



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Escuela de Pregrado
Departamento de Ciencias Penales

**BARRICADAS: EL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL FRENTE AL
DELITO DE DESÓRDENES PÚBLICOS EN EL MARCO DE LA LEY 21.208**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Manuel Figols Paz de la Vega
Profesor Guía: Javier Arévalo Cunich

Santiago de Chile
2020

A Flor y Luisa

AGRADECIMIENTOS

Agradezco especialmente a Flor Ángela Paz de la Vega, Mauricio Figols, Joaquín Figols, Mauricio A. Figols, Andrea Valenzuela, Javier Arévalo, Felipe Olivares, Pepe Acevedo, Nicolás Pais, Benjamín Cárvaves, Tomas Chacón, Jessica Piña, Álvaro Tejos, Mariana Aguilera, Luis Felipe Silva, Juan Pablo Vilo y Andrés Lunecke.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	06
INTRODUCCIÓN.....	09
I. BARRICADAS Y DELITOS DE DESÓRDENES PÚBLICOS.....	14
A) De la seguridad individual al orden público.....	14
1. Desórdenes públicos (art. 269). Seguridad individual.	
Fundamentos.....	15
1.1 Origen histórico.....	15
1.2 Interpretación sistemática.....	18
1.3 Síntesis.....	21
2. Barricadas (art. 268 septies). Orden público. Fundamentos.....	22
2.1. Historia de la ley.....	22
2.2 Precedentes legislativos.....	26
2.2.1 Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (2011).....	27
2.2.2 Proyectos y Anteproyectos del Código Penal.....	29
2.3 Síntesis.....	30

3. Efectos.....	31
B) Alcances a la hipótesis de barricadas.....	33
1. Finalidad o Intención.....	34
2 Gravedad.....	36
3. Síntesis.....	40
II. BARRICADAS: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS.....	42
A) El derecho a la protesta en los tratados internacionales y en la Constitución Política.....	42
1. Libertad de expresión.....	43
2. Derecho de reunión.....	48
B) Las barricadas: algunas consideraciones.....	50
1. Violencia.....	51
1.1 Aproximación al concepto de violencia.....	52
1.2 La ausencia de violencia en la hipótesis de barricadas.....	54
CONCLUSIONES.....	58
BIBLIOGRAFÍA.....	62

RESUMEN

Esta tesis se propone analizar la ley 21.208 que recientemente modificó el Código Penal, específicamente la hipótesis contenida en el artículo 268 septies que tipifica a las barricadas. Estudiaremos esta figura desde el Derecho Penal, en cuanto delito de desorden público, y también desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al ser considerada por algunos una forma legítima de protesta social. En otras palabras, revisaremos los difusos límites de una conducta que ha ejercido un rol clave en el repertorio de acción colectiva del movimiento ciudadano durante los últimos 10 años y que el Estado sistemáticamente ha criminalizado.

En este sentido, el trabajo tiene dos objetivos generales: *primero*, determinar si el bien jurídico protegido por el nuevo tipo penal es *a)* la seguridad individual o *b)* el orden público. En virtud de esta respuesta, y solo en el caso de llegar a la segunda opción, se plantea un *segundo* objetivo relevante: determinar el grado de protección jurídica que merece la barricada en virtud del derecho fundamental a protestar y cuál debe ser el tratamiento de la autoridad ante la colisión generada entre este derecho y la paz pública.

Será determinante, en función a los objetivos propuestos, la exhaustiva revisión de los elementos de la estructura típica de la nueva hipótesis de barricadas. Esto, como figura autónoma, pero también como heredera y parte de una tradición estrechamente vinculada al delito de desórdenes públicos.

Especialmente nos detendremos a analizar, dada su importancia, la ausencia de intencionalidad y la violencia en el tipo penal y sus efectos.

Sin embargo, la barricada no desapareció. Por el contrario, sus funciones simbólicas y sociológicas, que siempre habían desempeñado un papel real, aunque menos visible, pasaron cada vez más a primer plano. Las grandes barricadas de la Comuna fueron en su mayor parte elaboradas piezas de exhibición que poco hicieron por impedir la invasión de la capital. Su contribución primordial fue movilizar a los presuntos combatientes y reforzar los vínculos de solidaridad entre ellos mediante la expresión de la identificación de los participantes con las acciones y los valores de las generaciones insurgentes que le habían precedido. De esta manera, la barricada pasó a ser una representación de la tradición revolucionaria a la vez que puro y simple instrumento de combate.

Mark Traugott

Entre el 'público' se encontraba Manuel, quien luego de vivir en carne propia la protesta del centro, ya se encaminaba a su casa en San Bernardo. En el camino, al igual que Rodrigo, Sofía y Roberto, vio cómo cientos de barricadas se multiplicaban en cada esquina, al son de las cacerolas que niños, madres, jóvenes y ancianos hacían sonar desde sus balcones, desde las esquinas de sus casas y en improvisadas marchas por las poblaciones periféricas de Santiago.

Núcleo de Historia Social Popular y Autoeducación Popular

INTRODUCCIÓN

La idea de hacer este trabajo se originó al poco tiempo de haberse promulgado la llamada ley “anti-barricadas”, iniciativa que a su vez fue parte de un paquete de medidas legislativas que incluía también las leyes “anti-saqueos” y “anti-capuchas”. El germen de esta tesis se encuentra en la causa inmediata de aquella controvertida regulación: el Estallido Social de Octubre. Fueron los acontecimientos que se vivieron durante la primavera del 2019 los que reabrieron muchos temas trascendentales para el pueblo chileno, siendo uno de ellos el debate sobre el necesario rol de los movimientos sociales en la democracia y los límites de su repertorio de acción colectiva frente el orden público. Parecía que volvíamos así a un lugar común en la discusión de los últimos años, aquel punto muerto entre quienes denuncian la criminalización de la protesta social por parte del Estado y los que tratan de reducir el conflicto al ya célebre mantra “condenar la violencia provenga de donde provenga”.

¿Cómo conciliar el derecho fundamental a protestar con el orden público? Ese es uno de los grandes desafíos que tenemos como país y la búsqueda de su respuesta el motor principal de este trabajo. Existen diferentes ángulos desde donde abordar esta problemática (la tendencia a judicializar las demandas sociales o las erráticas políticas de seguridad ciudadana post dictadura, por nombrar solo algunos), pero la intuición de fondo nos dice que es

necesario hacerlo mediante el análisis del denominado “populismo penal”. Las lógicas de este último fenómeno, es decir, la utilización de la persecución judicial y el endurecimiento del castigo, sumado a la falta de técnica legislativa, nos darán luces de cómo las leyes que mencionábamos en un comienzo han venido a mermar significativamente los derechos de aquellos sectores sociales organizados en torno a diferentes demandas – legítimas o no – más que a resolver el problema de fondo.

Somos consientes de los límites metodológicos que impone este trabajo, y lo entendemos en un doble sentido: por una parte, tuvimos que optar por abordar el dilema de la protesta social y el orden público únicamente desde la contingencia legislativa; por otra parte, ese dilema objeto de nuestra investigación es solo una de las expresiones del complejo momento histórico y político que vivimos en Chile. Sería una ingenuidad pensar que del análisis fractal de esta disputa pudiésemos arrogarnos una respuesta integral sobre el origen y la posible solución a todo lo que ha significado el Estallido Social. Tampoco es nuestro objetivo hacerlo. Pero aún así, y pese a todas nuestras limitantes, nos parece relevante trabajar desde los Movimientos Sociales y el derecho a la protesta, ya que, precisamente uno de los costos de salir del espanto dictatorial para la sociedad civil en general, y para los sectores populares en particular, fue el profundo debilitamiento de los lazos asociativos con sus diferentes formas de expresión. El tejido social perdió terreno frente a una transición pactada y sus transformaciones político-económicas que

profundizaron un modelo que prescindía de la gente. Este trabajo es una suerte de homenaje para quienes siguieron realizando de manera organizada un trabajo de resistencia a partir de porfiados ejercicios de memoria subalterna, pero también para los hijos de la transición que con entusiasmo se vuelcan a las calles con el espíritu de estar viviendo la proeza más importante de sus vidas, tensionando una vez más un sistema repleto de abusos.

Sin embargo, todo el desarrollo de la investigación se llevó a cabo alejado de la calle, del incesante ajetreo de aquellos convulsionados días de revuelta, marchas y cabildos ciudadanos. Una pandemia, como la humanidad no veía hace décadas, nos obligaba a guardarnos, o eso creíamos. Y es que, a diferencia de lo que ocurrió luego del plebiscito de 1988 con el llamado de la transición concertacionista a volver a las casas y desmovilizarse, no nos guardamos; lo que había despertado con el Estallido de Octubre era demasiado fuerte. Desde una mirada histórica, las jornadas de protestas (retiro 10% AFPs, caso Antonia Barra, huelga de hambre de los comuneros mapuche) que se vivieron a pesar de la cuarentena durante este invierno representan una fisura más del moldeado orden postdictatorial, pero no son una novedad. Las espontáneas convocatorias se montaron sobre un recuerdo socialmente procesado, transformado en repertorio de acción y grabado a fuego en la memoria popular: las jornadas de protesta nacional durante los años 1983 y 1986 que obligaron a la Dictadura Cívico-Militar a una salida pactada.

