



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Pregrado

Departamento de Ciencias Penales

## **ARTÍCULO 268 SEPTIES INCISO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL: LOS LÍMITES DE SU PUNIBILIDAD A LA LUZ DE LA TEORÍA DEL DELITO**

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

DANTE PESCE PEÑA  
RODRIGO VALLEJOS ROCCO

Profesor guía:  
Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago de Chile, 2024

*A mis hermanas: Julianna y María Eugenia,*

*Por el amor incondicional*

**Dante**

*A mi familia, por el cariño infinito,*

*A mis amigos y compañeros, por el grato transitar*

**Rodrigo**

## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I: DERECHO A LA PROTESTA.....</b>	<b>15</b>
1. CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y REGULACIÓN NORMATIVA.....	15
2. CRIMINALIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA .....	23
3. LÍMITES JURÍDICO-PENALES DEL DERECHO A LA PROTESTA.....	28
3.1. <i>El derecho a la protesta y sus límites</i> .....	28
3.2. <i>La penalización como subconjunto del ámbito de prohibición</i> .....	32
3.3. <i>Tratamiento de la limitación al derecho a la protesta en la legislación comparada</i> .....	34
<b>CAPÍTULO II: CONTEXTO NORMATIVO DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES.....</b>	<b>40</b>
1. LEY 21.208: ORIGEN, FUNDAMENTOS Y TRAMITACIÓN.....	40
2. CRÍTICAS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	48
3. BOLETÍN 14007-07: HACIA UNA EVENTUAL DEROGACIÓN .....	52
<b>CAPÍTULO III: TIPICIDAD .....</b>	<b>55</b>
1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DOGMÁTICA .....	55
2. BIEN JURÍDICO .....	57
2.1. <i>Concepto e importancia</i> .....	57
2.2. <i>Algunas particularidades de la dualidad del tipo</i> .....	58
2.3. <i>Orden público, un concepto esquivo</i> .....	59
2.4. <i>Críticas dogmáticas</i> .....	62
2.5. <i>Bien jurídico en el artículo 268 septies, una huida hacia lo individual</i> .....	64
3. SUJETOS ACTIVO .....	65
3.1. <i>Autorización</i> .....	67
4. CONDUCTA TÍPICA Y FORMAS DE COMISIÓN .....	72
4.1. <i>Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública</i> .....	72

a. <i>Mediante violencia o intimidación</i> .....	75
b. <i>Mediante la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos</i> .....	80
4.2. <i>Interposición de vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros, sin mediar accidente o desperfecto mecánico</i> .....	82
5. TÍPICIDAD SUBJETIVA .....	86
6. CONCURSOS.....	88
<b>CAPÍTULO IV: ANTIJURICIDAD .....</b>	<b>92</b>
1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DOGMÁTICA .....	92
2. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....	94
2.1. <i>Particularidades de la regulación nacional</i> .....	96
2.2. <i>El estado de necesidad justificante frente a escenarios de protesta</i> .....	98
2.3. <i>Consideraciones en torno al estado de necesidad defensivo</i> .....	102
3. EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO.....	105
<b>CAPÍTULO V: CULPABILIDAD .....</b>	<b>121</b>
1. CONCEPTO Y FUNCIÓN DOGMÁTICA .....	121
2. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.....	122
2.1. <i>La gravedad del mal a evitar</i> .....	124
2.2. <i>La imposibilidad de proteger valores colectivos</i> .....	125
2.2. <i>Demás requisitos de la causal de exculpación</i> .....	127
3. ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE EN SU APLICACIÓN PRÁCTICA.....	129
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>132</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>135</b>

## INTRODUCCIÓN

### I. Exordio

A fines de 2018, y tras sucesivas demostraciones de descontento ciudadano que se expandían vertiginosamente por diversos rincones de Francia con motivo del alza en el precio de los combustibles<sup>12</sup>, las calles de París, asoladas por el estruendo de los enfrentamientos y el tóxico olor de los gases lacrimógenos, se convertían en el epicentro de la mayor revuelta social que ese país viera en lo que va de este siglo.

Cualquiera que sostenga que dichos eventos responden únicamente a un episodio aislado o particular, quizás característico de la idiosincrasia periódicamente insubordinada de los franceses, tendría dificultades para explicar cómo, menos de un año más tarde, en el otro hemisferio del planeta, Chile experimentaba un proceso inquietantemente similar, que desembocó en una oleada de manifestaciones de una magnitud inédita en la historia más reciente de nuestro país. Este proceso -que rápidamente adoptó el nombre de “Estallido Social”- trajo consecuencias cuyo impacto en la sociedad chilena aún no es posible determinar con exactitud, pero cuya radicalidad es imposible negar si constatamos que el impulso transformador de cambio social llegó hasta el nivel de la Constitución Política de la República, y que sus efectos más inmediatos, algunos de los cuales abordaremos en párrafos sucesivos, nos hacen reflexionar en torno a la calidad de nuestra democracia y los mecanismos de respuesta, que para bien o para mal, posee nuestro Derecho.

El haber comenzado refiriéndonos al caso francés es enteramente arbitrario, pues la misma relación de semejanza se puede establecer con Ucrania, Hong Kong, Argelia, Perú, y más recientemente, Colombia. Con esto en mente, no es excesivamente osado suponer que estos procesos poseen un carácter cuya naturaleza obedece menos a la ocurrencia episódica y

---

<sup>1</sup> El movimiento de los “chalecos amarillos”, al cual estamos haciendo alusión, como todo fenómeno social de gran escala, tiene múltiples causas, y si bien su origen puede ser reconducido al detonante que se menciona, un estudio acabado de su configuración puede llevar a varios niveles de análisis.

<sup>2</sup> Michel Onfray, *Grandeur du petit peuple: heurs et malheurs des Gilets jaunes* (París: Éditions Albin Michel, 2020).

circunstancial de revueltas aisladas, y más a un fenómeno global de movimientos sociales de protesta.

El Derecho, como disciplina inmersa en las ciencias sociales, difícilmente puede mantenerse ajeno a las implicancias, aristas, y consecuencias de esta clase de acontecimientos, y ya sea para promover los cambios que restauren la armonía cívica o para arrear a las airadas multitudes con soluciones institucionales a ratos exiguas, su rol es preponderante en el desarrollo y tratamiento de los conflictos sociales que se derivan de los episodios de conmoción interna y protestas. Sin embargo, si se trata del papel reservado a la rama del Derecho Penal en particular, es menester tener en consideración que la relación entre la ley penal y las manifestaciones es capaz de despertar tensiones y pugnas cuyo examen, en un nivel dogmático, no es fácil de esclarecer.

El derecho penal es de naturaleza tutelar<sup>34</sup>, esto quiere decir que los conceptos e instituciones que lo componen están destinados a proteger intereses jurídicamente relevantes para la vida en sociedad. Para lograr este objetivo, la ley penal crea una estructura orgánica y funcional que permite al Estado monopolizar el *ius puniendi* y el aparato represivo para dar un cumplimiento efectivo a sus pretensiones. Esta característica dota al derecho penal de cualidades que lo hacen apto para solucionar conflictos que se generan en el seno de la convivencia humana, estableciendo parámetros de conducta que trazan los límites de lo permitido y lo prohibido.

Sin embargo, los márgenes de la rigurosidad con que opera esta ya mencionada cualidad podría difuminarse cuando el estado de cosas que se tiene por delante se relaciona con ciertas conductas que se ejecutan en el marco de protestas o en general, en el ejercicio del derecho a manifestarse, el cual incluye y abarca la libertad de expresión y la libertad de reunión<sup>5</sup>, valores jurídicos de rango constitucional (artículos 19 N° 12 y 19 N° 13 de la Constitución Política de la República, respectivamente), además de derechos extensamente reconocidos por los

---

<sup>3</sup> Mario Garrido Montt, *Derecho penal. Parte general. Tomo I*, 4ta ed. (Santiago: Editorial Jurídica, 2016), 19.

<sup>4</sup> Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ta ed. (Granada: Comares, 2002), 4.

<sup>5</sup> Sobre la relación existente entre la configuración doctrinaria del derecho a la manifestación a partir de la libertad de reunión y expresión, bastante explicativa resulta la minuta elaborada por el INDH a propósito de los escenarios de protesta social a luz de los derechos fundamentales.

instrumentos internacionales y regionales en materia de Derechos Humanos<sup>6</sup>, y de los cuales en tal calidad Chile ha hecho recepción a través de lo dispuesto en el artículo 5 inc. 2 de la Constitución.

No nos estamos refiriendo a situaciones en las cuales el derecho penal no hace más que calificar como delito conductas de un desvalor jurídico independiente (y en cierta medida, desligado) del eventual contexto de manifestaciones que las rodean, como podría darse, por ejemplo, en los delitos de robo, incendio o lesiones, en tanto, la situación de que tales conductas delictivas se hayan cometido adscritas a la instancia de una protesta es meramente circunstancial, y no tiene, a nuestro juicio, mayor trascendencia en la determinación de su naturaleza delictiva, ni tampoco lo vincula de una manera intrínseca al ejercicio del derecho fundamental a manifestarse y expresar materialmente la libertad de expresión.

Esta tensión existente entre el derecho penal y el derecho a manifestarse ha sido tratada por una parte de la doctrina jurídico-penal bajo el concepto de “criminalización de la protesta social”, entendida como como la decisión, por parte del aparato legislativo de un Estado, de determinar que un acto relacionado con las manifestaciones pasa a ser calificado como un ilícito penal, y más particularmente cuando esa selección se torna ilegítima o incompatible en relación con el orden constitucional y el Estado de derecho<sup>7</sup>.

Las razones para atribuir esta supuesta ilegitimidad al fenómeno descrito, pueden ser múltiples, sin embargo, mencionaremos dos motivos. En primer lugar, la criminalización de la protesta supondría convertir en delito conductas que, en principio estarían amparadas por el ejercicio de un derecho fundamental. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha señalado que:

“La aplicación del derecho penal frente a conductas de los participantes en una manifestación constituye una restricción grave y con serias consecuencias para la libertad de

---

<sup>6</sup> El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en el pacto de San José, por su parte, el derecho de reunión se consagra en el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>7</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales, *El estado frente a la protesta social 1996-2002*, 1ª ed. (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2003), 48.

expresión, y los derechos de reunión, asociación y participación política, que [...] solo pueden utilizarse de modo muy excepcional y está sujeto a un mayor nivel de escrutinio”<sup>8</sup>.

