento definitivo.

La forma en que habitualmente funciona el sistema es el siguiente: en el caso de desórdenes por faltas, el fiscal envía un requerimiento de procedimiento monitorio solicitando la aplicación de una multa, dado lo mecanizado del sistema la gran mayoría de los tribunales simplemente lo aceptan, tanto el procedimiento como la multa solicitada por el fiscal. El requerimiento y la resolución que recayó sobre él se notifica al imputado. Muchos imputados no logran comprender; no obstante que se les dice en la notificación obviamente en jerga jurídica, que deben oponerse a la aplicación de la multa que se sugiere. Si no manifiestan dicha oposición entonces queda firme la aplicación de la multa. Con ello la estadística del Fiscal figura como con una causa terminada y con una condena, algo bueno para sus estadísticas internas. Con ello tiene un gran número de causas terminadas y tramitadas lo que redundo en una buena evaluación interna. Si se observan los números en el período el segundo número más alto después de los principios de oportunidad es el de acoge requerimiento procedimiento monitorio y proposición de multa: 3114.

En caso de que dentro de plazo el imputado se oponga se cita a audiencia de juicio simplificado donde en principio el imputado debe llevar todos sus medios de prueba.

La estrategia, en esa audiencia, seguida al menos en una fiscalía es ofrecer en ese caso una rebaja sustancial de la multa si es que la persona acepta su responsabilidad. El problema del sistema de licitación de defensa y sobre carga de trabajo de los defensores ha creado incentivos perversos para que exista una fuerte estimulación por parte de los defensores a aconsejar al imputado aceptar

estas rebajas. En caso que no acepta se ofrece una suspensión condicional del procedimiento y aquí las presiones son más fuertes ya que se le dice que si firma cada dos o tres meses un libro en la comisaría en sus antecedentes no aparecerá una anotación prontuaria. En el evento que el imputado nuevamente rechace esta oferta entonces el fiscal dice que no se está listo para ir a juicio y solicitan nuevo día y hora. Es decir, el imputado, previendo que se pudiera realizar el juicio lleva su prueba, con la pérdida de tiempo que ello significa para todos y el fiscal no hace concurrir a los Carabineros, no lleva los eventuales vídeos que pudiera tener, etc. Cuando finalmente se va a realizar el juicio entonces el fiscal decide aplicar principio de oportunidad sin que la defensa pueda oponerse a su aplicación.

Esta es exactamente la situación vivida en un caso llevado por las Clínicas de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Un estudiante llamado Howard Symess participaba de las protestas realizadas contra la ley general de educación. En momentos que se encontraba mirando como se llevaban detenido a otro estudiante increpa a Carabineros diciendo: “¿Qué estaba haciendo el cabro? ¿Estaba robando? ¿Estaba vendiendo droga?”. Uno de los carabineros profundamente molesto con los cuestionamientos se abalanzó sobre él y lo tomó detenido, a lo que él dice: “No pos, no, miren como me llevan”. Esto lo pudo ver todo Chile porque fue filmado por las cámaras de todos los canales de televisión y se transmitió en todos los noticieros.

Pues bien, el Ministerio Público presenta un requerimiento de procedimiento monitorio en contra de doce personas los hechos vale la pena transcribirlo para ver que todas las aprehensiones teóricas anotadas al comienzo de este artículo, se concretizan en la práctica.

Hechos: “El día 13 de mayo de 2009, aproximadamente a las 13:10 horas en circunstancias que personal policial se encontraba de servicio en Parque Almagro, ubicado en calle Santa Isabel con Nataniel Cox, comuna de Santiago, sorprendieron a los requeridos [los nombra a todos, incluido Howard Symmes] quienes sin motivo alguno, procedieron a tomarse las tres pistas de circulación de la Avenida Santa Isabel, obstaculizado totalmente el libre tránsito vehicular y peatonal existente a esa hora en el lugar además de lanzar objetos contundentes en la vía pública y en contra de personal de carabineros infringiendo las disposiciones reglamentarias y legales sobre orden público y reuniones”.