Elegimos a la barricada, como contrapunto de los delitos de desórdenes públicos, dentro de toda la variedad de acciones colectivas de protesta ya que reaparece como el más eficiente y versátil medio que tienen las personas para manifestarse. Surge solitaria en el horizonte como único bastión de resistencia, colisionando con el orden público en un escenario tomado por las medidas sanitarias de la pandemia. Las ya habituales marchas o concentraciones se tornan impracticables debido a este contexto de salud pública. Vemos cómo la barricada va perdiendo su componente violento para re-significarse en un símbolo de lucha y de tradición revolucionaria. Su capacidad de adaptación, en forma y función, como respuesta a contextos sociales cambiantes, la convierten en aquella herramienta perfecta para obtener victorias. Eso sí, ya no como las de aquella táctica exclusivamente parisina del Siglo XVIII, sino que victorias en luchas morales en todo el mundo contemporáneo. Mientras se escribieron estas páginas, fuimos testigos de los centenares de columnas de fuego brotando por las noches a lo largo de las avenidas de las grandes ciudades y en pequeños pasajes en perdidos lugares, exigiendo un país diferente.

Por último, quisiera señalar la importancia que tiene para esta tesis el trabajo del profesor Alex von Weezel, quien analizando el “Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público” del año 2011, y a propósito de la jornada de protesta del 4 de Agosto que la antecedió (clímax de la lucha del Movimiento Social por la Educación), realiza una perspicaz hipótesis de cómo el Estado estaría forzando la transición de una figura de desórdenes públicos que

prefiere tutelar la tranquilidad política antes que la seguridad individual, como había sido tradición en nuestro Código Penal. Quise traer a colación este trabajo, no solo por el parecido en los presupuestos fácticos de los acontecimientos que vivimos hoy con los ocurridos hace casi diez años, sino también por la semejanza de ese Proyecto con la actual legislación que surgió en respuesta al Estallido Social. Claramente estas similitudes no son azarosas y responden, especialmente en el caso de la ley “anti-barricadas”, a coordinadas políticas públicas en materia criminal que tratan de regular las crecientes manifestaciones públicas de la ciudadanía por medio de su represión. Será la idea (o más bien premonición) de Weezel sobre el inevitable destino de la figura de los desórdenes públicos – y con ello de la barricada – de acercarse a su dimensión política, la que nos servirá de punto de partida para esta investigación, ya que nos plantea con ello la irremediable criminalización del ejercicio de los derechos ciudadanos que se genera, dando paso a la génesis de nuestro dilema: ¿derecho a la protesta u orden público?

CAPÍTULO I

DESÓRDENES PÚBLICOS Y BARRICADAS

Históricamente ha existido una estrecha relación entre el delito de desórdenes públicos y la figura de barricadas en nuestro Código Penal. Durante más de 150 años el artículo 269 contempló la hipótesis de interrupción de la libertad ambulatoria en sus diversas modalidades, entre otras conductas delictivas. Existe abundante jurisprudencia en este sentido, especialmente casos de cortes de tránsito como producto de manifestaciones o marchas¹. Todo esto cambia con las modificaciones que introduce la ley 21.208, creando con el artículo 268 septies una figura agravada y autónoma de barricadas², ubicándola en el mismo Párrafo Segundo que regula “Otros desórdenes públicos”.

A) DE LA SEGURIDAD INDIVIDUAL AL ORDEN PÚBLICO

Siempre que el legislador crea o modifica un delito, realiza una valoración acerca de cierto bien jurídico, determinando o ratificando, según sea el caso, su

¹ Corte de Apelaciones de Temuco rol: 1381-2006; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de 05 de abril de 2007, RIT N°2420-2007. RUC N° 0700239743-3 (p.11); Juzgado de Garantía de Temuco, resolución de 21 de noviembre de 2006, p.15.

² Boletín N°13090-25, “*Modifica el Código Penal para tipificar como delito la alteración de la Paz Pública mediante la ejecución de actos de violencia, y agrava las penas aplicables, en las circunstancias que indica*”, Moción Parlamentaria, Chile, 2019, p. 3.

merecimiento y tutela penal³. Este caso no es la excepción y precisamente en esta sección intentaremos develar el verdadero espíritu de la ley para así poder determinar qué valor protege el nuevo tipo penal barricadas. Para ello será fundamental la comparación con la norma que antes la contenía.

1. Desórdenes Públicos (art. 269). Seguridad Individual. Fundamentos.

1.1 Origen Histórico

El origen histórico de nuestro delito de desórdenes públicos y el bien jurídico que protege, lo encontramos en la España de mediados del Siglo XIX, y es que, el tipo penal de dicho delito se extrajo prácticamente idéntico al contenido en el art. 197 del Código Penal español de la época, que estipulaba lo siguiente: *“Los que turbaren gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de arresto mayor a prisión correccional”*⁴.

Sin embargo, el legislador chileno de esos años advirtió la connotación política del delito español y le introdujo tres modificaciones que obedecen a una comprensión radicalmente diferente tanto de la figura típica como del valor que tutela. De esta manera se logra cambiar parte importante de la estructura de la

³ Ossandón, María Magdalena, *“La Formulación de Tipos Penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 26.

⁴ ESPAÑA, *Código Penal de España*, Edición Oficial Reformada, Madrid, Imprenta Nacional de España, 1850, p. 57.

norma y con ello el fondo, distanciándose así del sentido original del modelo español⁵.

La primera modificación se refiere a la ubicación sistemática del tipo penal. Mientras que en el Código Penal español el delito de desórdenes públicos forma un capítulo dentro del Título III dedicado a los “Delitos Políticos” (lesa majestad, rebelión, sedición), en el Código Penal chileno el delito configura por si solo el Párrafo II “Otros desórdenes públicos” que forma parte del Título VI del Libro II, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares”.

En la misma línea, la segunda modificación suprime de la norma aquella hipótesis que tipificaba la afectación del ejercicio de los derechos políticos de las personas en elecciones populares o con ocasión de ellas. Como se puede ver, con estos dos primeros cambios se comienzan a evidenciar las verdaderas intenciones del legislador chileno que comienza a desdibujar la figura española, quitándole gradualmente su característica connotación política, como ya advertíamos.

La tercera modificación será la que signifique la definitiva escisión del tipo penal chileno del modelo de la legislación española estableciendo el artículo 269 en el Código Penal como lo conocemos en la actualidad. Este último

⁵ Weezel, Alex von, “*Estructura y alcances del Injusto Típico del Delito de Desórdenes Públicos*”, Santiago, Informe n°3 del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012, p. 107.

cambio consiste en la sustitución del concepto “orden público” por el de “tranquilidad pública”, eliminando de esta manera el último resabio de ‘lo político’ en la norma, como veremos a continuación.

Para gran parte de la doctrina, el legislador español habría entendido el concepto de “orden público” (en cuanto bien jurídico protegido del delito de desórdenes públicos) como *“una especie de tranquilidad en las calles, la cual se ve amenazada por una conducta cuya intencionalidad es, al menos en forma mediata y en sentido amplio, de índole política”*⁶. Esto sería coherente con la ubicación de la figura, como ya vimos, y con la interpretación que se le ha dado a la conducta típica: *“una forma tenue o leve de insurrección o de rebelión destinada a afectar el ejercicio de la autoridad por parte de los poderes públicos, buscando poner en problemas a la autoridad por la vía de minar la gobernabilidad”*⁷.

Ahora bien, para acceder a aquello que los redactores de nuestro Código Penal entendían por “tranquilidad pública”, en contraposición al concepto de orden público manejado por los españoles, será revelador el relato de uno de los comisionados. En este sentido, don Pedro Javier Fernández: *“...en la s. 56 [de la Comisión Redactora] ‘se adoptó con el núm. 259 (264) el art.197 del C.E. [Código Penal español de 1850], diciéndose en él, a indicación del señor Gandarillas, ‘los que turbaren gravemente la tranquilidad pública, en vez de*

⁶ Muñoz Conde, Francisco, *“Derecho Penal Parte Especial”*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch (8° Ed.), 1959, p. 673 y ss.

⁷ *Ibid.*, p. 673 y ss.

*orden público que espresa el original. La turbación de esta última especie importa una sedición, puesto que se ataca a la sociedad misma en su base; mientras que la materia del artículo debe limitarse a las alteraciones pasajeras de la tranquilidad que no tienen carácter ni procuran trastornar el orden establecido*⁸(Libro de Actas de la Comisión Redactora, Sesión 56).

Esta revisión del origen histórico de nuestra figura de desórdenes públicos en algún grado nos permite ir develando y aproximarnos al sentido de aquello que el legislador buscaba proteger distanciándose de su modelo español. Ahora bien, como veremos en el siguiente apartado, la tranquilidad pública no se explica en sí misma y por ende está incompleta en cuanto valor tutelado, por lo que necesitaremos un esfuerzo interpretativo mayor para entenderla a cabalidad.

1.2 Interpretación Sistemática

La búsqueda del verdadero sentido de aquel valor tutelado por el tipo penal de desórdenes públicos no se agota con la sola revisión de las actas de la Comisión que redactase nuestro primer Código Penal, aun con la elocuencia que mostrara Gandarillas cuando nos señala“...*tranquilidad pública, en vez de orden público que espresa el origina (español)*...”⁹ distanciándose así de aquella incómoda figura política, como vimos en el apartado anterior. Nos

⁸ Cfr. Fernández, Pedro Javier, “Código Penal de la República de Chile. Explicado i Concordado”, Tomo II, Santiago, 1899 p. 17 a 18.

⁹ Ibid.

queda aún un segundo paso que consiste en realizar un ejercicio hermenéutico por el cual interpretaremos de manera sistemática y hasta teleológica el Título VI. Con ello veremos cómo el resguardo de la tranquilidad, como bien jurídico protegido, no solo responde a una norma aislada, sino también a un sistema más amplio y complejo. El fundamento que nos otorga el origen histórico del tipo penal debe ser complementado con esta interpretación que nos revelará que no es solo la 'tranquilidad en sí misma' lo que protege el delito de desórdenes públicos.