La segunda consideración dice relación con la identificación de un componente político de mayor intensidad en aquellas actuaciones realizadas en el contexto de manifestaciones, en el entendido de que dichas conductas tendrían componentes políticamente relevantes tanto en sus motivaciones como en sus pretensiones, las cuales son comunicadas de manera explícita y reconocidas como tales por la sociedad. Así, proponer una solución penal del conflicto, que se traduce en la imposición de sanciones a manifestantes, sería pasar por alto la naturaleza política del problema, sacándolo de su ámbito natural, sin dar una reparación duradera a las problemáticas de una sociedad<sup>9</sup>.

La anterior aproximación al problema ha tomado preponderancia en la discusión pública que se ha sostenido en nuestro país, en especial consideración de la respuesta legislativa a conductas recurrentes en las manifestaciones sociales ocurridas a propósito del Estallido Social. En este sentido se ha cuestionado especialmente la legitimidad de la Ley N.º 21.208, llamada popularmente “ley antisaqueos” y/o “ley antibarricadas”, adscribiéndola al fenómeno de la criminalización de la protesta<sup>10</sup>. Esta posición ha alcanzado tal nivel de relevancia en nuestro medio, que al interior de ciertos sectores se ha instalado la idea de que aquellas personas investigadas o condenadas por algunos delitos, dentro de ellos, los introducidos por esta ley, serían *presos políticos*<sup>11</sup>.

Tal aproximación ha llegado incluso al Congreso Nacional, donde actualmente se tramitan dos proyectos de ley que tienen como fundamento el reproche al fenómeno de la criminalización de la protesta, estos son, el Boletín N.º 14.000-07 que propone derogar, entre

---

<sup>8</sup> CIDH, *Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben*. (2009). Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

<sup>9</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, «Derecho penal y protesta social», en *Es legítima la criminalización de la protesta social* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 1-15.

<sup>10</sup> Florencio Pardo, «Ley antisaqueos y antibarricadas: un dispositivo legal para criminalizar la protesta social, la huelga y la militancia popular», *Le Monde Diplomatique*, 9 de diciembre del 2019. Disponible en: [www.lemondediplomatique.cl/ley-antisaqueos-y-antibarricadas-un-dispositivo-legal-para-criminalizar-la.html](http://www.lemondediplomatique.cl/ley-antisaqueos-y-antibarricadas-un-dispositivo-legal-para-criminalizar-la.html).

<sup>11</sup> Claudio Nash, «Prisión política en el Chile democrático: un nuevo debate incómodo», *CIPER Chile*, 17 de diciembre del 2020. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2020/12/17/prision-politica-en-el-chile-democratico-un-nuevo-debate-incomodo/>.



otras normas, el artículo 268 septies introducido por la Ley N.º 21.208, y el Boletín N.º 13.941-17 que plantea amnistiar una serie de delitos cometidos en el marco de las manifestaciones ocurridas durante el Estallido Social.

Dicha perspectiva, si bien nos ayuda a introducir de una manera completa al contexto político-criminal de la agenda legislativa inaugurada por el Estallido Social, no se detiene con la necesaria rigurosidad en la compleja delimitación del ejercicio legítimo del derecho fundamental a manifestarse, que a nuestro juicio, es el núcleo fundamental para determinar la legitimidad o ilegitimidad de la criminalización de un acto de protesta, u ocurrido en el marco de una manifestación. Evidencia de lo anterior es que el proyecto de amnistía, referido anteriormente, al menos en su versión original, incluye delitos disímiles, como es el de desórdenes públicos, al mismo tiempo que el delito de incendio con resultado de muerte.

Atendiendo a este contexto político criminal, pero desde la perspectiva de los límites al derecho constitucional de manifestarse, resultará interesante analizar los presupuestos de punibilidad de uno de los nuevos delitos introducidos por la Ley N.º 21.208. Si bien la finalidad de esta investigación no será indagar respecto de la legitimidad o ilegitimidad de este delito, sí será relevante tratar la tensión existente entre el Derecho Penal y el Derecho a la Protesta, desde los límites del ejercicio legítimo de este derecho fundamental en la jurisprudencia comparada, especialmente para efectos del análisis de antijuricidad y culpabilidad.

Como hemos advertido, la relación entre el Derecho Penal y conductas que ocurren en el contexto de manifestaciones constituye una problemática especialmente compleja, y sobre la cual aún no se ha dicho la última palabra, muy por el contrario, representa una materia viva y en constante evolución, cuya relevancia doctrinal seguirá creciendo, catalizada por el surgimiento de nuevos espacios de revuelta social (fenómeno que como señalamos, se ha instalado a nivel global), y un correlativo deterioro de la técnica legislativa, caracterizado por la promoción de leyes penales *ad-hoc*, que se postulan como soluciones de política criminal para todo tipo de problemas al interior de las sociedades.

## II. Objeto de la investigación

El 30 de enero de 2020 entró en vigencia la Ley N.º 21.208 que “Modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica”. Esta ley contiene un artículo único integrado por cuatro numerales, en los que se introducen nuevos preceptos a los títulos sexto y noveno del Libro Segundo del Código Penal.

El objeto de investigación de esta memoria es el inciso primero del nuevo artículo 268 septies introducido en el número 1 de la ley anteriormente referida, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 268 septies.- El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta”.

Este inciso sanciona diferentes modalidades de interrupciones completas a la circulación de personas o vehículos en la vía pública. En primer lugar, tipifica las interrupciones realizadas mediante violencia o intimidación en las personas, en segundo lugar, las interrupciones efectuadas mediante la instalación de obstáculos, y finalmente, castiga las interrupciones ejecutadas mediante la interposición de vehículos. Al comienzo de este precepto se dispone que las dos primeras formas de comisión de este ilícito serán punibles en tanto carezcan de autorización. Esta investigación analizará las tres conductas descritas en el referido inciso.

El fundamento de análisis de este inciso específico, con exclusión de los demás, radica en que este tipo sanciona un conjunto de conductas que se presentan como frecuentes formas de manifestación social en nuestro país, integrando a las surgidas hace tan solo unos años (*“el que baila pasa”*), como a algunas bastante más antiguas y recurrentes en nuestra compleja historia de conflictos sociales (instalación de barricadas).

De esta forma, la punición de las conductas incluidas en este precepto expresa, a primera vista y gráficamente, la tensión existente entre el legítimo ejercicio de un derecho fundamental, y el deber del derecho penal de tutelar intereses jurídicamente relevantes. Cuestión que no se identifica de forma clara en el inciso segundo del mismo artículo, en tanto, la punición del lanzamiento de objetos potencialmente aptos para causar lesiones o la muerte, no puede ser adscritas a nuestro juicio, a una forma de ejercicio del derecho de manifestación que reclame legitimidad.

### **III. Finalidad y metodología de la investigación**

Como ya se ha adelantado en la primera sección de este apartado, si bien se reconoce la importancia de los alcances doctrinarios del derecho a la manifestación y la criminalización de la protesta para la contextualización y comprensión de la disposición legal objeto de esta investigación, no está en nuestras pretensiones dirigir ni elaborar una crítica a los fundamentos jurídicos de la norma desde el punto de vista de su legitimidad, pues esta última se presupone para efectos de la elaboración de un análisis desde los márgenes del Derecho Penal, el cual necesariamente parte de la base de la vigencia del artículo 268 septies del Código Penal como una muestra del derecho penal objetivo vigente.

Considerando lo anterior, la presente memoria se propone construir un análisis crítico del inciso primero del artículo 268 septies, que busca poner a prueba sus componentes para intentar adecuar y determinar, desde una perspectiva coherente con la dogmática jurídico-penal, los márgenes precisos de su ámbito de punibilidad. Sin embargo, para que la intención y amplitud de este objetivo cobre para el lector un sentido preciso o exacto, es necesario hacer referencia al componente metodológico que utilizaremos para ello. Nos referimos más precisamente al sistema de la teoría del delito y a los elementos que la componen (tipicidad, antijuridicidad, y culpabilidad), los cuales constituirán la herramienta con la que pretendemos materializar la crítica contenida en el presente trabajo.

Partimos desde la premisa de la idoneidad de la teoría del delito para estos fines, pues de la manera en que la concebimos, esta construcción ideada por la dogmática penal, cumple la función de verificar la presencia de los presupuestos cuya satisfacción es imprescindible para

permitir la intervención del derecho penal, y en general, de todo el aparato punitivo del Estado. En otras palabras, la teoría del delito representa un esquema cuya configuración la hace óptima para determinar si una conducta puede o no constituir un hecho punible, lo cual solo puede suceder cuando ésta es capaz de franquear las exigencias de los varios niveles que la integran.

Estos niveles de acercamiento a los presupuestos del hecho punible, que funcionan como fases sucesivas de un examen a cabalidad del tipo penal, son los que orientarán el análisis crítico que este trabajo se propone para dilucidar la extensión del ámbito punitivo que introduce el inciso primero del artículo 268 septies del Código Penal. A su vez, dichos elementos serán útiles para develar aspectos interesantes de la configuración normativa del tipo penal en estudio, problematizando otras consideraciones dogmáticas de relevancia.

El nivel de la tipicidad -a través de la revisión de conceptos como la “violencia”, “autorización”, “vía pública”, entre otros- se ocupará de ofrecer un ahondamiento en diversos problemas de la descripción típica, los cuales despiertan discusiones interesantes desde el punto de vista de la punibilidad de conductas paradigmáticamente entendidas como formas de protesta. Por su parte, el examen que se realizará a la luz de la antijuridicidad tendrá como objeto central determinar la posibilidad de la configuración y procedencia de alguna causa de justificación en torno al ejercicio del derecho a la manifestación, que permita de esa manera excluir el componente de antijuridicidad en conductas que se realizan en el contexto de protestas. El último nivel de análisis de los presupuestos punitivos del tipo ocurre en el ámbito de la culpabilidad, donde de manera algo análoga a lo que sucede en la etapa precedente, los esfuerzos investigativos girarán en torno a la pregunta por la posibilidad de concurrencia de escenarios de exculpación del autor del delito, analizado a través de la procedencia del estado de necesidad exculpante.

Como puede apreciarse, el cuerpo principal de este trabajo investigativo se compone de una revisión esquemática de presupuestos jurídicos que determinan la aplicabilidad del delito contenido en el inciso primero del artículo 268 septies. Para esto será necesario recurrir a las categorías dogmáticas ya mencionadas, en el afán de perfilar los márgenes de punibilidad de este tipo penal.

No es ocioso mencionar que si bien el cuerpo de la indagación jurídica de este trabajo transita por un terreno más bien dogmático, fundado en categorías tradicionales de la doctrina jurídico-penal, no es menos cierto que para realizar dicho ejercicio sin perder de vista las consideraciones e implicancias que la norma en estudio posee, será necesario dar cuenta de su contexto de gestación y las particularidades de la discusión jurídica que ha suscitado a gran escala.