Más adelante volveremos al revisar la escasa jurisprudencia a la que se accedió para ver que estos hechos no se diferencian en nada de otra causa donde se condena a la gente por el delito de desórdenes públicos. Evidenciando la arbitrariedad sustentada en la vaguedad del texto elegido por el legislador. Pero ahora quisiera centrarme en el requerimiento.

Como se sabrá el requerimiento en un procedimiento simplificado cumple las veces de una acusación, es decir el marco fáctico que debe probar el Ministerio Público se encuentra fijado por el requerimiento. Pues bien, los hechos descritos no se condicen con la conducta desplegada por al menos el señor Symess. La grabación muestra el momento exacto de la detención donde no se le ve tirando objetos contundentes ni obstruyendo el tránsito ni ninguna de las conductas que se le atribuye. Esto muestra lo absolutamente mecanizado que se encuentra el funcionamiento del Ministerio Público a la hora de requerir por desórdenes públicos.

En el caso concreto, sólo cuatro jóvenes se opusieron al requerimiento, sólo cuatro no aceptaron responsabilidad y sólo cuatro rechazaron una suspensión condicional. Se tuvo que ir a tres audiencias con toda la prueba, para ver que en la última se aplicara principio de oportunidad y que el juez no dejara discutir el sobreseimiento definitivo. La oposición de la defensa fue desestimada diciendo que era una atribución exclusiva del fiscal ejercer el principio de oportunidad facultando solo a la víctima para oponerse, no al imputado.

El caso de Howard Symess muestra además la nula aplicación de criterios dogmático penales para analizar la situación concreta de cada imputado. No se plantea ningún mecanismo teórico para resolver un eventual conflicto de derechos. Analizar criterios de imputación objetiva. O cualquier otro criterio dogmático que permitiera una resolución de calidad en el caso concreto.

En el caso de Howard Symess resulta evidente que estaba ejerciendo su derecho de protesta y luego su derecho a la libertad de expresión: protestar contra la Ley General de Educación y luego criticar el actuar de los carabineros.

Respecto del primer punto resulta evidente que en una sociedad democrática en el siglo XXI se acepta, y es más se espera, que los estudiantes manifiesten su opinión sobre determinadas políticas públicas que les afectan. No es menor que el proceso de reforma de la educación en Chile se da justamente porque los estudiantes secundarios, se toman colegios y protestan en las calles. La llamada Revolución Pingüina, en alusión a sus uniformes. Es decir simplemente aplicando uno de los criterios de imputación objetiva, a saber, rebasar el riesgo permitido, se hubiese concluido que la conducta es atípica. Por otra parte se podría haber planteado el Ministerio Público si los jóvenes obran amparados por una causal de justificación, a saber, la del artículo 10 N° 10 del Código Penal. Que impone: “Están exentos de responsabilidad criminal: N° 10 El que obrare... en el ejercicio legítimo de un derecho”.

Supongamos que los jóvenes hubiesen cortado el tránsito. Ponderando el corte de tránsito con el derecho a manifestar su disconformidad con el resultado del proceso por ellos iniciado, ¿no se puede decir que dicha conducta se encuentra justificada justamente porque en el caso concreto el tema por el cual protestan tiene preponderancia sobre el que un vehículo tenga que tomar una ruta alternativa?

Esa discusión evidentemente al interior del Ministerio Público no se dio en este caso y mi percepción es que generalmente no se da.

En los tribunales la cosa no es mucho mejor. En fuentes abiertas no existe posibilidad de encontrar jurisprudencia sobre desórdenes públicos sea en su forma de falta o sea en su forma de simple delito. Ello no obstante que de acuerdo con los datos proporcionados por la Corporación de Administración del Poder Judicial en 2007, en los Juzgados de Garantía y Orales hubo 4296 ingresos por delito de desórdenes públicos del 269. El año 2008, 5083; y en 2009, 4764.