Una primera lectura de los diferentes tipos penales del Título VI nos podría arrojar conclusiones parecidas a las que realizara el profesor Etcheberry en su célebre Manual de Derecho Penal en el sentido de considerar dicho título como una especie de desván o cajón de sastre en donde se han agrupado delitos que no encuentran adecuado sitio en otro lugar del Código¹⁰. Dada la heterogeneidad de las figuras allí reglamentadas una interpretación sistemática se hace muy difícil o solo cumple funciones muy modestas en cuanto a dilucidar un bien protegido¹¹.

Ahora bien, si esta vez ponemos atención al nombre del título más que a las figuras contenidas en él, quizá tengamos mejor suerte, ya que podremos observar, de manera un tanto obvia, cómo el Código menciona en primer término al orden público como bien jurídico. Concepto oscuro como ambiguo y

¹⁰ Etcheberry, Alfredo, "*Derecho. Penal Parte Especial*", Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (3ra Ed.), 1997, p. 261.

¹¹ Weezel, Alex von, Op. Cit., p. 102.

con vasto desarrollo doctrinario, como veremos más adelante. Sin embargo el Código le atribuye un sentido algo más modesto y restringido, significaría simplemente “tranquilidad”, entendida esta como “la confianza en el normal y pacífico desenvolvimiento de las actividades ciudadanas”¹². Como se ve, tomando un camino diferente llegamos nuevamente a un lugar común, la tranquilidad como bien tutelado. Y es que, la figura de desórdenes públicos del artículo 269 y su correlativa expresión “tranquilidad pública” nos da luces para llenar de contenido el concepto ‘orden’ del epígrafe y expandirlo, quizá muy forzosamente, al resto de las disímiles figuras.

De esta manera, y cuando pareciera que no cabe duda de que el valor protegido por la figura de desorden público es la tranquilidad pública (pues así lo decretó expresamente la comisión redactora y porque sería más coherente con el Título) es que hacemos un giro en nuestra ruta interpretativa para adherir a la aguda propuesta del profesor Weezel. Para esto se nos exige un ejercicio hermenéutico mayor para así poder generar una hipótesis en la cual las diferentes figuras agrupadas bajo el Título VI responderían, como denominador común, a una afectación de la seguridad individual entendida esta como una ausencia de amenazas relevantes para los bienes o intereses personalísimos. La mayoría de estas amenazas tienen lugar en contextos públicos de interacción o incluso en situaciones determinadas por el ejercicio de las

¹² Etcheberry, Alfredo, Op. Cit., p. 259.

atribuciones de la autoridad¹³. Así, las expresiones orden público y seguridad pública que utiliza el Código tendrían únicamente por finalidad poner énfasis en que se trata de situaciones que tienen lugar en el ámbito de interacción que es común a todos los ciudadanos¹⁴.

El Título VI se ocupa entonces de las condiciones públicas mínimas para la seguridad individual. Desde una perspectiva teleológica de las normas en cuestión es coherente pensar en una concepción amplia de la seguridad individual que alcanza la dimensión tradicional de seguridad pública (tal como se entendió en la redacción del Código y como la entiende Etcheberry en razón del nombre del Título) y a la vez resulta consistente con una concepción moderna de la seguridad dada por los fenómenos de los riesgos en los diferentes procesos productivos y tecnológicos de las sociedades.

1.3 Síntesis

De lo expuesto precedentemente podemos concluir que, una interpretación sistemática del delito de desórdenes públicos nos permite entender que dicho tipo penal no protege la tranquilidad pública en sí misma, como arrojará la sola revisión de su origen, sino en cuanto la perturbación de tal tranquilidad callejera represente una afección relevante de la seguridad individual. Solo entendida de

¹³ Weezel, Alex von, Op. Cit., p. 102.

¹⁴ Ibid., p.103.

esta manera la figura de desórdenes públicos permite una desconexión total del carácter político de su modelo español¹⁵.

2. Barricadas (art. 268 septies). Orden público. Fundamentos.

En este apartado trataremos de determinar el bien jurídico protegido de solo una de las hipótesis del artículo 268 septies. Como veremos luego, la deficiente técnica legislativa y la obcecada visión política de quienes hacen las leyes ha causado una norma con diferentes tipos penales y cada una de ellas tutela diferentes valores. Si bien son tres las hipótesis de interrupción de la libre circulación, nosotros nos ocuparemos de aquella que hace referencia a la instalación de obstáculos levantados con objetos diversos, es decir, las barricadas (quedando fuera aquellas donde mediando la violencia o la intimidación en las personas se busque el mismo resultado).

2.1. Historia de la ley 21.208

Para poder determinar el bien jurídico que se protege con la tipificación de las barricadas es indispensable tratar de hallar el espíritu de dicha norma a través una revisión exhaustiva de la historia de la ley 21.208. En este viaje por el dinámico proceso de creación de derecho – y particularmente complejo en el

¹⁵ Vargas, Tatiana, “*Delitos contra el Orden y la Seguridad Pública*”, Santiago, Ministerio de Justicia de la república de Chile, 2013, p. 6.

caso de la legislación penal¹⁶ – partiremos analizando la moción parlamentaria que significó una respuesta (o la respuesta) a los diferentes acontecimientos producidos por el llamado Estallido Social del 18 de Octubre del año 2019. Sin embargo, y como veremos más adelante, esta medida pareciera tener por objetivo el criminalizar la protesta social más que atender las problemáticas de la ciudadanía, siendo así coherente con la regulación de los últimos años respecto a la materia en cuestión.

En este mismo sentido, encontramos como fundamentos y antecedentes del Proyecto ingresado – en palabras de los mismos honorables – la necesidad de abordar los crecientes fenómenos de violencia en el contexto de manifestaciones sociales que alteran el orden público. Se destaca el valor del “orden” como garante de la protección de los más desprotegidos de la sociedad y el fortalecimiento de la “paz social” en función de la seguridad ciudadana. También lo que se busca es cambiar y modernizar las herramientas jurídicas con las cuales se persigue penalmente los delitos de desórdenes públicos, especialmente eliminar el requisito que exige buscar causar injuria a una persona determinada u otro fin reprobado ya que “*desconoce el real desvalor de la conducta, que es afectar la “paz social” en general*”¹⁷.

Luego de un primer análisis a la propuesta podemos detectar dos valores que se supone protege, el orden público y la paz social, pero como

¹⁶ Díez Ripolles, José Luis, “*La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*”, Editorial Trotta, 2003, p.17 y ss.

¹⁷ Boletín N°13090-25, Op. Cit., p. 2.

veremos esto es solo aparente. Si damos un paso más allá de la simple literalidad y nos proponemos realizar un ejercicio interpretativo mayor, nos daremos cuenta que el legislador incurre en una imprecisión conceptual ya que el verdadero bien jurídico que el Proyecto protege es la paz pública. En primer lugar es el propio nombre de la moción quien nos señala inequívocamente esto, *“Modifica el Código Penal para tipificar como delito a la alteración de la paz pública mediante la ejecución de actos violentos...”*¹⁸. En segundo lugar, al finalizar el apartado que se refiere a los fundamentos y antecedentes se remite como ejemplo y modelo a la legislación española¹⁹. Esta última, luego de largos procesos evolutivos que ha sufrido la figura de desórdenes públicos, nos reza en su Código actual (1995): *“Serán castigados con pena de prisión de seis meses a tres años los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen o invadiendo instalaciones o edificios sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”*²⁰

Este guiño que hace el legislador al Código Español del año 1995 es fundamental para dotar de contenido el concepto en cuestión. La paz pública,

¹⁸ Ibid., p 1

¹⁹ Ibid., p.2

sinónimo de orden público en su sentido restringido, está integrada aquí por la idea de tranquilidad externa que conlleva un desenvolvimiento diario de la vida social y a las condiciones en las que se desenvuelve el libre y pacífico ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los ciudadanos²¹²². Esto en contraposición a consideraciones del orden público en su sentido amplio, lato o extenso, que comprenden todos los principios esenciales del ordenamiento jurídico abarcando prácticamente todos los delitos tipificados en el Código, pues todo provoca una alteración de la paz colectiva y la convivencia social, o dicho de otro modo, a la paz social. Como vemos, el legislador confunde los dos sentidos del orden público.

Si bien en España es clara la evolución desde una interpretación basada en la idea de delito político hacia una basada en la afectación de la seguridad, y así queda plasmada en la actual legislación, no es menos cierto también que el fin de quien comete el delito de desórdenes públicos (y que expresamente abarca la hipótesis de barricadas en cuanto obstaculización de las vías públicas) sigue siendo atentar contra la paz pública con lo cual se mantendría la connotación política de la figura²³. En Chile estaríamos en presencia de un fenómeno inverso, donde el legislador gira de una tutela a la seguridad

²¹ Casares, M.L., "Atentado, resistencia y desobediencia", Revista del Poder Judicial, núm. 40, 1995, p.149.

²² Queralt, Joan, "Derecho Penal Español", Parte Especial, Barcelona, Ed. Atelier (4ªEd.), 2002, p. 836.

²³ Weezel, Alex von, Op. Cit., p. 128.

individual hacia una tutela del orden público en su sentido restringido o subjetivo, es decir, a una tutela de la paz pública.

Por último, señalar que el nombre de la moción fue cambiado por la Comisión de Seguridad Pública a indicación del honorable senador Insulza en el marco del segundo trámite constitucional del Proyecto y en virtud del dinamismo de los procesos de creación normativa. Sin embargo, a nuestro parecer esta modificación no alteraría el sentido original del Proyecto. Y es que, luego de un pequeño debate donde el señor Celedon explica a los demás comisionados la función de la denominación paz pública haciendo expresa referencia a la legislación española, la Senadora Ximena Rincón deja en claro que se aprueba la propuesta de cambio de nombre ya que respeta los principios y el espíritu original de la moción²⁴.