Dichas consideraciones, que pueden ser ya de carácter estrictamente jurídico (con raíces en ramas del Derecho como el Derecho Constitucional o el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), de carácter criminológico (relativas a la discusión en torno a la criminalización de la protesta), o que pueden operar en clave estrictamente histórico-contextual, cumplen una doble función: por un lado, permiten reconstruir el marco de los antecedentes jurídicos y del trasfondo fáctico que rodea al tipo penal, y por el otro, aportan en las indagaciones ulteriores que como cuerpo principal del trabajo se ocupan de las implicancias del tipo penal a través de la teoría del delito.

En referencia a las nociones que pueden extraerse del análisis por extenso del derecho a la manifestación y sus distintas facetas, cabe destacar la especial trascendencia que tendrá el estudio de la dimensión de los conflictos de derechos que están en juego, lo que permite dar con consideraciones normativas a propósito de los límites al derecho a la manifestación, determinantes a la hora de profundizar en materias como la antijuridicidad o la culpabilidad al interior del análisis crítico que compone el cuerpo principal de este trabajo.

#### **IV. Estructura general de la investigación**

Las primeras dos secciones de este trabajo operan como una suerte de preámbulo de nociones elementales para comprender y complementar el análisis contenido en las tres secciones subsiguientes.

Comenzaremos dando cuenta de una visión panorámica del derecho a la manifestación, comprendiendo su configuración jurídica y normativa, haciendo alusión al fenómeno de la criminalización de la protesta y al subyacente conflicto de derechos que nos dará la pauta para establecer criterios de delimitación (Capítulo I).

Luego, se procederá a presentar el contexto normativo que rodea la creación del tipo penal objeto de esta investigación, abarcando su concepción legislativa, las críticas internacionales que motivó, y la posibilidad de su futura derogación (Capítulo II).

Llegando al núcleo de la investigación, se analizarán de manera sucesiva los presupuestos de la teoría del delito, cuyo estudio en particular nos permitirá cumplir con la finalidad de delimitar los márgenes de punibilidad del tipo penal en estudio (Capítulos III, IV, y V).

A modo de conclusión, se presentarán los resultados obtenidos en torno a la tarea de delimitación de los márgenes punitivos del inciso primero del artículo 268 septies del Código Penal.

## CAPITULO I: DERECHO A LA PROTESTA

### 1. Configuración jurídica y regulación normativa

Una de las primeras cuestiones a tratar en la presente investigación dice relación con la configuración jurídica del derecho fundamental a la protesta social. Así, este análisis no puede sino partir de la constatación de que tal derecho no se encuentra reconocido expresamente ni en nuestra Constitución ni en los instrumentos internacionales de derechos humanos que nos rigen.

Sin embargo, sería erróneo concluir de lo anterior, la inexistencia de este derecho, pues debemos recordar que la configuración jurídica de un derecho fundamental no se agota en su inclusión expresa o no en un determinado instrumento normativo, sino que puede tener su origen en la comprensión e interpretación doctrinaria o jurisprudencial de otros derechos que le sirvan como fundamento, teniendo en especial consideración la característica de progresividad de los derechos humanos, a partir de lo cual sus enumeraciones son de carácter enunciativas y no taxativas<sup>12</sup>.

La configuración jurídica del derecho a la protesta social o manifestación está contenida en diversa jurisprudencia y opiniones de tribunales y organismos internacionales de derechos humanos, los que elaboran su existencia a partir de la conjunción entre la libertad de expresión y de reunión.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal Europeo), ha sostenido recurrentemente que la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica. Así, el derecho a manifestarse o derecho a protestar se encuentra protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho de libertad de reunión<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Pedro Nikken, «El concepto de derechos humanos», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos* (San José: IIDDH, 1994).

<sup>13</sup> Véase por ejemplo Corte EDH, Caso Vogt c. Alemania, Sentencia del 26 de septiembre de 1995, Serie A, No. 323, párr. 64; Corte EDH, Caso Rekvényi c. Hungría, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, Caso Young, James y Webster c. Inglaterra, Sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A, No. 44, párr. 57.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha dicho que “la 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 manifestarse”<sup>14</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, refiriéndose al artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), ha manifestado que “El intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información. Ambos derechos [...] se constituyen como elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático inclusivo de todos los sectores de la sociedad”<sup>15</sup>.

Finalmente, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas en reporte temático sobre medidas efectivas y mejores prácticas para garantizar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de protestas pacíficas, comienza señalando que la participación en protestas pacíficas es una importante forma de ejercer los derechos de libertad de asociación pacífica y de libertad de expresión<sup>16</sup>.

Así, la configuración normativa del derecho a la protesta descansa en dos derechos fundamentales ampliamente reconocidos, el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión, ambos de gran relevancia en relación al sistema democrático. La libertad de expresión, es decir, la libertad de informar, opinar y en general de expresarse sin autorización ni censura previa de cualquier forma y en cualquier medio<sup>17</sup>, es una piedra angular en la existencia misma de la sociedad democrática, indispensable para la formación de la opinión pública<sup>18</sup>. Además,

---

<sup>14</sup> CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas, Opinión Consultiva* (San José, CIDH, 1985), 20.

<sup>15</sup> CIDH, *Informe Anual 2005*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (San Jose, CIDH, 2005), 130.

<sup>16</sup> ONU, *Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las protestas pacíficas*, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (Nueva York, 2013).

<sup>17</sup> Gonzalo García, Pablo Contreras y Victoria Martínez, *Diccionario constitucional chileno. Cuadernos del Tribunal Constitucional*. (Santiago, Tribunal Constitucional, 2014).

<sup>18</sup> CIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*. Op. Cit.



juega un rol fundamental en la rendición de cuentas de la autoridad a la ciudadanía<sup>19</sup>, sobre todo respecto de las demandas que en virtud de este derecho se hayan levantado y manifestado.

Por otro lado, el derecho de reunión, que comprende la posibilidad de que un grupo de personas pueda juntarse en determinado lugar y a la vez, pueda manifestar allí sus opiniones de forma colectiva, también es un derecho íntimamente ligado con la democracia y la libertad de expresión, en tanto, el significado fundamental de este derecho se reconocerá especialmente cuando se tiene en consideración el particular proceso de formación de la voluntad popular en un comunidad democrática<sup>20</sup>. En efecto, representa una forma de comunicación política, una forma de conformación de opinión pública dentro de una sociedad democrática<sup>21</sup>, que tiene especial relevancia en aquellas sociedades en que el acceso directo a los medios u otras instancias en que se pueda influir en la toma de decisiones públicas se limitan a unos pocos, de forma tal, que el ejercicio de influencia colectiva de aquellos ciudadanos apartados de espacios de poder se remitirá al ejercicio del derecho de reunión<sup>22</sup>.

En el plano de la doctrina, una de las figuras que más se ha pronunciado y escrito sobre el derecho a la protesta es la del constitucionalista argentino Roberto Gargarella, quien identifica y realza las características anteriormente dichas para dotar al derecho a la protesta de entidad propia. En este sentido destaca su relevancia presentándolo como “el primer derecho”: el derecho a exigir la recuperación de los demás derechos. Lo anterior no implica negar la importancia de otros derechos tales como a la vida, o derechos sociales relacionados con la satisfacción de necesidades básicas, más bien significa otorgarle relevancia en el sentido de prioridad lexicográfica del principio de la libertad en la teoría de la justicia de Rawls<sup>23</sup>.

Cabe mencionar que los derechos fundamentales sobre los que se erige el derecho a la protesta se encuentran reconocidos expresamente en diversos instrumentos internacionales y nacionales, los que reseñaremos a continuación.

---

<sup>19</sup> Instituto de Derechos Humanos, *Minuta Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos*, Minuta de circulación pública, (Santiago: INDH, 2012).

<sup>20</sup> Sentencia BVerfGE 5, 85

<sup>21</sup> Sentencia BVerfGE 104, 92

<sup>22</sup> Sentencia BVerfGE 69, 315

<sup>23</sup> Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: el primer derecho* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005), 26.

Respecto del derecho a la libertad de expresión en los instrumentos internacionales de derechos humanos, este se encuentra contenido en los artículos 13, 19 y 10, de la CADH, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), respectivamente (véase cuadro N.º 1). En el ámbito de regulación interna que usaremos como referencia (Chile, España y Alemania), este derecho se encuentra consagrado en los artículos 19 N.º 12, 20, y 5 de las respectivas constituciones o normas fundamentales (véase cuadro N.º 2).

En relación al derecho de reunión, este se encuentra protegido en plano internacional en los artículos 15, 20 y 11, de la CADH, PIDCP y CEDH, respectivamente (véase cuadro N.º 3). Mientras que en las constituciones de los países recién mencionados este derecho se consagra en los artículos 19 N.º 13, 21 y 8 (véase cuadro N.º 4).

Algo que debemos destacar de la regulación recién referida es que, pese a la gran importancia que se le da a la vigencia de estos derechos fundamentales, estos no pueden ser ejercidos de manera absoluta, sino que en cada uno de estos instrumentos se señalan límites más o menos claros a su ejercicio.

Podemos notar como rasgo común en la regulación de derechos humanos, que la libertad de expresión puede colisionar con derechos como la honra y la dignidad de las personas, por ello se dispone que podrá ser restringido cuando sea necesario para preservar la convivencia democrática. A su vez, el derecho de reunión se consagra con las mismas prevenciones, aludiendo a los derechos y libertades de terceros y a conceptos generales como seguridad nacional y orden público.

Esta cuestión se repite con algunos matices en la regulación de los países que hemos reseñado, en España y Alemania, por ejemplo, respecto del derecho a la libertad de expresión, el constituyente dedica un inciso a determinar expresamente los límites al ejercicio de este derecho. Por otro lado, respecto del derecho de reunión, los tres países analizados, España, Alemania y Chile, consagran el ejercicio de este derecho, sin permiso previo, en consideración del carácter pacífico y sin armas de la congregación de personas. A la vez, estas tres

constituciones establecen algún régimen de autorización o notificación previa cuando tales reuniones son realizadas en espacios públicos.

La mención a esta normativa, y su referencia a los límites del ejercicio de los derechos que configuran el derecho a la protesta no es azarosa, pues da cuenta de que este, en su comprensión autónoma, también admite límites al entrar en conflicto con otros valores jurídicos relevantes. Respecto de este fenómeno, es necesario recalcar que en definitiva, la legislación y, en cierta medida, la jurisprudencia, dibujan los márgenes de extensión del ejercicio de los derechos constitucionales, en atención a criterios de ponderación que contraponen valores y modulan su amplitud; determinando el espacio de lo permitido, y lo prohibido, estableciendo en este último caso consecuencias de diferente intensidad en atención a los intereses tutelados, a través de normas civiles, administrativas, y/o penales.