Sin perjuicio, de lo cual accediendo a una base de datos que no es de libre acceso al público, se logró obtener sólo cuatro fallos. De los cuales uno se pronuncia sobre si existe discernimiento de un menor acusado de desórdenes públicos. De los tres restantes son todos juicios simplificados donde se acepta responsabilidad por los hechos en cuestión por parte de los imputados, sin que exista discusión jurídica al respecto.

Es cierto que existen 94 sobreseimientos y 61 sentencias absolutorias, sin embargo, como no es posible obtener el dato desagregado no se pudo ir a esas causas para ver el razonamiento del tribunal para sobreseer en unos casos y absolver en los otros.

De los fallos a los cuales se accedió solo un juez hace un análisis detallado del conflicto de derechos que hay en juego cuando se está frente al derecho de protesta. Es el juez Daniel Urrutia a través de sus razones para declarar inadmisibles querellas interpuestas por la intendencia de Santiago y el Ministerio del Interior, ambas de los partidos de la Concertación, en casos de protestas hace una ponderación de derechos, echa mano a los informes de la Relatoría de Libertad de Expresión. Así por ejemplo en la causa Rit 6601-2008 resolvió: “Los hechos denunciados en la querella, no son constitutivos del delito del artículo 269 del Código Penal, de hecho no cumplen las hipótesis fácticas señaladas, pues en primer lugar deben los desórdenes, turbar gravemente la tranquilidad pública, no con cualquier fin sino acotado expresamente a dos objetivos; para causar injuria u otro mal a alguna particular o con cualquier otro fin reprobado”.

Los desórdenes descritos no pueden ser considerados, como realizados para causar injuria o daño a alguna persona particular, constituye una argumentación insalvable el hecho que dentro de los fines de la manifestación del día del Trabajador, no se encontraba causar daños o injuria a nadie en particular; asimismo no es posible calificar los objetivos de la manifestación como reprobables o dignos de reproche, lo contrario es limitar inaceptablemente tanto la libertad de expresión como la libertad de reunión. La interpretación señalada del artículo 269 del Código Penal va en directa correlación con lo afirmado por el informe 2005 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la libertad de expresión en su página 152. Posteriormente el mismo juez, según informe el Capítulo citado del Informe 2009 sobre Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, habría advertido: “Si alguna de ustedes es activista o se dedica a alguna de esas situaciones, eventualmente van a ser detenidas de nuevo; es muy probable sobre todo por la situación en la cual en nuestro país se limita la libertad de expresión y la libertad de reunión en las calles, sobre todo cuando se corta el tránsito”. Producto de lo cual el Ministro del Interior, militante del Partido Por la Democracia y posteriormente Diputado designado el Sr. Felipe Harboe, presentó un reclamo formal en contra del juez ante la Corte de Apelaciones de Santiago a lo cual el Ministro agregó dos sentencias donde había declarado inadmisibles querellas de la Intendencia de Santiago. Por estos hechos se le abrió un sumario interno al juez y se le formularon cargos por el ministro instructor²⁴.

Es llamativo que los jueces de Garantía de Santiago que han incorporado fuertemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de injurias y calumnias a la hora de analizar causas por desórdenes, sean por falta o por el delito, al parecer no están echando mano a dichos criterios jurisprudenciales. Como no se pudo acceder a los fallos absolutorios no sabemos si ahí lo están

²⁴ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, cit., ps. 75 y 76.

haciendo, tampoco se puede determinar si los defensores están utilizando esos argumentos, pero lo cierto es que el único juez del que se tiene noticias que declara inadmisibles querellas es el Juez Urrutia y las consecuencias para su carrera judicial no han sido muy positivas.

Como se anticipó hay un caso que es particularmente llamativo y que deja en evidencia las deficiencias de los tipos que ya se denunciaron.