2.2 Precedentes legislativos

No cabe duda de que la ley 21.208 es una respuesta al Estallido Social de Octubre del 2019 y a todo el amplio repertorio de acciones colectivas que vimos en las calles que resultaron como consecuencia de este. Pero esta norma no solo responde a aquella coyuntura, sino también a políticas estatales en materia criminal que se vienen tratando de implementar desde hace casi una década²⁵. Todo comenzó con la primera gran revuelta post dictadura el día 4 de

²⁴ Boletín N°13090-25, Op. Cit., p. 2.

²⁵ Pincheira, Iván, "*Las políticas de Seguridad Ciudadana y la gestión gubernamental de*

Agosto del año 2011 a raíz de las protestas estudiantiles que alcanzaban su clímax luego de varios años de lucha (recordar la Revolución Pingüina del 2006), sumado también a diferentes Movimientos Sociales ecológicos (Alto Maipo y Patagonia sin Represas) y regionalistas (Aysén), entre otros. Durante la última década, y sin importar el gobierno de turno, el Estado ha abocado todos sus esfuerzos para manejar los conflictos sociales a través de la dictación de diferentes leyes. En este apartado veremos como todas ellas tienen una unidad y visión común respecto al valor tutelado.

2.2.1 Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (2011)

Es indiscutible que el bien jurídico del delito de desórdenes públicos contemplado en el Proyecto es el orden público, pero atendiendo a que *“...pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar...”*²⁶ es necesario ocuparnos de este revisando los antecedentes contenidos en su Mensaje. En la exposición realizada por el ejecutivo, se realiza una distinción entre la noción de orden público en un sentido material, entendida por tal como *“...un estado opuesto al desorden y que se integra por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública”*²⁷, y en un sentido jurídico formal, vinculado a la *“...la observación de normas y principios*

la protesta social en Chile Postdictadura”, Santiago, Revista Izquierdas, núm. 18, 2014, pp. 94-110.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco, Op. Cit., p. 815.

²⁷ Mensaje N° 196-359, *“Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público”*, Santiago, 2011, p. 3.

*esenciales para la convivencia pacífica...*²⁸, para advertir que busca fortalecer la protección del orden público referido a la noción material antes expresada ya que esta contiene sus elementos fundamentales: la seguridad y la tranquilidad pública²⁹. Además es el sentido que resguarda el ordenamiento jurídico chileno en diferentes pasajes, principalmente el artículo 24 de la Constitución y que servirá de base para la conceptualización de orden público del profesor Silva Bascuñán (*“La tranquilidad que resulta del respeto de la ordenación colectiva, manifestado en el correcto ejercicio de la autoridad pública moviéndose dentro de su respectivo orbita y en el fiel cumplimiento por los gobernados de las órdenes por ella impartida”*)³⁰.

Como vimos, este proyecto busca fortalecer y tutelar al orden público en lo relativo a la seguridad y tranquilidad pública, es decir, en su sentido material. Esto es coherente con las diferentes políticas criminales del Estado de Chile durante los últimos 10 años, especialmente con aquella persistente idea de colocar *per se* al orden público por sobre otros valores y tutelararlo a través de la tipificación de los desórdenes públicos³¹. Podemos entenderlo como un continuo ideológico que finalmente termina teniendo asidero en la actual ley

²⁸ Ibid., p. 3.

²⁹ Castillo, Francisco, *“El Delito de Desórdenes Públicos en el Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público”*, Santiago, Sección Doctrina de la Revista de Derecho Microjuris, 2011, p. 6.

³⁰ Silva Bascuñan, Alejandro, *“Tratado de Derecho Constitucional”*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, t. XII, p. 35.

³¹ Pincheira, Iván, Op. Cit., p.109.

21.208 que, como vimos, resguarda el orden público en su sentido restringido³²³³.

2.2.2 Proyectos y Anteproyectos del Código Penal

Una somera revisión de los diversos proyectos y anteproyectos de Código Penal que ha presentado tanto el poder ejecutivo como el legislativo en los últimos 10 años nos muestra que están todos atravesados por una misma intencionalidad, por lo menos, en lo que a delitos de desórdenes públicos se refiere. Misma intencionalidad que logra materializarse al fin, como recién veíamos, con la promulgación de la ley 21.208 y el artículo 268 septies. Es que solo basta una interpretación sistemática de estas iniciativas para darnos cuenta del nivel de identificación que existe entre los valores que ellas esperaban proteger y el valor actualmente protegido por la hipótesis de barricadas. Los tres anteproyectos (2013, 2015 y 2018) y el proyecto (2014) sin excepción reordenan las figuras del Código de tal manera que siempre el delito de desórdenes públicos, con algunas leves variaciones en su contenido, queda comprendido en el Título de los Delitos contra la Seguridad Pública, en el párrafo sobre los Atentados a la Tranquilidad Pública. En otras palabras, son continuadores de la visión del Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público del año 2011 que descansa también en los conceptos de

³² Castillo, Francisco, Op. Cit., p. 6.

³³ Muñoz Conde, Francisco, Op. Cit., p. 815.

seguridad y tranquilidad pública para optar por el sentido material del orden público como veíamos en el apartado anterior.

2.3 Síntesis

El tipo penal “barricadas” introducido al Código Penal por la ley 21.208 y contenido en el nuevo artículo 268 septies responde a la necesidad de fortalecer y proteger el orden público en su sentido restringido o material. La configuración de este bien jurídico por parte del legislador encuentra causas mediatas e inmediatas. Entre las primeras encontramos los intentos del Estado por regular las crecientes manifestaciones públicas de la ciudadanía durante los últimos 10 años con iniciativas tales como: el Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público, (2011), el Proyecto de Código Penal (2014) y los Anteproyectos de Código Penal (2013, 2015 y 2018). La intención de todos estos fallidos proyectos que sirven de antecedente para la actual figura de barricadas, que corrió con mejor suerte logrando promulgarse, era evitar la vulneración del orden público en lo relativo a la seguridad y tranquilidad pública. Por otro lado, las causas inmediatas las podemos observar en la propia historia de la ley 21.208 que, tanto en el apartado relativo a los antecedentes y fundamentos de la moción parlamentaria como en otras instancias del proceso normativo, queda clara la influencia de la actual legislación española y la intención de seguir su camino. Esto explica el nombre y el sentido original del

proyecto, quienes toman como ejemplo el artículo 557.1 del Código Español del año 1995 que a través de la figura de los desórdenes públicos (desorden en grupo) protege la paz pública, sinónimo aquí de orden público subjetivo en cuanto tranquilidad externa o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana.

3. Efectos

Luego de realizar grandes esfuerzos para hallar el sentido original del delito de desórdenes públicos y el de la hipótesis de barricadas creada recientemente, hemos logrado determinar al fin que los bienes jurídicos que estas figuras protegen son la seguridad individual y la paz pública (orden público en su sentido restringido) respectivamente. Ahora bien, cabe preguntarse legítimamente por los efectos y la importancia de esto.

Antes si, debemos recordar, y como bien decíamos al comienzo de este análisis, que la hipótesis de barricadas fue parte integrante de la multiplicidad de supuestos de desórdenes públicos que agrupa de manera genérica el artículo 269 bajo la norma de conducta “*Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública...*” y así lo han entendido también los tribunales durante mucho tiempo³⁴. Esto cambia con la modificación que sufre el Código Penal al promulgarse la ley 21.208, que luego de varias transformaciones al proyecto

³⁴ Corte de Apelaciones de Temuco rol: 1381-2006; Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, resolución de 05 de abril de 2007, RIT N°2420-2007. RUC N° 0700239743-3 (p.11); Juzgado de Garantía de Temuco, resolución de 21 de noviembre de 2006, p.15.

original y tras una pésima técnica legislativa como veremos más adelante, logra crear una hipótesis autónoma y agravante para la figura de barricadas³⁵.

Hecha esta aclaración, podemos con toda propiedad hablar que el nuevo tipo penal barricadas significa un giro radical desde un delito contra la seguridad individual hacia uno que protege penalmente la tranquilidad política³⁶ o la paz pública. Esto es de suma importancia ya que va a generar una ruptura desde dos puntos de vista. En primer lugar, se rompe con la idea de que los desórdenes públicos (barricadas) que afectan el orden público y no la seguridad individual no son sancionados en el Código Penal sino en la Ley de Seguridad del Estado. La creación del artículo 268 septies implica trasladar parte del Art. 6 de la ley 12.927, con sus respectivos requisitos, al Código Penal. Consecuencia de esto es la transformación de una figura penal de índole político, con todo lo que esto conlleva, a una de índole común³⁷. Ayuda en esto también la omisión a la exigencia de finalidad o intencionalidad que tenía el tipo en cuestión; para el legislador lo relevante ahora son los efectos o consecuencias de la conducta y no sus motivaciones, como veremos más adelante. En segundo lugar se genera una trizadura en la manera de concebir los delitos políticos, los cuales desde la codificación del Derecho Penal (como revisamos en el punto 1.1 del origen histórico) que se distancian de la figura española, se mantienen alejados de aquellos que turban la tranquilidad política en cuanto represente una

³⁵ Boletín N°13090-25. Op. Cit., p. 3.

³⁶ Weezel, Alex von, Op. Cit., p. 131.