El análisis que plantea esta última vía -la penal-, es la que para efectos de esta memoria nos interesa, en tanto, el objeto de esta investigación radica en un tipo que castiga penalmente conductas que, tal como señalamos más arriba, encuentran conflicto en otros valores jurídicos, que a juicio del legislador, son dignos de protección por la vía del Derecho Penal.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponderá más adelante desentrañar los conflictos de derechos que esta opción legislativa conlleva, desde la perspectiva de la teoría del delito, cuestión que será determinante para delimitar con mayor precisión el análisis de punibilidad del inciso primero del artículo 268 septies, especialmente en lo que se refiere a la configuración de causales de justificación y/o exculpación de las conductas descritas en dicho inciso.

Cuadro N° 1.

<b>Derecho a la libertad de expresión</b>		
<b>CADH</b>	<b>PIDCP</b>	<b>Convención Europea</b>
<p>Art. 13</p> <p>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 consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.</p> <p>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:</p> <p>a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o</p> <p>b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p> <p>3. (...)</p> <p>4. (...)</p> <p>5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.</p>	<p>Art. 19</p> <p>1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.</p> <p>2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.</p> <p>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:</p> <p>a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;</p> <p>b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p> <p>Art. 20</p> <p>1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.</p> <p>2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.</p>	<p>Art. 10</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.</p> <p>2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.</p>

Cuadro N° 2

<b>Derecho de libertad de expresión</b>		
<b>Constitución Chilena</b>	<b>Constitución Española</b>	<b>Ley Fundamental Alemana</b>
<p>Art. 19 N° 12</p> <p>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 cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.</p> <p>(...)</p>	<p>Art. 20</p> <p>1. Se reconocen y protegen los derechos:</p> <p>a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.</p> <p>(...)</p> <p>2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.</p> <p>3. (...)</p> <p>4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.</p> <p>5. (...)</p>	<p>Artículo 5</p> <p>1. Toda persona tiene el derecho a expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen, y de informarse sin trabas en fuentes accesibles a todos. La libertad de prensa y la libertad de información por radio, televisión y cinematografía serán garantizadas. La censura está prohibida.</p> <p>2. Estos derechos tienen sus límites en las disposiciones de las leyes generales, en las disposiciones legales adoptadas para la protección de la juventud y en el derecho al honor personal.</p> <p>3. (...)</p>

Cuadro N.º 3

<b>Derecho de reunión</b>		
<b>CADH</b>	<b>PIDCP</b>	<b>Convención Europea</b>
Art. 15 Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. 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 públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.	Art. 20 Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo 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.	Art. 11 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, (...). 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos (...).

Cuadro N.º 4

<b>Derecho de reunión</b>		
<b>Constitución Chilena</b>	<b>Constitución Española</b>	<b>Ley Fundamental Alemana</b>
Art. 19 N.º 13 El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se registrarán por las disposiciones generales de policía.	Art. 21 1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. 2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.	Art. 8 1. Todos los alemanes tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin notificación ni permiso previos. 2. Para las reuniones en lugares abiertos, este derecho puede ser restringido por ley o en virtud de una ley.

## 2. Criminalización de la protesta

El concepto de “criminalización de la protesta” intenta hacer alusión a un fenómeno político-criminal de instrumentalización del derecho penal como herramienta represiva dirigida en contra de manifestantes, con el fin de disuadir o desincentivar el ejercicio y desarrollo de actos de protesta social y demás formas de expresión política directa<sup>24</sup>. Si bien muchos autores reconocen que lo que se busca problematizar a través de este concepto es la criminalización ilegítima de las manifestaciones, la cual se produce cuando los espacios de pretensión punitiva abarcan actos amparados en la adecuada expresión del derecho a la protesta<sup>25</sup>, es imposible pasar por alto que hoy en día el término reviste por sí solo una connotación negativa y de disvalor jurídico en determinados círculos académicos<sup>26</sup>.

Dicho estigma atribuido a la criminalización de la protesta es reflejo de la relación de tensión producida por la intromisión del derecho penal y sus instituciones punitivas al campo de las acciones de protesta, identificado por variadas disciplinas de las ciencias sociales<sup>27</sup>, y atribuida a varios factores, de los cuales podremos destacar dos en particular, que serán analizados en los párrafos sucesivos: la manifestación amparada como derecho, y el componente radicalmente político de los problemas subyacentes a ella.

Como puede apreciarse, el concepto de criminalización de la protesta se muestra más próximo al campo de la criminología, disciplina que pese a formar parte del campo de estudio de las ciencias penales, no se enfoca exclusivamente en el estudio de la norma jurídica, sino que abraza una metodología investigativa de un carácter marcadamente interdisciplinario, con énfasis en el potencial epistemológico del acto delictual y todo lo que lo rodea, abarcando desde el

---

<sup>24</sup> María Luisa Pique y Marina Soberano, «El derecho penal y la protesta social», en *Teoría y crítica del derecho constitucional, tomo II* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008), 839-875.

<sup>25</sup> Rodrigo Uprimny y Luz Sánchez, «Derecho penal y protesta social», en *Es legítima la criminalización de la protesta social* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 47-74.

<sup>26</sup> Centro de Estudios Legales y Sociales, *El estado frente a la protesta social 1996-2002*. Op. Cit.

<sup>27</sup> En el campo de la sociología este asunto ha dado pie a varios trabajos, entre los cuales destacamos: Tom Slater, «From ‘criminality’ to marginality: rioting against a broken state», *Human Geography*, n° 4 (2011), 106-115.

crimen mismo, hasta las características del infractor y el control de la conducta socialmente notoria<sup>28</sup>.

Siendo más precisos, los postulados en torno a los efectos nocivos de la criminalización de la protesta provienen por lo general desde el campo de la criminología crítica, es decir, desde vertientes y miradas criminológicas que se postulan en contraposición a la criminología tradicional, interpelando sus paradigmas y evolución, que habría tendido progresivamente hacia la consolidación de un énfasis puesto en “la vigilancia, la actividad policial y el control”<sup>29</sup>.

En este contexto, tampoco podemos pasar por alto que en muchas ocasiones los postulados que se formulan en relación con el fenómeno caracterizado como “criminalización de la protesta”, son representativos de posiciones de activismo (judicial, o no), que buscan respaldar posturas al interior de debates jurídicos mucho más amplios y que escapan a las pretensiones de esta investigación.

Sin embargo, pese a que el grueso de la literatura acerca del fenómeno de la criminalización de la protesta, revista las características recién descritas, su inclusión en esta exposición resulta valiosa y pertinente, no porque adscribamos o respaldemos aquellas posiciones, sino más bien por las herramientas de comprensión que su incorporación nos ofrece, una vez rescatemos de estas posturas lo más interesante para los fines de nuestra investigación, de la manera que más adelante expondremos.

El primer factor que la discusión en torno a la criminalización de la protesta permite destacar es la relevancia del status de derecho fundamental de la protesta y los actos de manifestación social y política.

La problemática que supone la criminalización de estos actos, en atención a su protección jurídica, ha sido destacado por organizaciones de derechos humanos y demás organismos

---

<sup>28</sup> Günther Kaiser, «La función de la Criminología con respecto a la política legislativa penal», en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 6 (1992).

<sup>29</sup> Jock Young, «El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical», en *Criminología Crítica y Control Social* (Rosario: Iuris, 2000), 37.



encargados de la promoción de los derechos civiles y políticos. En los informes que elabora anualmente para abordar los desafíos vinculados con la libertad de expresión, la CIDH ha realizado múltiples alusiones<sup>30</sup> a la importancia de aplicar criterios más estrictos a la hora de expandir los márgenes del derecho penal al campo de interacción de las manifestaciones sociales y las personas que en ellas participan.

Tratando de sintetizar la postura de este organismo respecto al tema, cabe afirmar que en base a la importancia de la libertad de expresión en cuanto garantía fundamental “resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión”<sup>31</sup>.

En este sentido, las restricciones al derecho a manifestarse, y sobre todo aquellas que se establecen por la vía de leyes penales, deben someterse a los criterios delimitados por la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana, que, en suma, postula la “necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática”<sup>32</sup>.

La misma preocupación ha sido manifestada en el contexto europeo, referida al menoscabo al avance de los derechos civiles y políticos que se produce con la penalización de conductas vinculadas a manifestaciones.

En el informe elaborado por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa para el caso de España el año 2013<sup>33</sup>, puede leerse que “la imposición de sanciones, incluidas las administrativas, a los participantes en manifestaciones espontáneas o no autorizadas, puede constituir una vulneración de su derecho a la libertad de expresión y a la reunión pacífica

---

<sup>30</sup> Se puede acceder a la totalidad de los informes, ordenados de manera anual en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/anuales.asp>.

<sup>31</sup> CIDH (2005) *Informe Anual 2005*, 152. Op. Cit.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ese año tiene lugar una oleada de manifestaciones a nivel nacional desatadas por la imposición de medidas de austeridad y recortes fiscales por parte del gobierno español.

[...] Se insta igualmente a las autoridades a que se abstengan de adoptar cualquier medida legislativa que pudiera conducir a limitaciones indebidas del goce de estos derechos.”<sup>34</sup>

Por su parte, Amnistía Internacional ha puntualizado sobre el peligro que encierra el uso del derecho penal instrumentalizado para la represión política de manifestaciones sociales, siendo enfático en que la introducción de leyes de potencial criminalizador debe realizarse con la rigurosidad suficiente para evitar un uso arbitrario que resulte en una restricción ilegítima del derecho a manifestarse<sup>3536</sup>.

Como mencionamos en la sección anterior, Gargarella destaca la importancia del mencionado derecho a través de su vínculo con el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión, como un derecho que está en la base de las condiciones de posibilidad de la democracia, por cuanto opera como la garantía básica que posibilita la formación de la opinión pública y la participación ciudadana<sup>37</sup>.

Desde esta perspectiva, la decisión de reprimir penalmente el ejercicio del derecho a la protesta traería inevitablemente como resultado un debilitamiento en el nervio democrático y representaría un acto opuesto a una interpretación armoniosa de la Constitución<sup>38</sup>.

Como adelantamos, el segundo factor de relevancia a la hora de comprender las críticas que se postulan a través de los argumentos en torno a la criminalización de la protesta, se vincula con la impronta marcadamente politizada del campo de acción en el cual nos sitúa la interacción de la ley penal en espacios relacionados con la manifestación.

---

<sup>34</sup> Nils Muižnieks, *Informe del Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa tras su visita a España del 3 al 7 de junio de 2013* (2013), Párr. 127 y 150.

<sup>35</sup> Estas recomendaciones son pronunciadas a propósito de una reciente modificación realizada en Francia al Código Penal, que introduce la penalización del uso de prendas que cubran completamente la cara en el contexto de manifestaciones (lo que aquí conocemos como “capuchas”), frente a lo cual el organismo destaca la falta de proporcionalidad en la criminalización de dicha circunstancia sin la necesidad de la comisión de un acto delictual de por medio.