Es la causa RIT 5470-2005, del Juzgado de Garantía de Temuco. El requerimiento del Ministerio Público señala:

“Que el requerimiento del Ministerio Público, expresa que con fecha 21 de Diciembre del 2005 funcionarios de Retén Los Laureles recibieron una denuncia de un particular, en orden a que el camino público que une el sector Los Laureles con el sector Esperanza Colico, se encontraba cortado con árboles, piedras y diversos elementos contundentes que interrumpían el libre desplazamiento de particulares, lo anterior era practicado por un grupo de personas encapuchados, que constituido personal policial en el lugar se constató que efectivamente el camino publico se encontraba interrumpido y cortado en un tramo de 650 metros, y que quien dirigía y participaba activamente en el hecho era Juana Calfunao, frente a ello, personal de fuerzas Especiales, a cargo del capital Ignacio Núñez procedió a despejar la vía a fin de restablecer el orden público, siendo atacados por un grupo de individuos liderados por la imputada.

Que con fecha 22 de diciembre del 2005 el referido camino publico nuevamente fue cortado, interrumpiéndose el libre tráfico de particulares, todo ello liderado por Juana Calfunao, razón por la cual a las 19:15 horas, personal de Carabineros procedió a despejar la ruta, retirando elementos tales como árboles, un poste de alumbrado público, troncos, bolones, piedras y alambres de púa, mientras realizaban tal labor nuevamente fueron atacado por un grupo de individuos liderados por Juana Calfunao Paillalef.

Que el 23 de diciembre del 2005 en horas de la mañana Juana Calfunao junto a terceros procedió a interrumpir el libre tránsito por el camino público antes referido ello con árboles, piedras y diversos elementos contundentes frente a lo anterior y con el fin de restablecer el normal funcionamiento de la vía pública en horas de la tarde se procedió a despejar la ruta por personal de carabineros, situación que la requerida Juana CaJfunao intentó evitar arremetiendo a carabineros, junto al grupo que lideraba con palos piedras, rosos, cuchillos y diversos elemento contundentes, en razón de lo anterior se procedió a su detención en un predio colindante, en el momento que se daba a la fuga, en un bajo a unos 200 metros del camino público, la que practicó el Sub-oficial Omar Aburto Oliva, y los cabos 1° Luis Sepúlveda Campos, Pablo Bahamondes Hernández, y Patricio Muñoz Bustos, quienes fueron amenazados por esta con una horqueta indicándoles textualmente ‘acércate paco culiao y te cago’, haciéndoles ademanes de agresión con el arma, lo anterior fue percibido y escuchado por el Capitán Ignacio Núñez, haciéndose presente que en la persecución por parte de fuerza especiales, se aprehendió a una mujer mayor de edad, quien se negó a identificar frente a la autoridad que la requirió, razón por la cual se recurrió al Registro Civil; tal detención la practicó el Sub-oficial Patricio González y Alejandro Quezada siendo este ultimo lesionado con el mango de una pala por la imputada Luisa Calfunao Paillalef, ocasionándole lesiones leves, de lo que se dio cuenta a la Fiscalía Militar correspondiente”.

La descripción de hechos referida a los desórdenes públicos es bastante similar a la imputada a Howard Symess y otros estudiantes. ¿Por qué en un caso

es desórdenes de la falta y en otros es simple delito? Las personas del caso de Temuco fueron también formalizada por las amenazas y por las lesiones, por lo tanto, aquellas conductas típicas no pueden dar cuenta de la diferente calificación jurídica que se le da a los desórdenes. Por lo que la diferencia está dada por el arbitrio, en primer lugar, del fiscal que lleva la causa y en segundo por el juez o jueza que resuelve el caso.

En este caso es una evidencia de la concretización de los riesgos que los principios de derecho penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, quieren evitar. La decisión del Ministerio Público de utilizar el artículo 269 en lugar del 415 implica condenas de distinta envergadura para la imputada. No es la descripción típica la que muestra por cual delito hay que formalizar sino que es la decisión del Ministerio Público. Por lo que un sistema con incentivos en los lugares equivocados combinado con tipos abiertos redundaría en una condena más gravosa para una persona.

Todo lo expuesto muestra la necesidad de reformar la regulación del derecho de protesta en Chile para hacerlo respetuoso de los derechos humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en su conjunto.