³⁷ Ibid., p. 132.

afectación relevante a la seguridad individual. Aquellos intentos de la comisión redactora por aislar la dimensión política del tipo ayudaron a evitar la criminalización del ejercicio de derechos ciudadanos y a mantenerse al margen de los esfuerzos teóricos y prácticos por compatibilizarlo con el derecho fundamental a la protesta social en relación a los derechos de expresión y reunión³⁸. Pareciera que vamos en sentido contrario al proceso evolutivo de la legislación española: mientras esta avanza en sustituir el orden público como bien jurídico por la seguridad individual y su afectación intentando así solucionar los inconvenientes que les ha significado el carácter político del delito de desórdenes públicos, el legislador chileno llena de contenido político a la hipótesis de barricadas.

Por todo lo antes dicho, estamos en condiciones de afirmar que existe un antagonismo entre el orden público y el derecho a protestar, contenido este último en el derecho de reunión y la libertad de expresión.³⁹

B) ALCANCES A LA HIPÓTESIS DE BARRICADAS

Aprovechando la comparación de los bienes jurídicos de ambas figuras, en este apartado haremos lo propio con algunos elementos de la estructura del tipo penal. Otros elementos serán analizados en el segundo capítulo, ya que

³⁸ Ibid., p. 127.

³⁹ Cuellar, Alberto, Op. Cit., p. 617.

importa hacerlo desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

1. Finalidad o Intención

La estructura del tipo penal de los desórdenes públicos toma como base de su construcción dos supuestos: la pretensión de causar un mal o injuria a un particular, o bien cualquier otro fin reprobado; y que el medio con el cual se logre aquello sea una turbación grave de la tranquilidad pública⁴⁰. Ahora bien, con la decisión legislativa de extraer la hipótesis de corte de tránsito del artículo 269 y crear con esta una figura autónoma de barricadas en un nuevo artículo 268 septies lo que en definitiva se hizo fue desarticular la estructura que tenía cuando era parte del delito de desórdenes públicos. Esta intención queda de manifiesto en los antecedentes de la moción parlamentaria como también en todos los proyectos fallidos de la última década que quisieron reemplazar el artículo 269 por uno totalmente diferente.

Uno de los cambios más llamativos del precepto es que no exige finalidad o intencionalidad en la conducta típica, esto es, el levantamiento de barricadas, eliminando así uno de los dos supuestos que tenía anteriormente. La conducta ya no necesita tener aquella cierta aptitud objetiva para poder

⁴⁰ Weezel, Alex von, Op. Cit., p. 100.

eventualmente causar daño a otro⁴¹ (distinto al elemento gravedad como veremos en el siguiente apartado), y a su vez, sin esta aptitud objetiva, da lo mismo cuales sean los propósitos o intenciones del sujeto. Esa dimensión subjetiva era funcional al valor tutelado, por lo que debía interpretarse en relación al contexto sistemático del Título VI en donde la injuria o el daño (la situación del fin reprobado es distinta) se re-significan como aquella afectación a la seguridad individual en lugares públicos. Con el viraje que realiza esta nueva figura de barricadas hacia una protección de la paz pública, se prescinde de aquella dimensión transitando así hacia un delito de desórdenes con connotación política.

Que la estructura del tipo penal se componga de la mera interrupción de la libre circulación sin la afectación o intención de afectación de terceros tiene consecuencias graves en nuestro sistema. Históricamente las figuras contempladas en el Título VI del Libro II del Código Penal tenían como fundamento el resguardo de la seguridad individual, según ya se vio, lo que permitía una separación clara con los delitos de índole política previstos en la Ley 12.927 sobre Seguridad Interior del Estado. Por lo tanto, si el fin de esta nueva figura de desórdenes públicos persigue afectar la libertad ambulatoria y no la causación de un mal a una persona u otro fin reprobado, significaría en la

⁴¹ Ibid., p. 114.

práctica, el traslado de la letra a) del artículo 6 de esta polémica ley⁴² al artículo 268 septies del Código Penal, transformando así una figura política -con todos sus requisitos de aplicación- en una de índole común.

2. Gravedad

Uno de los aspectos que más llama la atención de la hipótesis de barricadas del nuevo artículo 268 septies es la ausencia de gravedad en la conducta típica, en este caso, la interrupción de la libre circulación mediante la instalación de obstáculos levantados con objetos diversos. Este es uno de los elementos objetivos del tipo penal desórdenes públicos del artículo 269 y requiere que la turbación sea grave desde el punto de vista de la tranquilidad pública, lo cual no ha de confundirse con la exigencia de que la turbación sea además apta para afectar la seguridad individual. Como vimos anteriormente, en esta figura solo importa la alteración de la tranquilidad pública mientras represente una afectación a la seguridad individual (configuración del bien jurídico), y esto solo ocurre mientras aquella turbación sea grave. En otras palabras, podríamos estar frente a la siguiente figura atípica: provocarse una turbación apta para afectar la seguridad individual, mas no grave para alterar la tranquilidad pública. Aunque esta distinción no es de mayor importancia para el caso en estudio, ya que como demostramos en el apartado anterior, la nueva

⁴² Ley 12.927, Artículo 6. Cometén delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública.

hipótesis de barricadas solo se preocuparía de tutelar el orden público en cuanto tranquilidad política en sí misma y no la afectación de la seguridad individual.

Para este tipo de delitos, que busca mantener a las calles a salvo de alteraciones pasajeras y que bajo ningún motivo procuran alterar el orden establecido, se necesita un elemento normativo de juicio cognoscitivo que determine los límites de lo punible. Por ello el requisito de gravedad es indispensable y, en palabras de Labatut, vendría a cumplir la función de cláusula de relevancia de los desórdenes para su penalización⁴³. Es así como la perturbación a la tranquilidad pública que generan las barricadas debiera tener cierta entidad y esto hay que establecerlo caso a caso en consideración al tiempo, lugar y ubicación de los hechos⁴⁴.

En este sentido la gravedad es uno de los criterios que nos permiten diferenciar a los delitos de desórdenes con las faltas contenidas en los arts. 494 N°s 1° y 2°; 495 N°s 1°, 2°, 3° y 4°; y 496 N° 7° y 8°, como se puede desprender además de la intención del legislador en las actas de la Comisión Redactora en su Sesión 57⁴⁵.

⁴³ Labatut, Gustavo, “*Derecho Penal*”, Parte Especial, T. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (7°Ed.), 1976, p. 102.

⁴⁴ Guzmán Dalbora, José Luis, “*Objeto Jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas*”, Santiago, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 2, 1998, p. 168.

⁴⁵ Labatut, Gustavo. Op. Cit., p. 101.

Sorprende la ausencia de dicho elemento en la configuración del tipo penal barricadas por todo lo antes expuesto pero también por su alejamiento de la figura española a la cual supuestamente responde (y así queda claro con la revisión de la historia de la ley 21.208). A pesar de no haberse indicado expresamente en la conducta genérica del delito de desórdenes públicos del artículo 557 del actual Código Penal español, la doctrina coincide en señalarlo como requisito diferenciador de faltas: *“Común a estos tipos delictivos es el carácter grave del desorden. La gravedad es el criterio que sirve para diferenciar estos delitos de la falta tipificada en el art. 663. Dicho criterio es puramente cuantitativo. Lo cual quiere decir que la perturbación del orden para ser delito debe ser trascendente y revestir cierta entidad. Se trata, pues, de un elemento normativo que requiere una valoración del juez o tribunal en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso”*⁴⁶.

En el mismo sentido la jurisprudencia, que indica entre los elementos integradores de la figura de los desórdenes públicos (y dentro de ellas la obstaculización de la libre circulación): *“...la alteración, en todo caso, tiene que ser ‘grave’, es decir, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, de especial cariz, con indudable alarma social. De no ser así, la poca entidad o intensidad del resultado y la escasa perturbación social, no obtendrá la repulsa que demanda la norma socio-cultural de la convivencia*

⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco, Op. Cit., p. 826.

*humana para la apreciación del ‘injusto delictual’, dejando así a la conducta vacía de contenido ‘antijurídico’ o, en su caso, degradado de tal manera que únicamente pueda ser incardinable en infracción penal*⁴⁷.

Sin embargo, pareciera que el legislador español fue un poco mas explícito cuando de la obstaculización a las vías públicas se tratara. Y es que esta conducta, homologable con nuestra figura de barricadas, tiene una exigencia adicional a las demás maneras de alterar la paz pública, ya que debe ser ejecutada de manera tal que cause cierta peligrosidad para quienes circulen por ellas.

Por último, señalar que la gravedad ha sido un elemento fundamental para los tribunales nacionales en el sentido de poder ayudar a determinar en la práctica cuándo un corte de tránsito es merecedor de un reproche penal. Para ejemplificar esto, es reveladora la resolución del Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, quien declarara inadmisibile una querella por delito de desórdenes públicos presentada por la Intendencia Metropolitana. En lo que aquí importa, el corte de tránsito no habría sido lo suficientemente grave por dos razones. En primer lugar, por los efectos que tienen en la ciudad considerada esta en su conjunto: *“en el contexto de una ciudad de seis millones de habitantes, [...] se produjeron estos incidentes acotados a los sectores denunciados [...] y además en un espacio de tiempo delimitado [...] en dicho contexto, las alteraciones al*

⁴⁷ STS Rol 10096/1993 del 8 de mayo de 1993 (Sentencia del Tribunal Supremo Español)

orden público señaladas aparecen desprovistas de la gravedad que el solicitante pretende ver”, pues “no limitaron gravemente la regularidad de las actividades empresariales laborales, etc, o el funcionamiento de los servicios públicos esenciales para la comunidad ”. En segundo lugar, por el resultado de la ponderación de derechos en juego que opta por el derecho a la protesta social por sobre el orden público “no porque el derecho de libre tránsito no sea importante, sino porque los derechos de expresión y de reunión se enquistan en el centro de la existencia misma de un Estado de Derecho democrático, por lo cual cuando se produzca una colisión de estos derechos debe preferirse los primeros, sujeto obviamente su utilización a las limitaciones razonables que permitan hacer efectivo el derecho y no conculcar con abuso el derecho de circulación de terceros”⁴⁸

3. Síntesis

La revisión de parte del contenido del tipo penal “barricadas” desde la perspectiva del Derecho Penal y específicamente en función de lo que son los delitos de desórdenes públicos nos permite concluir que las modificaciones introducidas por la ley 21.208 adolecen de una deficiente técnica legislativa, por decir lo menos, y sin entrar aún a valoraciones políticas. Decir por lo demás que la evaluación desde la mirada del Derecho Internacional de los Derechos

⁴⁸ Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago, RIT N° 2420-2007, RUC N° 0700239743-3, resolución de 5 de abril de 2007

Humanos no es mucho más optimista, pero de eso nos encargaremos en el siguiente capítulo.