<sup>36</sup> Amnistía Internacional, *Arrested for protest. Weaponizing the law to crackdown on peaceful protesters in France* (2020), 4-52.

<sup>37</sup> Refiriéndose en específico al rol del derecho a la libertad de expresión, afirma que “requiere de una atención privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”. Roberto Gargarella (2005), *El derecho a la Protesta: El primer derecho*, ibid.

<sup>38</sup> Roberto Gargarella, «El derecho a la protesta social», *Derecho y humanidades*, n°12 (2006), 141-151.

De esta manera, la criminalización de la protesta ha sido denunciada como un “factor que multiplica conflictos y que exagera la violencia”,<sup>39</sup> es decir, una herramienta estéril para brindar una verdadera solución a los conflictos sociales que están detrás de las expresiones ciudadanas de descontento materializadas en el acto de protesta.

Este factor es traído a colación por cuanto nos sirve de antecedente para comprender de mejor manera el tenor de la acalorada discusión producida alrededor de los tipos penales calificados como criminalizadores de la protesta, lo cual en última instancia refuerza la importancia y necesidad por parte de la doctrina de asumir una tarea interpretativa conciliadora, con miras a una labor exegética que se haga cargo de los intereses en conflicto y la posibilidad de su adecuación.

Habiendo hecho un esfuerzo por exponer de la manera más amena y coherente posible los argumentos y postulados subyacentes tras las críticas a la criminalización de la protesta, es menester presentar nuestras propias consideraciones sobre la materia y la utilidad de estos criterios en el ámbito al cual se atiene esta investigación.

Es nuestra opinión, que las reflexiones en torno a los peligros e inquietudes correlativos a la adopción de soluciones penales en el contexto de protestas son bastante útiles y eficientes a la hora de problematizar el fenómeno, identificando algunos de sus puntos claves y otorgando recomendaciones coherentes con sus propios postulados.

Sin embargo, creemos que estas observaciones no gozan de la misma idoneidad a la hora de proveernos de herramientas suficientes para desentrañar los problemas que se producen desde el interior del sistema jurídico. Estos problemas se relacionan con el desenvolvimiento efectivo del derecho a la protesta a la luz de los tipos penales diseñados con el afán de protección del orden público, y que, como tales, pueden hacerse presentes en el contexto de manifestaciones, como es el caso del tipo penal objeto de esta investigación.

---

<sup>39</sup> Joaline Pardo, «Reseña La protesta social en América Latina. Cuaderno de Prospectiva Política por Fernando Calderón», *Perfiles latinoamericanos*, n° 21 (2013), 17.

Esta no deja de ser una crítica más bien evidente, por cuanto el espíritu de gran parte de las observaciones que se hacen a la criminalización de la protesta apunta conscientemente a la legitimidad de los fundamentos de la punición, sin pretender atender al problema desde la perspectiva de las categorías dogmáticas (como es por ejemplo, la teoría del delito) que determinan la aplicación de esta clase de tipos penales controvertidos.

Es por este motivo que a modo de síntesis la tercera sección de este apartado permitirá realizar una especie de reconciliación de sus secciones precedentes, buscando la forma de comprender el derecho a la protesta y los riesgos que encierra su criminalización como un problema normativo, relativo a la posibilidad de trazar los límites correctos a su ejercicio.

### **3. Límites jurídico-penales del derecho a la protesta**

Teniendo en consideración la caracterización del derecho a la protesta, convendrá analizarlo en tanto valor jurídico en sus relaciones de interacción con otras situaciones o libertades dignas de protección. Este ejercicio -que aborda los límites al derecho a la manifestación como un problema de conflicto de normas en juego- permitirá trazar con mayor precisión las fronteras de su ámbito de protección en cuanto derecho fundamental.

Posterior a aquello, se expondrán algunas nociones que serán de utilidad en las secciones dedicadas al análisis de las categorías de la teoría del delito aplicadas al inciso primero del artículo 268 septies, teniendo a la vista los criterios a tener en cuenta para su eventual aplicación a conductas vinculadas de algún modo con manifestaciones.

#### **3.1. El derecho a la protesta y sus limitaciones**

El derecho a la protesta, como ya hemos dicho antes, no puede ejercerse de forma absoluta, sino que debe ejercitarse armónicamente con los demás derechos fundamentales que su ejercicio pueda tensionar.

A partir de la estrecha relación ya descrita, entre el derecho a la protesta y los derechos de expresión y reunión, podemos identificar una doble faceta en términos de su fisonomía

jurídica y sus manifestaciones concretas: por un lado, una dimensión comunicativa (vinculada a la libertad de expresión), referente al contenido de lo expresado o manifestado, y por otro lado, una dimensión material (vinculada a la libertad de reunión), referida a la forma en que estas demandas o reclamaciones son comunicadas a la sociedad. Sendos ámbitos son susceptibles a limitaciones que puedan determinarse en atención a la interacción con otros derechos fundamentales relevantes que el ordenamiento debe proteger.

Así, respecto a la dimensión comunicativa del derecho a la protesta, la regulación internacional sobre la materia limita su ejercicio fijando responsabilidades ulteriores o sometiendo este derecho a formalidades, condiciones o restricciones, cuando se afecte la reputación o respeto de terceros, la protección moral de la infancia y adolescencia, la protección de la seguridad nacional, orden público, o la salud y moral públicas. Es importante destacar que el PIDCP y la CADH, en sus artículos 20 y 13.5 respectivamente, prohíben de forma expresa todo tipo de propaganda en favor de la guerra, odio nacional, racial, religioso, u otro tipo de apología que incite a la discriminación, hostilidad o violencia contra cualquier persona o grupo de personas, disponiendo que los Estados firmantes deberán prohibir tales conductas a través de su legislación nacional.

Cabe hacer notar que la discusión presentada en la sección anterior, relativa a la tensión existente entre el derecho a la protesta y el derecho penal, no hacía mención o referencia a los eventuales problemas que podrían producirse en la dimensión comunicativa de este derecho, sino que centraba su atención en la dimensión material del mismo, es decir, en las conductas que pueden o no ser amparadas o adscritas al ejercicio legítimo del derecho a la protesta. Sin embargo, no se debería desatender la dimensión comunicativa de este derecho pues, aunque de forma más o menos minoritaria, sí hemos podido ver en distintos lugares del mundo incluido Chile, concentraciones y protestas cuyas demandas tienen por fundamento racismo, xenofobia o incitación al odio, un ejemplo de ello han sido las marchas antiinmigrantes realizadas en la zona norte de nuestro país, especialmente en ciudades con alto porcentaje de población extranjera<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Un ejemplo internacional es el de los Estados Unidos, donde el movimiento antiinmigración, que suele usar un lenguaje de alto contenido xenófobo, cuenta con miles de adherentes. Véase: Anti-defamation League,

En este punto debemos tomar una pequeña digresión para realizar aclaraciones útiles a la hora de delimitar los márgenes de la presente investigación: las manifestaciones de contenido odioso o discriminatorio podrían ser criminalizadas por el derecho penal a través del artículo 268 septies inciso primero, en tanto se cumplan los presupuestos de su punibilidad; sin embargo, el fundamento de la persecución penal de dichos actos a través de ese tipo penal ignorará ineludiblemente el desvalor de conducta que expresa la dimensión comunicativa de dichas acciones.

En otras palabras, el uso del artículo objeto de esta investigación para esa clase de escenarios no tomará en consideración el hecho de que tal protesta incite al odio o a la violencia, sino que, se remitirá al injusto expresado por la dimensión material del ejercicio de dicha protesta. A *contrario sensu* esto nos llevaría al absurdo de que si imagináramos una protesta que cumple con todos los requisitos legales en términos de su convocatoria y realización material, aunque apelara a valores como la superioridad de determinada raza, nos veríamos forzados a admitir que se trata de una demostración de opiniones penalmente legítima (*impune*)<sup>41</sup>.

Lo que queremos dejar en claro es que los problemas de la dimensión comunicativa del derecho a la protesta (referido a la libertad de expresión y sus límites) no deberían ser abordados desde la óptica del 268 septies, pues esto sería equivalente a pasar por alto el verdadero problema, que no consiste en cómo se expresa el mensaje sino más bien el contenido del mensaje mismo. A nuestro juicio, este es un aspecto deficiente de nuestro ordenamiento penal, en tanto, no fija criterios claros para el tratamiento de este tipo de conflictos, ya sea que se manifiesten en protestas, propagandas, u otros medios comunicativos, que sumado a la indiferencia general de nuestro ordenamiento en esta materia, supone un asunto respecto del cual Chile parece no estar al día con los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos<sup>42</sup>. Un ejemplo

---

Mainstreaming hate: The anti-immigrant movement in the US. (2018). Disponible en: [www.adl.org/media/12249/download](http://www.adl.org/media/12249/download)

<sup>41</sup> Con esto no queremos dar a entender que aquellas conductas estén efectivamente penadas en nuestro ordenamiento, pues aquí no existe un figura similar al § 130 del código penal alemán, que sancione conductas de carácter racista o xenófobo. Esto, como se expondrá a continuación, es en nuestra opinión, un defecto de nuestro sistema jurídico.

<sup>42</sup> Menéndez, H., Quintero, M., & Annahí, A. L. E. (2021). Caso N° 17721-2014-1331, que sigue Michael Andrés Arce Méndez en contra de Fernando Mauricio Encalada Parrales, por delito de odio. “Análisis del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, desde las expresiones de odio”.

paradigmático del tratamiento de este problema es el caso de Alemania, donde bajo la sección 86 del StGB se proscribió el uso de simbología anticonstitucional, como la que haga apología al nazismo o al Partido Comunista Alemán (KPD)<sup>43</sup>.

Estas consideraciones nos resultan útiles por cuanto nos permiten marcar un límite claro al derecho a la manifestación, que en base a los orígenes de su configuración normativa, no puede ser debidamente reivindicado en las situaciones recién descritas, ni tampoco pretender su uso al interior de las categorías dogmáticas que en capítulos sucesivos puedan identificarse.

Con todo, la perspectiva de análisis que estará presente en esta investigación radicará en la dimensión material del derecho a la protesta, que se refiere fundamentalmente a la exteriorización de conductas que son realizadas en el marco de una manifestación. Aquí los instrumentos internacionales de derechos humanos que hemos analizado anteriormente, han establecido algunas nociones conceptuales con el fin de resguardar el resto de los intereses en juego, que pueden verse perturbados por el ejercicio de este derecho. Así, lo que se resguarda es la reunión con dos características específicas, a saber, pacífica y sin armas. Dicha clase de reuniones podrá ser restringida en determinados casos a través de la ley, en interés de la seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas y derechos o libertades de terceros.