Como todos sabemos, el proceso de creación de derecho es dinámico y complejo, pero esto no debería ser un impedimento al respeto de criterios mínimos en la formulación de tipos penales⁴⁹. Sin embargo, los dos elementos analizados nos demuestran lo contrario. Por una parte, la ausencia en las barricadas de la gravedad como criterio para distinguirlo de las faltas, incumple con el principio de proporcionalidad que nos permite limitar la invocación del delito atendida una menor afectación del bien jurídico⁵⁰. A su vez, la incorporación expresa al texto de la norma hubiera significado una transmisión clara a los destinatarios de cuál es la conducta prohibida, en razón del criterio de capacidad comunicativa y de la seguridad jurídica⁵¹. Por último, la omisión del supuesto subjetivo del tipo penal no solo incurre en ignorar los evidentes efectos sociopolíticos de transformar un delito político en uno común, sino que también significa una deficiencia técnica al disminuir los requisitos de un delito tan complejo.

⁴⁹ Ossandón Widow, María Magdalena, Op. Cit., p. 2.

⁵⁰ Centro Estudios Legislativos, “*Consideraciones Críticas al Mensaje que Fortalece el Resguardo del Orden Público (Boletín 7975-25)*”, Santiago, Serie Minutas Legislativas, núm. 67, 2011, p.6.

⁵¹ Ossandón Widow, María Magdalena, Op. Cit., p. 13.

CAPÍTULO II

BARRICADAS: CONSIDERACIONES DESDE UNA PERSPECTIVA DE DERECHOS HUMANOS

En la primera parte de este trabajo nos hemos encargado de estudiar a las barricadas desde el Derecho Penal y desde la figura de los desórdenes públicos, poniendo especial énfasis en el valor jurídico que protege la conducta típica creada por la ley 21.208 y los efectos de esta modificación. En esta segunda parte analizaremos la misma hipótesis pero ahora desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Las barricadas han formado parte importante del repertorio de acciones colectivas durante los últimos diez años y es necesario establecer sus límites conforme al derecho fundamental a protestar.

A) EL DERECHO A LA PROTESTA EN TRATADOS INTERNACIONALES Y EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Comenzar aclarando que el derecho a la manifestación o a la protesta social no encuentra reconocimiento expreso en ninguno de los tratados internacionales sobre derechos humanos y tampoco en ninguna norma de nuestro ordenamiento jurídico. A pesar de esto, se ha entendido unánimemente

por la doctrina que su incardinación en el derecho positivo se debe a dos derechos consagrados en los diferentes tratados, estamos hablando del derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión⁵² (algunos autores también agregan el derecho a la participación política⁵³).

Ambos derechos están contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDC) en sus artículos 19 y 21 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 13 y 15, en lo que interesa a Chile (ya que además se encuentran consagrados en la Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

1. Libertad de expresión

Los tratados internacionales ratificados por Chile se refieren en los siguientes términos al derecho a la libertad de expresión. En primer lugar, el artículo 19 del PIDC dispone:

“(...) 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

⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 2006, p. 131.

⁵³ Soto, Víctor, “El Derecho a la Protesta”, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015, p. 343.

índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Luego, la Convención Americana nos señala en su artículo 13:

“1. 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 consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (...)”

Además, desde el derecho interno nuestra Constitución Política en su artículo 19 asegura a todas las personas:

“N°12: La libertad de emitir opiniones y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...)”

Es así como estas tres normas establecen lo que jurídicamente entendemos por libertad de expresión. Todas ellas coinciden, sin importar las pequeñas diferencias, en que el núcleo de este derecho está conformado por la posibilidad de difundir ideas o de emitir opiniones. Lo relevante para este trabajo es que esas ideas o esas opiniones puedan ser expresadas sin que importe la forma o el medio a través del cual se hagan, siempre y cuando respeten los requisitos y principios mínimos que el mismo sistema internacional de derechos humanos recomienda.

Por su parte, es el derecho interno, a través de la redacción amplia por la que opta la Constitución⁵⁴, el que mejor recoge esta necesidad de no limitarnos en las formas y maneras en que nos estamos expresando. Esto nos lleva inequívocamente a concluir que la emisión de opiniones o la difusión de ideas abarcan también aquellos actos que tengan un contenido comunicativo, como es la protesta. Esto último es coherente con la tradición jurídica continental que habla en términos más amplios de la libertad de expresión, concepto que

⁵⁴ Soto, Víctor, Op. Cit., p. 354.

engloba sin ambigüedades el ámbito de la acción política⁵⁵ o del repertorio de acciones colectivas⁵⁶. Para mayor ahondamiento, podemos ver cómo también en la tradición estadounidense la protesta se concibe como una modalidad de la libertad de expresión en cuanto libertad discursiva (“*freedom of speech*”), así se ha dicho que el discurso engloba no solo palabras sino también actos que buscan comunicar⁵⁷.

Una vez aclarada la relación entre libertad de expresión y protesta social, cabe ahora preguntarse por el contenido comunicativo de esta última. Lo que la protesta trata de comunicar de diferentes formas es la oposición a una ley, a una política pública, a algún hecho injusto, incluso a una estructura social; en otras palabras oposición a lo socialmente establecido. Es un discurso incómodo que genera rupturas y que muchos han llamado disenso⁵⁸. En este sentido la Corte IDH ha manifestado: “[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse⁵⁹”, y también el INDH: “Su propósito [la libertad de expresión] es ser un instrumento mediante el cual las personas colectivamente puedan expresar y manifestar su

⁵⁵ Federación Internacional de los Derechos Humanos, “*La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*”, Informe N° 460/3, 2006, pp. 5, 7-11.

⁵⁶ Trougott, Mark, “*Protesta social*”, Las barricadas como repertorio: continuidades y discontinuidades en la historia de la contestación en Francia, en Mark Traugott (Comp.), Barcelona, 2002, p. 55.

⁵⁷ Soto, Víctor, Op. Cit., p.

⁵⁸ Soto, Víctor, Op. Cit., p. 353.

⁵⁹ Corte IDH, “*Colegiación Obligatoria de Periodistas*”, Opinión Consultiva OC 5/85, Serie A, núm. 5, 1985, p. 69.

*conformidad o disconformidad en torno a un tema que generalmente es de interés público*⁶⁰.

La protesta, y por qué no decirlo, las barricadas, no sólo encuentra conexión con la libertad de expresión en cuanto manifestación pública del disenso, sino también en cuanto mecanismo de fiscalización de nuestros gobernantes. En una democracia robusta se nos es permitido disentir pero también fiscalizar. En el caso de nuestro país, la libertad de expresión comprende el derecho a opinar, informar e informarse. Este último verbo está estrechamente relacionado con el principio de publicidad en los actos del Estado consagrado en el artículo 6° de la Constitución y a su vez, de dicho principio general se puede extraer el derecho al acceso de información pública. Según este principio, y siguiendo con la misma lógica, no solo puedo dar y recibir información, sino también solicitar información. Así vemos como en un primer nivel, la libertad de expresión cumple un rol de disenso en la protesta social, y en un segundo nivel, cumple una función fiscalizadora. Esta función puede ejercerse por diferentes mecanismos a través de distintos controles públicos, sin embargo, la principal libertad fiscalizadora es la que compete al ciudadano mismo a través de la protesta⁶¹.

⁶⁰ INDH, *“Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos”*, Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012, Sesión 111, p. 3.

⁶¹ Soto, Víctor, Op. Cit., p. 352.

En el mismo sentido el INDH, cuando en su informe del año 2012 a raíz de las jornadas de movilización del año 2011 nos dice: *“la libertad de expresión, en el caso específicamente del ejercicio de la manifestación o protesta social juega el rol de exigir al Estado respuestas concretas ante sus demandas (...) La protesta es importante para la consolidación de la vida democrática y que, en general, dicha forma de participación en la vida pública, en tanto ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo”*⁶²

2. Derecho de reunión

Al igual que el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión encuentra triple protección en el ordenamiento jurídico externo e interno. El primero lo tutela el PIDCP a través de su artículo 21:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá 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 pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

En su artículo 15 la Convención Americana tiene una regulación parecida:

⁶² INDH, Op Cit., p. 4.

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo 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 públicos o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.”

Por último, nuestra Carta Fundamental en su artículo 19 también asegura este derecho a todas a las personas:

“N°13: El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de la policía.”

Como podemos ver, el derecho a reunión está estrechamente relacionado con la libertad de expresión. Es una relación de medios a fin, ya que como dice la Corte Europea de Derechos Humanos: *“la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho a reunión pacífica”*⁶³. En este sentido, el derecho de reunión debe entenderse como *“la posibilidad de un grupo de personas de juntarse en un lugar determinado y también como posibilidad de manifestar opiniones de forma colectiva aprovechando la posibilidad de organizar reuniones”*⁶⁴.

⁶³ INDH, Op. Cit., p. 4.

⁶⁴ Ibid., p. 5.

Las barricadas son en esencia una manifestación colectiva, de encuentro y reunión, principalmente de grupos sociales que reconocen en esta acción la única manera de visibilizar sus demandas. El legislador también ha entendido en esta forma de protesta un acto colectivo, ya que la regula en el marco de las manifestaciones públicas y las marchas. Además expresamente incorpora al tipo penal la exigencia de una autorización, requisito clásico para restringir el derecho de reunión. Sin embargo, su incorporación significará una doble vulneración a los estándares consagrados en diferentes tratados de derechos humanos.

B) LAS BARRICADAS: ALGUNAS CONSIDERACIONES

La creación de la figura penal agravada de desórdenes públicos del artículo 268 septies, y específicamente la hipótesis autónoma de barricadas que ella contiene, vino a modificar parte de la escasa regulación jurídica que tiene la protesta social en nuestro país, como vimos en la sección anterior. Con la ley 21.208 se focalizan los esfuerzos en regular aquellas conductas más problemáticas del repertorio de acción colectiva de los movimientos sociales, y que, a criterio del legislador, revisten mayor peligrosidad. Las barricadas son una de ellas, y si en una primera parte revisamos el bien jurídico que protege y algunos elementos del tipo penal, ahora revisaremos aquellos elementos que

nos faltaron desde una perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el fin de develar si cumplen con las exigencia.

1. Violencia

La violencia es uno de los elementos determinantes al momento de distinguir si la barricada constituye una expresión legítima del derecho a la protesta social o si por el contrario constituye un delito de desórdenes públicos. En este sentido, cualquier análisis de la violencia realizado en el contexto de las manifestaciones públicas debe considerar el siguiente principio fundamental de nuestra estructura política: el monopolio de la violencia está radicado en el Estado. Esto significa que nuestro ordenamiento jurídico no protege la violencia venida de los particulares, es más, la Constitución prohíbe su utilización por cualquier poder que no sea el poder público y amenaza de sanciones civiles y penales para quienes la ejerzan. A pesar de que esto no es un absoluto (existen algunas circunstancias en las cuales el individuo se encuentra autorizado al uso de la violencia, como la autotutela, la legítima defensa, el estado de necesidad), es razonable pensar que: "*(...) lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del derecho a la violencia*"⁶⁵.

⁶⁵ Weber, Max, "El político y el científico", Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008, p. 12.

Precisamente por esto es que la violencia de los manifestantes se encuentra fuera del ámbito de protección del derecho fundamental a protestar, lo que implica que, para efectos de este trabajo, el uso de la violencia en las barricadas es ilegítimo. Sin embargo, podría existir justificación de la violencia en el derecho de resistencia, pero eso es una materia que excede este estudio.

Volviendo a nuestra normativa interna, al realizar una primera lectura a la hipótesis de barricadas del artículo 268 septies, y a pesar de todo lo dicho, nos parecerá normal la ausencia de violencia en la conducta típica. Este razonamiento se debe a que la norma que antes contenía aquel delito de desórdenes públicos tampoco hacía mención expresa del elemento violencia, (artículo 269). Además, esto sería más coherente con el bien jurídico que ahora la figura busca proteger con el giro de la seguridad individual hacia la paz pública, como valores tutelados. Sin embargo, una mayor precisión conceptual de esta exigencia y una revisión a la historia de la ley 21.208 y a la legislación española nos darán mayores luces del problema. Para finalizar con una reflexión en materia de derechos humanos y sus estándares.

1.1 Aproximación al concepto de violencia

Pocos conceptos son tan oscuros y difíciles de definir en el campo de las ciencias sociales como la violencia. Es tal la extensión de literatura dedicada a ella y tal la cantidad de pensadores que se han abocado a su estudio que nuestros intentos por tratar de abarcar todo ese conocimiento sería estéril. Aun

así tenemos que hacer algo para seguir avanzando, y como no es propósito de este trabajo elaborar una teoría de la violencia, se hace realmente indispensable optar por una definición que sea funcional con los objetivos que nos hemos propuesto y que además sea coherente con el marco regulatorio que hemos venido analizando. Es por eso que recogemos lo que Jean-Claude Chenais nos dice al respecto en su *Histoire de la violence*: "*La violencia en sentido estricto, la única violencia medible e incontestable es la violencia física. Es el ataque directo, corporal contra las personas. Ella reviste un triple carácter: brutal, exterior y doloroso. Lo que la define es el uso material de la fuerza, la rudeza voluntariamente cometida en detrimento de alguien*"⁶⁶.

Complementa esta definición de violencia directa y física, una que realiza una triple distinción: *a) la fuerza*: poder físico capaz de producir un cambio en el mundo material o inmaterial; *b) la coerción*: utilización de la fuerza física o intangible (sicológica) para compeler a otro a realizar nuestra voluntad; y *c) la violencia*: aplicación de la fuerza de tal manera que se produce un *daño físico* en la persona sobre la cual se aplica.⁶⁷

⁶⁶ Chenais, Jean-Claude, "*Histoire de la violence*", París, Robert Laffond (ed.), 1981, p. 12. Citado por: Blair Trujillo, Elsa, "*Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición*", México, Revista Política y Cultura, N° 32, 2009, p. 13.

⁶⁷ Freeman, Harrop, "*The right to protest and civil disobedience*", Indiana, Indiana Law Journal, Vol. 41, N° 2, 1966, p. 229.

1.2 La ausencia de violencia en la hipótesis de barricadas.

Como señalábamos anteriormente, la violencia queda ausente de la figura de barricadas del artículo 268 septies, lo que no es extraño si pensamos que, por un lado, la norma que antes contemplaba el tipo penal barricadas tampoco exige expresamente la violencia, y por otro, la figura ya no protege la seguridad individual en cuanto afectación relevante de bienes o intereses personalísimos (vida, integridad corporal). Pero detrás de esta aparente normalidad que nos arroja una primera lectura de la norma, se esconde un gran problema que iremos develando a través de tres niveles argumentativos.

En primer lugar, que el artículo 269 no contenga en su redacción la palabra 'violencia' no significa que no sea parte del tipo penal, ya que dicha exigencia se desprende del elemento subjetivo "*causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado*". Las expresiones injuria, mal y otro fin reprobado están tomadas en su sentido genérico de 'daño'⁶⁸ Ergo, estamos en presencia de violencia como acción que produce daño físico en las personas. De esta manera se es coherente con la protección que este tipo penal realiza sobre la seguridad individual.

En segundo lugar, que el artículo 268 septies contemple la violencia como exigencia de una de sus hipótesis de interrupción a la libertad ambulatoria (aquella en la que "*mediare violencia o intimidación en las personas*"), no

⁶⁸ Etcheberry, Alfredo, Op. Cit., p. 270-271.

significa, como algunos han señalado, que esta sea extensiva a la hipótesis de barricadas. Para aclarar este asunto, será mejor volver a la historia de la ley 21.208 y revisar las diferentes fases del proyecto, ya que sólo así podremos darnos cuenta como, desde el ingreso de la moción parlamentaria hasta su llegada a la Comisión de Seguridad Pública del Senado, la violencia fue parte de la conducta que se estaba tipificando. Ahora bien, aquí lo importante no es solo el hecho de que la violencia haya sido eliminada de la redacción del artículo, sino la deliberación de los Honorables respecto a esta decisión. Esta responde a una lógica que significó un cambio de dirección en el proyecto de ley, de uno que buscaba regular las alteraciones de la paz pública a otro que lo hacía solo de los atentados contra la libertad de circulación (ver capítulo I). Como consecuencia, se eliminan las causales de desórdenes públicos con excepción de aquella que hace alusión a las barricadas y se agregan a esta figura otras hipótesis de interrupción a la libertad ambulatoria. La ‘violencia o intimidación’ se mantiene solo en una de las hipótesis que ahora dan forma al artículo 268 septies (la que originalmente condenaba la conducta que exigía condiciones para el paso cuando no existía autorización para ello), pero esto aún no queda del todo claro en la Comisión, por lo que el señor Celedón explica: *“en el marco de la discusión se establecieron dos hipótesis distintas. Una dice relación con la instalación de objetos, es decir, barricadas propiamente tales y otra con la violencia o intimidación en las personas, esto es, formulas coactivas de impedir el desplazamiento de las mismas. A contrario*

*sensu, desde el punto de vista de la barricada, se estaría exigiendo como requisito adicional la violencia o intimidación.”*⁶⁹

De esta manera, parecieran ser ciertas las intenciones de nuestro legislador por seguir el modelo español⁷⁰. Es más, podríamos asegurar que dichas intenciones van un poco más lejos, ya que, como acabamos de ver, en el caso chileno es rotunda y clara la ausencia del elemento violencia del tipo penal barricadas, mientras que en la legislación española es el Tribunal Supremo quien debe pronunciarse ante la ambigüedad de la figura de desórdenes públicos del artículo 557: *“En segundo lugar, que, así como las dos primeras conductas típicas (causar lesiones o producir daños) implican de alguna forma el uso de la fuerza o la violencia, no ocurre lo mismo con la obstaculización de las vías públicas o de sus accesos, respecto de las cuales solo se exige la creación de peligro para sus usuarios, lo que se puede causar con o sin el empleo de fuerza o violencia, por lo que nada impide entender que la alteración del orden con la finalidad de afectar la paz pública pueda producirse mediante la invasión de instalaciones o edificios sin necesidad del empleo de una violencia específica.”*⁷¹

Sin embargo, esta figura española que está desprovista de violencia en la ejecución de la barrica compensa esta ausencia con dos elementos que reducen el campo de aplicación de la norma: la peligrosidad y la gravedad.