En relación a las restricciones a este derecho los organismos internacionales de derechos humanos han sido claros en que estas deben cumplir una serie de requisitos; estar expresamente dispuestas en la ley, su objetivo debe ser garantizar fines legítimos, y deben ser necesarias en una sociedad democrática<sup>44</sup>. Este último punto constituye un aspecto deficiente en la legislación de varios países, incluyendo Chile, en cuya regulación constitucional y legal no existe un tratamiento riguroso ni sistemático de las limitaciones al derecho en cuestión. No obstante, por ser esta una

---

<sup>43</sup> Jon Landa, «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva Ley de lucha contra la criminalidad», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, n° 49 (1996), 529-591.

<sup>44</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta y Derechos Humanos, Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*. (2019).

materia digna de un estudio más apegado a los márgenes del Derecho Constitucional, no nos corresponde ahondar más a ese respecto <sup>45</sup>.

Lo que a nosotros nos interesa referente a los límites del derecho a la protesta es, en primer lugar, evidenciar que este derecho interactúa con otros de similar relevancia, por lo que su solución en un caso concreto dependerá del ejercicio de ponderación en consideración de las particularidades del conflicto. Por otro lado, nos propondremos a continuación indagar sobre qué intereses recae esta tensión y como el derecho penal entra a jugar un rol en esta interacción.

### **3.2. La penalización como subconjunto del ámbito de prohibición**

Como se ha señalado anteriormente, las limitaciones nacionales e internacionales al derecho a la protesta se remiten a conceptos generales como orden público, derechos, libertades y bienes de terceras personas. Si bien se trata de conceptos dirigidos principalmente a orientar la regulación normativa del derecho a manifestarse en su dimensión de derecho constitucional y administrativo, podemos a partir de ellos identificar intereses jurídico-penales relevantes, que explican la pretensión presente en algunos ordenamientos jurídicos, en orden a castigar penalmente conductas realizadas en el marco de una manifestación.

En esta misma línea, es necesario poner de relieve un punto sugerido a partir de lo expuesto en esta sección, a saber, que las limitaciones al derecho a la manifestación, y las consecuencias ulteriores que podrían tener lugar al transgredir sus límites pueden tener ocasión en legislación de naturaleza constitucional, administrativa e incluso civil, además de la penal. Lo anterior, en consideración de los diversos espacios de permisividad y prohibición que contemplan los ordenamientos jurídicos, los que entienden a las conductas sancionadas penalmente solo como un subconjunto de aquellas prohibidas, ámbito especialmente restringido en atención a las características y principios limitadores del derecho penal.

Bajo esta perspectiva, queda de manifiesto que el espacio de lo prohibido por el ordenamiento jurídico es mucho más amplio que la esfera de lo efectivamente punible, pues la

---

<sup>45</sup> Para un análisis orientado de forma más sistemática hacia esa problemática, véase Domingo Lovera y Cristián Apiolaza, «Protesta social y Derechos Humanos», *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. (2011), 70.



*no permisividad* no es idéntica al a *punición*. Con todo, esta memoria no tiene por objeto indagar en aquellas consideraciones que tuvo el legislador al momento de elegir la herramienta para sancionar las conductas descritas en el artículo 268 septies, sino que dar cuenta de los márgenes de punibilidad que imprime la teoría del delito a este nuevo tipo penal.

Volviendo a lo que nos convoca, es necesario destacar que las formas de manifestarse en las distintas latitudes del mundo son diversas, sin embargo, las más características son las caminatas y concentraciones en espacios públicos, algunas veces organizadas en torno a presentaciones musicales y/o discursos políticos. Es imposible negar que por más pacíficas que sean estas manifestaciones, implican siempre algún grado de afectación a los derechos de terceras personas ajenas a su realización, pues el solo hecho de concentrarse masivamente en espacios públicos o marchar por las calles de una ciudad, entorpece en mayor o menor medida la circulación de vehículos y transeúntes.

A este respecto la CIDH advierte que el ejercicio del derecho de reunión puede significar distorsionar la rutina usual de funcionamiento cotidiano de las personas, pudiendo incluso llegar a afectar otros derechos que también merecen protección y garantía, como es el derecho de libre circulación. Sin embargo, advierte que estas alteraciones son parte de la mecánica de vivir en una sociedad plural, donde conviven intereses diversos e incluso contradictorios, que deben encontrar un lugar donde expresarse<sup>46</sup>.

En consideración a lo expuesto en párrafos anteriores, y también bajo el prisma de los principios limitadores del *ius puniendi* (especialmente el principio de proporcionalidad), la intervención del derecho penal en contextos vinculados al derecho a la protesta debe quedar doblemente relegada a un ámbito de afectaciones particularmente graves: la intervención penal queda limitada primero por el plano de las conductas permitidas, y luego, dentro del plano de las conductas no permitidas, vuelve a ser limitada por el ámbito de las conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico pero no penadas.

---

<sup>46</sup> CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, párr. 198. Op. Cit.

Así, la criminalización de conductas que pueden ser o no adscritas a formas de manifestación legítimas resulta especialmente compleja, pues opera en un área más estrecha de lo habitual, con el riesgo subyacente de constituir en cualquier momento un acto de criminalización ilegítima de la protesta. Aprovechamos de precisar que no hacemos alusión a la persecución criminal de acciones constitutivas de delitos como lesiones, homicidio o incendio, cuyo desvalor de conducta tiene una relevancia propia e independiente del contexto de protesta en que se pueda realizar, sino que nos estamos refiriendo a la persecución de delitos como, desórdenes públicos y coacciones, ejecutadas en ejercicio del derecho a la protesta. Los bienes jurídicos protegidos por estos tipos penales son discutidos, algunos de estos son la tranquilidad o paz pública, el orden público, la seguridad vial y la libertad.

A continuación, repasaremos brevemente la regulación de estos delitos en el derecho español y alemán, deteniéndonos en lo que ha dicho esta jurisprudencia en relación a la realización de conductas típicas en el marco de manifestaciones o protestas sociales.

### **3.3. Tratamiento de la limitación al derecho a la protesta en legislación comparada**

En el derecho español, la problemática relación entre la protesta social y el derecho penal se ha enmarcado principalmente en torno a dos delitos, al tipo de desórdenes públicos y el de coacciones.

Los delitos de desórdenes públicos se estipulan en el Capítulo 3 del Título XXII (Delitos Contra el Orden Público) del Código Penal Español (Ley Orgánica 10/1995), estableciéndose el tipo básico en el artículo 557, el que sanciona a quienes “actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo”.

Por otro lado, las coacciones se tipifican en el Capítulo 3 del Título VI (Delitos contra la Libertad), en los artículos 172, 172 bis y 172 ter del Código Penal Español (en adelante, CPE), siendo su figura básica la del artículo 172.1 que castiga a quien “sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a

efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto”, consagrando en el artículo 172.3 las coacciones leves como figura residual, consistente en aquellas coacciones fuera de los casos regulados en dicho artículo.

Una sentencia interesante de comentar a este respecto es la emanada de la Audiencia Provincial de Madrid<sup>47</sup> que confirma lo decidido por Juzgado de Instrucción N.º 4 de la misma ciudad, que desestima la concurrencia de los delitos de desórdenes públicos y coacciones en una manifestación ejercida en contra de la vicepresidenta del gobierno español doña María Soraya Sáenz de Santamaría Antón.

La manifestación, que motivó la interposición de una denuncia por parte del marido de la vicepresidenta, consistió en lo que se conoce como “*escrache*” en países como Argentina, Uruguay y España, esto es, una manifestación que consiste en que un grupo de personas se dirige generalmente al domicilio o lugar de trabajo de determinada persona, a la que se denuncia, teniendo por fin que sus reclamos tengan repercusión en la opinión pública.

Así, lo que sucedió en este caso fue una concentración de numerosas personas en el domicilio de doña Sáenz de Santamaría, el día 5 de abril de 2013, con carteles y consignas que reclamaban en contra de la postura tomada por el Partido Popular, al cual ella pertenece, respecto de una iniciativa legislativa que beneficiaba a los afectados por la política de desahucios en procedimientos hipotecarios por cuotas impagas.

Esta actuación a juicio del Ministerio Fiscal configuró el delito de coacciones y de desórdenes públicos. Respecto del primero, este se habría presentado como atentado a la libertad de obrar, particularmente respecto del marido de la vicepresidenta, quien se vio impedido de salir de su domicilio a pasear con su hijo. A la vez, el Ministerio Fiscal también consideró que este delito se cometió respecto de doña Saénz, en tanto la pretensión de los manifestantes sería influir en el voto de un miembro del gobierno, mediante vías de hecho. Respecto de los desórdenes públicos, el Ministerio Fiscal sostiene que este ocurre en cuanto los manifestantes,

---

<sup>47</sup> Audiencia Provincial de Madrid. 16ª sección. Folio 599/13 RT. Auto N.º 81/14. 29 de enero de 2014.

siendo un gran número de personas, ocuparon la calzada impidiendo la circulación normal de vehículos y transeúntes en el sector.

Ambas imputaciones son descartadas tanto por el juez de instrucción en primera instancia, como por los magistrados de la 16ª Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, siendo sus razonamientos de particular relevancia para la presente investigación, en tanto, utiliza la teoría del delito como una herramienta que restringe la potencialidad criminalizadora de ciertos tipos de manifestaciones, a la vez que se pronuncia sobre la colisión de derechos y su solución punitiva.

Respecto del delito de coacciones se señala que el Ministerio Fiscal no debe desatender las exigencias típicas propias de este delito, que requiere, en su faz objetiva una relación medio-fin ente el medio comisivo violento y la lesión de la libertad de actuación, que en todo caso debe ser adecuada o eficaz. Este requisito no se cumple ni en el reclamo de la vicepresidenta ni en el de su marido, pues aquí no se exterioriza una finalidad dirigida a quebrantar la voluntad política de la vicepresidenta, tampoco se puede considerar la actuación de los manifestantes como un medio violento y apto para conseguir dicho fin. Lo mismo sucede con el marido, no existen indicios que indiquen que la finalidad perseguida sea que la familia no pudiera salir de casa, además de no existir en la manifestación violencia contra él ni contra su esposa, en forma directa o indirecta. Profundizan los magistrados explicando que tampoco se presentan los elementos subjetivos del tipo, pues los gritos proferidos y las pancartas levantadas tan solo denunciaban la decisión del Partido Popular de votar en contra de la normativa anteriormente referida<sup>48</sup>.

Respecto del delito de desórdenes públicos, se señala por los magistrados que es cierto que tal concentración de personas debió resultar indudablemente molesta para los vecinos del lugar, sin embargo, en ningún momento representó la calificación de gravedad que requería el artículo 559 en ese momento vigente, además de tampoco verificarse una afectación de tal entidad en la circulación de personas o vehículos<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Ibid. Fundamento tercero.