⁶⁹ Boletín N°13090-25, Op. Cit., p. 20.

⁷⁰ Ibid., p. 2.

⁷¹ STS Rol 167/2011 del 12 de enero de 2011 (Sentencia del Tribunal Supremo Español).

En tercer lugar, tenemos que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la existencia de violencia en las manifestaciones públicas es determinante. Y es que, al igual que nuestro derecho interno, no protege las acciones violentas que produzca el ejercicio del derecho a reunión o la libertad de expresión. En la misma línea de Chenais o Freeman, la Organización Mundial de la Salud ha definido la violencia como: “*El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenazas, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastorno de desarrollo o privaciones*”⁷². En este concepto también la fuerza es una de las maneras de ejercer violencia, sin embargo, aquí no solo se contempla una relación de mera instrumentalidad entre ambas, sino también graduación de intensidad en el disvalor de la conducta. Es así como la distinción entre fuerza y violencia nos servirá para la aplicación de estándares de derechos humanos al caso de las barricadas⁷³.

⁷² WHO Global Consultation on Violence and Health, “*Violence: a public health priority*”, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento WHO/EHA/SPI.POA.2). Citado y explicado además en OPS. Informe mundial sobre la violencia y la salud. 2003, p. 5. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf.

⁷³ INDH, Op. Cit., p. 15.

CONCLUSIONES

En la búsqueda por hallar el verdadero sentido del delito de desórdenes públicos y de la hipótesis de barricadas, logramos determinar que los bienes jurídicos que estas figuras protegen son la seguridad individual y la paz pública, respectivamente. Así, una interpretación sistemática del delito de desórdenes públicos nos ha permitido entender que dicho tipo penal protege la tranquilidad pública solo cuando representa una afección relevante de la seguridad individual, desconectándola totalmente del carácter político de su modelo español del Siglo XIX. A su vez, la hipótesis de barricadas del artículo 268 septies introducido al Código Penal por la ley “anti-barricadas” responde a la necesidad de fortalecer y proteger el orden público en su sentido material (paz pública). Esta intención la podemos ver ya en los intentos por legislar la materia durante los últimos diez años, pero también en la tramitación misma de la ley 21.208, donde queda clara la influencia de la actual legislación española y específicamente del artículo 557.1 del Código Español que a través de la figura de los desórdenes públicos busca proteger la paz en las manifestaciones de la vida ciudadana.

La creación de la hipótesis de barricadas como tipo penal autónomo significa un giro radical desde un delito contra la seguridad individual hacia uno que protege penalmente la tranquilidad política o el orden público. Esto es de suma importancia ya que va a generar una doble ruptura. Primero, rompe con la

idea de que los desórdenes públicos que afectan el orden público y no la seguridad individual no son sancionados en el Código Penal sino en la Ley de Seguridad del Estado. La creación del artículo 268 septies implica así trasladar parte del Art. 6 de la ley 12.927 al Código Penal, transformando una figura penal de índole político a una de índole común. Segundo, se genera una trizadura en la manera de concebir los delitos políticos, los cuales desde la codificación decimonónica del Derecho Penal que se distancian de la figura española, manteniéndose alejados de aquellos que turban la tranquilidad política. Aquellos intentos por aislar la dimensión política ayudaron por mucho tiempo a evitar la criminalización del ejercicio de derechos ciudadanos y a mantenerse al margen de los esfuerzos teóricos y prácticos por compatibilizarlo con el derecho fundamental a protestar. Ahora, con esta nueva ley, el legislador chileno llena de contenido político la hipótesis de barricadas, encontrándonos frente a un inusitado antagonismo entre el orden público y el derecho a manifestarse que ya creíamos resuelto.

Existe hoy en nuestro país la oportunidad única de volver a escribir una Carta Fundamental. Con ello se hace imperiosa la necesidad de acabar con la pobreza regulatoria en esta materia incluyendo el derecho a la protesta social, así como de promulgar una ley regulatoria de los derechos de reunión y libre expresión, los cuales hoy encontramos solo en tratados internacionales. Además, y como principio esencial, debemos establecer su superioridad respecto a otros derechos de menor jerarquía, como es el caso de la libre

circulación, solucionando así el dilema en cuestión. Los Movimientos Sociales han logrado romper con la determinación de nuestra política institucional, lo que no sólo ha ocurrido a través de la problematización de nuevos temas o la propuesta de nuevas políticas para solucionarlos, sino con la misma protesta, que durante los últimos años se ha ido posicionando como un derecho autónomo y necesario para una democracia moderna.

Como se señaló en la introducción, este trabajo intenta abordar – bajo el particular ángulo del derecho – solo una de las problemáticas que se generaron tras el Estallido Social. Aunque debido a lo complejo del asunto, nos fue imperioso recurrir también a análisis sociológicos e históricos. Es así como presentamos un concepto de barricada estrechamente vinculado con el concepto de “repertorio de acción colectiva” que nos permitía un tratamiento actual del fenómeno y también la posibilidad de enlazarlo con el derecho de libre expresión y de reunión. Dos derechos que dan forma a la protesta, la que a su vez sirve como piedra angular de la democracia, pues ella sólo puede sostenerse sobre la base de la participación política y la manifestación del disenso por parte de los ciudadanos.

Por último, la revisión de la estructura típica de las barricadas desde la perspectiva del Derecho Penal nos permite concluir que las modificaciones introducidas por la ley 21.208 adolecen de una deficiente técnica legislativa. Como todos sabemos, el proceso de creación de derecho es dinámico y complejo, pero esto no debería ser un impedimento para respetar criterios

mínimos en la formulación de tipos penales. Sin embargo, los elementos analizados nos demuestran lo contrario. Por una parte, la ausencia en las barricadas de la gravedad como criterio para distinguirlo de las faltas, incumple con el principio de proporcionalidad que nos permite limitar la invocación del delito atendida una menor afectación del bien jurídico. La incorporación expresa al texto de la norma hubiera significado una transmisión clara a los destinatarios de cuál es la conducta prohibida, en razón del criterio de capacidad comunicativa y de la seguridad jurídica. Algo similar ocurre con la omisión del supuesto subjetivo del tipo penal, que no solo incurre en ignorar los evidentes efectos sociopolíticos de transformar un delito político en uno común, sino que también significa una deficiencia técnica al disminuir los requisitos de un delito tan complejo. Por último, es inaceptable y urge excluir el régimen de autorización previa por parte de la autoridad administrativa en el caso del ejercicio del derecho a reunión.

BIBLIOGRAFÍA

Castillo, Francisco, *“El Delito de Desórdenes Públicos en el Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público”*, Santiago, Sección Doctrina de la Revista de Derecho Microjuris, 2011.

Centro Estudios Legislativos, *“Consideraciones Críticas al Mensaje que Fortalece el Resguardo del Orden Público (Boletín 7975-25)”*, Santiago, Serie Minutas Legislativas, núm. 67, 2011.

Cuellar, Alberto, *“El tipo penal de desórdenes públicos en Chile frente al derecho de reunión y la libertad de expresión en el marco del derecho de manifestación”*, Revista Justica Do Direito, v.31, n.3, p.603-620, 2017.

Diez Ripolles, José Luis, *“La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría”*, Editorial Trotta, 2003.

Etcheberry, Alfredo, *“Derecho. Penal Parte Especial”*, Tomo IV, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (3ra Ed.), 1997.

Garcés, Mario, *“El despertar de la sociedad. Los movimientos sociales en América Latina y Chile”*, Santiago, LOM, 2012.

Guzmán Dalbora, José Luis, *“Objeto Jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”*, Santiago, Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 2, 1998.

Hobsbawm, Eric, *“La era de la Revolución, 1789-1848”*, Buenos Aires, Crítica, 2018.

----- *“La era del Capital, 1848-1875”*, Buenos Aires, Crítica, 2018.

INDH, *“Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos”*, Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012, Sesión 111.

Labatut, Gustavo, *“Derecho Penal”*, Parte Especial, T. II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile (7°Ed.), 1976.

Muñoz Conde, Francisco, *“Derecho Penal Parte Especial”*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch (8° Ed.), 1959.

Núcleo de Historia Social Popular y Autoeducación Popular (siglos XIX-XXI), Universidad de Chile, “*4 DE AGOSTO Testimonios de una revuelta popular*”, Santiago, Daniel Fauré y Esteban Miranda Editores, 2016.

Ossandón, María Magdalena, “*La Formulación de Tipos Penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Pincheira, Iván, “*Las políticas de Seguridad Ciudadana y la gestión gubernamental de la protesta social en Chile Postdictadura*”, Santiago, Revista Izquierdas, núm. 18, 2014.

Salazar, Gabriel, y Pinto, Julio, “*Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía*”, Santiago, LOM, 1999.

Soto, Víctor, “*El Derecho a la Protesta*”, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015.

Trougott, Mark, “*Protesta social*”, Las barricadas como repertorio: continuidades y discontinuidades en la historia de la contestación en Francia, en Mark Traugott (Comp.), Barcelona, 2002.

Vargas, Tatiana, *“Delitos contra el Orden y la Seguridad Pública”*, Santiago, Ministerio de Justicia de la república de Chile, 2013.

Weber, Max, *“El político y el científico”*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008, p. 12.

Weezel, Alex von, *“Estructura y alcances del Injusto Típico del Delito de Desórdenes Públicos”*, Santiago, Informe n°3 del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública, Santiago, 2012.