<sup>49</sup> Ibid. Fundamento quinto.

Finalmente, en relación a la tensión existente entre el derecho a protestar y la posible comisión de delitos en el marco de su ejercicio, los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, expresan que “no parece razonable concluir que, en cualquier caso, un exceso en el ejercicio de un derecho o una eventual afectación a los derechos de otra persona, llevada a cabo por una vía de hecho, constituya per se un delito”<sup>50</sup>.

Esta reflexión es clarificadora en tanto reafirma la utilidad de la teoría del delito como una herramienta adecuada para establecer los límites del ejercicio del derecho a la protesta, los cuales se determinan allí donde se abre un espacio de punibilidad a través de ciertos tipos penales. En efecto, el hecho de que una conducta realizada en el contexto de una manifestación afecte derechos de terceras personas, no la convierte en sí misma en una conducta delictual, pues aunque pueda constituirse como una acción contraria al ordenamiento primario, el carácter de ilicitud penal solo puede atribuirse cuando se satisfagan cada uno de los presupuestos de punibilidad que la teoría del delito ha consagrado, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

En el contexto de la regulación alemana, nuevamente nos encontramos con estos dos delitos que expresarán la relación compleja entre la manifestación y el derecho penal. Así, en la sección 125 del StGB se castiga la figura básica de perturbación del orden público, consistente en intervenir como autor o partícipe en “actividades violentas contra personas o cosas o; amenazas de personas con violencia, que sean cometidas con fuerzas unidas por una multitud de personas de una manera tal que ponga en peligro la seguridad pública o quien influya en la multitud para propiciar su participación en tales actividades”. El delito de coacciones, por otro lado, es tipificado en la sección 240, que sanciona a quien “de manera antijurídica y mediante el empleo de la fuerza o mediante amenazas de inferir un mal considerable obliga a otra persona a realizar, omitir o tolerar una acción”.

Una sentencia representativa del problema que tratamos, pero con una solución diversa a la anterior, es la dictada por la primera sala del Tribunal Constitucional Alemán del 24 de octubre de 2001<sup>51</sup>. Esta afirma la constitucionalidad de la aplicación del delito de coacciones a una manifestación en que los participantes erigen una barrera física, expresando que “el derecho

---

<sup>50</sup> Ibid. Fundamento cuarto.

<sup>51</sup> Sentencia BVerfGE 104, 92 Op. Cit.

de autodeterminación de los portadores del derecho fundamental de la libertad de reunión, referente al fin y al objeto de la reunión, así como al lugar, momento y tiempo de la misma, no abarca también la decisión sobre los perjuicios que deben soportar los terceros, titulares a su vez de los bienes jurídicos con los que chocan”<sup>52</sup>.

En este caso, un grupo de manifestantes medioambientalistas se agolpó frente a la puerta de acceso al terreno en que se construía una planta nuclear. Hasta aquí, la jurisprudencia alemana no consideraría presente el delito de coacción, en tanto, la pura presencia física y el efecto psicológico que de ella se deriva no alcanza a configurar los elementos integrantes de este delito<sup>53</sup>. Sin embargo, estos manifestantes en el marco de su acto de protesta procedieron a encadenarse entre ellos y a la vez con postes que se encontraban a los extremos del acceso al lugar, lo que a juicio del Tribunal Constitucional Alemán constituye un acto de fuerza, un acto de imposición de la voluntad de los manifestantes a terceras personas. Así, los magistrados consideraron que no existe objeción constitucional alguna a que los tribunales penales hayan calificado tal conducta como suficiente para configurar el delito de coacciones.

Nuevamente, aunque con un resultado diverso, vemos como se utiliza la teoría del delito para delimitar los márgenes del ejercicio del derecho a manifestarse: estaremos en presencia de un ejercicio abusivo de este derecho cuando las conductas realizadas cumplan con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la teoría del delito.

La teoría del delito como herramienta que determina el marco legítimo del ejercicio de derechos fundamentales, exige una-revisión minuciosa y estricta de cada uno de sus presupuestos de las conductas delictivas imputadas, esto redundará en la determinación de responsabilidad o irresponsabilidad penal, desde un tratamiento coherente e igualitario, haciendo a un lado los intereses o pretensiones políticas contingentes presentes la promulgación de leyes *ad hoc*, en contextos de grandes revueltas sociales. Esta exigencia de rigurosidad en el uso de los elementos de la teoría del delito, demanda una preocupación especial cuando las conductas criminalizadas se refieren al ejercicio de un derecho tan importante como el derecho de protestar, cuyo contenido, relevancia y el riesgo de criminalización ilegítima, ya se ha descrito en este capítulo.

---

<sup>52</sup> Ibid.

<sup>53</sup> BVerfGE 92, 1

Así, tal como lo hace la jurisprudencia anteriormente citada, resultará crucial determinar qué se entiende por violencia e intimidación en nuestro medio, cuál es el bien jurídico protegido del delito objeto de esta investigación, o cómo el ejercicio del derecho a la protesta puede tener como rol la justificación de la conducta, entre otras cuestiones que procederemos a analizar en lo que sigue de esta investigación.

## **CAPÍTULO II: CONTEXTO NORMATIVO DEL INCISO PRIMERO DEL ARTÍCULO 268 SEPTIES**

### **1. Ley 21.208: Origen, fundamentos y tramitación**

El artículo 268 septies, del cual su inciso primero es objeto de estudio de la presente memoria, tuvo su origen en la rápida respuesta del Congreso Nacional a los acontecimientos inaugurados el 18 de octubre del 2019. Tan solo 38 días bastaron para que un grupo de parlamentarios de la cámara baja presentara una moción que pretendía, en palabras de sus autores, hacer frente a los crecientes fenómenos de violencia pública a través de la modificación del Código Penal<sup>54</sup>.

La moción a la que nos referimos es el Boletín N.º 13090-25, que “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”, presentado por los diputados Miguel Ángel Calisto (Partido Demócrata Cristiano), Gonzalo Fuenzalida (Partido Renovación Nacional), Marcela Sabat (Partido Renovación Nacional), Gabriel Silber (Partido Demócrata Cristiano) y Matías Walker (Partido Demócrata Cristiano).

Este proyecto de ley, tal como mencionamos anteriormente, tenía por objeto hacerse cargo de los crecientes fenómenos de violencia pública que se habrían hecho recurrentes en las manifestaciones sociales inauguradas el 18 de octubre. Lo anterior, mediante la modificación de la descripción típica del delito de desórdenes públicos contenido en el artículo 269, el aumento de su quantum de pena y el establecimiento de una regla concursal que obligaba aplicar esta pena sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder por actos de violencia o amenazas. También se proponía la introducción de un nuevo artículo 269 bis, que contemplaba figuras calificadas del delito de desórdenes públicos, cuya penalidad ascendía hasta presidio mayor en su grado mínimo, además de reiterar la regla concursal anterior, pero ahora referida a actos de violencia, amenazas o robo.

---

<sup>54</sup> Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13636&prmBOLETIN=13090-25>



El modelo en que se inspiraron los legisladores que presentaron esta propuesta es el establecido en el Código Penal Español. Este en los artículos 557 y 557 bis de la Ley Orgánica 10/1995 establece, tal como en el proyecto de ley aquí comentado, la tipificación de un delito base de desórdenes públicos, y a continuación, hipótesis calificadas del mismo. Podemos ver en el cuadro siguiente que la moción parlamentaria básicamente planteó trasladar sin mayores matices la regulación española a nuestro país, en tanto, el artículo 269 propuesto es idéntico al artículo 557.1 del Código Penal Español, a excepción de las penas asignadas. Del mismo modo, el artículo 269 bis presentado a la discusión parlamentaria es igual al artículo 557 bis del Código Penal Español, exceptuando nuevamente las penas asignadas y algunas hipótesis calificadas que los autores del proyecto de ley no incluyeron en la moción.

	Moción Parlamentaria, Boletín 13090-25, Chile	Ley Orgánica 10/1995, España
Tipo Básico	<p>Art. 269.</p> <p>Quienes actuando en grupo o individualmente, pero amparados en él, alteren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio.</p> <p>Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o de amenazas que se hubieran llevado a cabo.</p>	<p>Art. 557.</p> <p>1. Quienes actuando en grupo o individualmente pero amparados en él, alteraren la paz pública ejecutando actos de violencia sobre las personas o sobre las cosas, o amenazando a otros con llevarlos a cabo, serán castigados con una pena de seis meses a tres años de prisión.</p> <p>Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos concretos de violencia o amenazas que se hubieran llevado a cabo.</p> <p>2. Con las mismas penas se castigará a quienes actuaren sobre el grupo o sus individuos incitándoles a realizar las acciones descritas en el apartado anterior o reforzando su disposición a llevarlas a cabo.</p>

	Moción Parlamentaria, Boletín 13090-25, Chile	Ley Orgánica 10/1995, España
Tipo Calificado	<p>Art. 269 bis</p> <p>Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>1. Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.</p> <p>2. Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.</p> <p>3. Cuando se llevaren a cabo actos de saqueo, ya sea previamente concertados o espontáneos y aun, en este último caso, valiéndose de la oportunidad que el tumulto o masa posibilita para actuar.</p> <p>Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pidieran corresponder a los actos concretos de violencia, amenazas o robo que se hubieran llevado a cabo.”</p>	<p>Art. 557 bis.</p> <p>1. Los hechos descritos en el artículo anterior serán castigados con una pena de uno o seis años de prisión cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>1ª Cuando alguno de los partícipes en el delito portare un arma u otro instrumento peligroso, o exhibiere un arma de fuego simulada.</p> <p>2ª Cuando el acto de violencia ejecutado resulte potencialmente peligroso para la vida de las personas o pueda causar lesiones graves. En particular, están incluidos los supuestos de lanzamiento de objetos contundentes o líquidos inflamables, el incendio y la utilización de explosivos.</p> <p>3ª Cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de algunas de ellas.</p> <p>4ª Cuando se llevaren a cabo actos de pillaje.</p> <p>5ª Cuando el autor del hecho se prevaliera de su condición de autoridad, agente de éste o funcionario público.</p> <p>6ª Cuando se lleven a cabo con ocultación del rostro y así se dificulte la identificación de sus autores.</p> <p>Estas penas serán impuestas sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los actos de violencia, amenazas o pillaje que se hubieran llevado a cabo.</p>

El fundamento de la modificación propuesta, sería que la herramienta jurídico-penal con la que se enfrentan los fenómenos de violencia pública, resultaría ineficiente y desactualizada. Se afirma por parte de los diputados autores del proyecto, que el artículo 269 del Código Penal contempla una serie de requisitos que complejizan la posibilidad de que una persona sea efectivamente condenada por cometer aquel delito, entre estos, la necesidad de acreditar una turbación de la tranquilidad pública con el carácter de grave, además de la verificación del fin de la acción: “provocar injuria a una persona particular” o “cualquier otro fin reprobado”. A juicio de estos diputados, al tratarse de una norma relegada prácticamente a la inaplicabilidad, el trabajo preventivo y represivo llevado a cabo por la policía y el Ministerio Público no serviría de nada.

Pese a que el boletín 13090-25 tuvo una rápida tramitación debido principalmente a la presentación de sucesivas urgencias de discusión inmediata por parte del Presidente de la República de aquel entonces, las propuestas y modificaciones de la Cámara de Diputados y del Senado fueron abundantes, tanto así que el texto finalmente convertido en ley dista bastante de la moción parlamentaria que inició su tramitación.

En consideración de lo anterior no resulta extraño que el inciso primero del actual artículo 268 septies no pueda reconocerse de forma clara en la moción que culminó con la dictación de la Ley 21.208. La mayor similitud que identificamos entre lo propuesto y la ley, es la presencia de violencia sobre las personas o cosas, como modalidades del actuar típico, que en todo caso, difiere entre lo originalmente propuesto y lo finalmente promulgado a ese respecto.

Es a partir de la indicación sustitutiva presentada por un grupo de diputados en la Comisión de Seguridad Ciudadana que comienzan a verse algunas formulaciones cercanas al contenido de la actual ley<sup>55</sup>. En esta nueva propuesta, que presentaremos a continuación, se establece un artículo 269 que define el delito de desórdenes públicos a partir de 7 numerales que incluyen diferentes circunstancias, sancionándolas con la pena de reclusión menor en su grado medio a máximo.

---

<sup>55</sup> Informe de la Comisión de Seguridad Ciudadana recaído en el Proyecto de ley Boletín N° 13.090-25 de los diputados Calisto, Fuenzalida, Sabat, Silber y Walker, de fecha 4 de diciembre de 2019.

“Art. 269. Desórdenes públicos. El que en el marco de una manifestación o reunión pública tomare parte activamente en un hecho constitutivo de desorden público será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo.

Para estos efectos constituye desorden público:

1º la paralización o **interrupción** de algún servicio público de primera necesidad, incluidos los servicios hospitalarios, los de emergencia, electricidad, combustible, agua potable, comunicaciones y transporte afectando gravemente su funcionamiento;

2º la ejecución de actos de violencia potencialmente peligrosos para la vida o la integridad física de las personas mediante el lanzamiento de elementos contundentes

3º la destrucción, en todo o en parte, de una vivienda o un establecimiento comercial o industrial, de una oficina pública o privada, o de uno o más vehículos motorizados; la irrogación de daño a objetos de reconocida importancia científica, histórica, artística, cultural o social; o la destrucción o inutilización, en todo o en parte, de uno o más puentes, túneles, semáforos o de otras instalaciones destinadas a la seguridad u ordenación del tránsito público;

**4º el que incendiar objetos o utilizar elementos destinados a impedir coactivamente la libre circulación de las personas o vehículos;**

5º el impedir o dificultar la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas;

6º la invasión coactiva, o con vencimiento de mecanismos de resguardo, de una morada o una oficina, o de un establecimiento comercial, industrial o religioso; y

7º el impedimento mediante coacción de la realización de la manifestación o reunión pública.

Se aplicará siempre el grado máximo de la pena dispuesta en el inciso primero, en los siguientes casos:

1º Cuando los partícipes hayan actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer los hechos punibles a que se refiere el inciso anterior, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo.

2º Cuando alguno de los partícipes en las conductas señaladas en el inciso anterior poseyere o portare un arma u otro instrumento peligroso en los términos del artículo 132, o exhibiere un arma de fuego simulada.

Si un hecho previsto en este artículo mereciere mayor pena bajo alguna otra disposición de este código, se aplicará ésta última”<sup>56</sup>.

De esta formulación original, resulta interesante observar el contenido de las hipótesis N° 1 y N° 4, que de algún modo adelantan el espíritu que queda materializado en la versión final de la iniciativa parlamentaria. En la circunstancia N° 1 podemos identificar el verbo rector del actual tipo del artículo 268 septies, esto es, *interrumpir*. A su vez, el numeral N° 4 nos permite reconocer más elementos del tipo vigente, a saber, el elemento coactivo de la interrupción de la libre circulación de personas o vehículos.

Esta indicación sustitutiva fue objeto de grandes modificaciones en la misma comisión, donde se acordó que el artículo propuesto correspondería a un nuevo artículo 268 septies, dejando intacto y sin modificaciones el artículo 269 del Código Penal. Además, se retira el numeral 6°, se agrega una nueva hipótesis que tomará el lugar del numeral 7°<sup>57</sup>, y finalmente, se hacen algunos ajustes de redacción.

La discusión en la sala de la Cámara de Diputados fue álgida, un sector de los legisladores defendió la propuesta sobre la base de que establecería una línea infranqueable, una frontera clara, nítida y definida, entre quienes se manifiestan pacíficamente y aquellos que valiéndose de estas formas de expresión ciudadana generan hechos de violencia. Otro grupo de legisladores se posicionó de manera crítica a la propuesta emanada de la Comisión de Seguridad Ciudadana, censurando su poca claridad, supuesta ineficacia y falta de proporcionalidad. Finalmente, otros parlamentarios hicieron hincapié en que este proyecto de ley, producto de las modificaciones realizadas, tenía por objeto criminalizar las distintas formas de manifestación social, afectando directamente el derecho de reunión y la libertad de expresión<sup>58</sup>.

El numeral 4° fue mencionado directamente en las intervenciones de varios diputados, los cuales entendían que tal disposición iba directamente dirigida a penalizar el levantamiento de

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> “Cuando se ocuparen o usurparen bienes inmuebles de carácter industrial, comercial o agrícola, sean estos públicos o privados”.

<sup>58</sup> Véase «Historia de la Ley 21.208» en la web oficial de la Biblioteca del Congreso Nacional.

barricadas<sup>59</sup>. Algunos justificaban la penalización de esta conducta en tanto atentado contra la libertad de las personas, mientras que otros, acusaban que a través de este numeral se criminalizaba la protesta de manera ilegítima, opinión que se repitió a propósito del llamado “*el que baila pasa*”<sup>60</sup>, que también se entendió penalizado a través de este número<sup>61</sup>. Finalmente, el proyecto despachado al senado expresaba en lo que nos interesa, lo siguiente:

“Artículo 268 septies.- El que valiéndose de una manifestación o reunión pública tomare parte violenta y activamente en un hecho constitutivo de desorden público será sancionado con reclusión menor en su grado medio a máximo:

Para estos efectos constituye desorden público:

1) Paralizar o interrumpir un servicio público de primera necesidad afectando gravemente su funcionamiento. Se entiende por tal el servicio de transportes, hospitalarios, de emergencia, de electricidad, de combustible, de agua potable y de comunicaciones.

(...)

4) Incendiar objetos o utilizar elementos destinados a impedir coactivamente la libre circulación de las personas o vehículos.

(...)”

La discusión dada en el Senado nuevamente giró en torno la posible criminalización de las manifestaciones sociales que podría conllevar el proyecto, además de sus numerosas deficiencias de técnica legislativa. Por lo anterior, en la discusión particular de la Comisión de Seguridad Pública, el proyecto de ley sufrió sucesivas modificaciones, que fueron cambiando el carácter de la moción original, con el fin de evitar la criminalización de conductas propias del ejercicio del derecho de reunión y manifestación.

Así, el propio nombre del proyecto fue modificado, eliminado las referencias a la alteración de la paz pública, buscando ahora tipificar acciones que atenten contra la libertad de

---

<sup>59</sup> Diccionario de la Real Academia Española, “barricada”.

<sup>60</sup> Dinámica recurrente en las manifestaciones iniciadas el 18 de octubre de 2019, consistente en que personas que interrumpen el tránsito condicionan el paso de vehículos a que el conductor se baje y baile al ritmo de los manifestantes.

<sup>61</sup> Vease en “Historia de la Ley 21.208”, Op.cit

circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios<sup>62</sup>. En efecto, el texto emanado del Senado y que hoy es ley, en lo que a nosotros nos interesa es el siguiente:

“Proyecto de ley que modifica el Código Penal para tipificar acciones que atenten contra la libertad de circulación de las personas en la vía pública a través de medios violentos e intimidatorios, y fija las penas aplicables al saqueo en las circunstancias que indica.

Artículo único.- Introdúcense en el Código Penal las siguientes modificaciones:

1. Agrégase un nuevo artículo 268 septies del siguiente tenor:

Art. 268 septies. El que, sin estar autorizado, interrumpa completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpongan sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por ésta.

(...)

Se puede observar que pese a la opinión mayoritaria de los senadores, en torno a las prevenciones en la redacción del proyecto antes señaladas, se incluyó dentro de la disposición dos hipótesis que fueron denunciadas por un grupo de diputados en el primer trámite constitucional, en tanto criminalizadoras de la protesta, en particular, la instalación de barricadas, y “*el que baila pasa*”. Sin perjuicio de lo anterior, los senadores buscaron restringir la aplicación del tipo a través de la incorporación de otros requisitos, como es la falta de autorización, el carácter completo de la interrupción y la presencia de violencia o intimidación<sup>63</sup>, elementos que serán analizados en el siguiente capítulo, a fin de determinar si los legisladores cumplieron o no su objetivo en torno a restringir el ámbito típico del nuevo delito establecido en el artículo 268 septies inciso primero.

---

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid.

## 2. Críticas de organizaciones internacionales de Derechos Humanos

Como era de esperarse, las múltiples inquietudes y controversias evocadas por la discusión en torno al tipo penal que pasaría a conformar el inciso primero del artículo 268 septies, no estuvieron reclusas exclusivamente al ámbito de la discusión parlamentaria ni concluyeron con la tramitación legislativa. Muy por el contrario, las opiniones (en su mayoría, de censura) en torno al tipo penal, escalaron de forma irremisible. Dichas opiniones, dirigidas desde distintos espacios, postulan reproches cuyo eco -como veremos más adelante- sigue en boga hasta el día de hoy.

Conviene, por lo tanto, dar cuenta de algunas de las críticas más trascendentes en el plano de las supuestas inconsistencias materiales del tipo penal en cuestión, a saber, aquellas postuladas desde organismos de Derechos Humanos. El breve repaso de estas consideraciones nos permitirá examinar más en concreto algunos de los puntos antes expuestos de forma general, a propósito del derecho a la protesta y el fenómeno de su criminalización. De este modo, podremos establecer concordancias y extraer elementos interesantes a la hora de construir criterios interpretativos e intelectivos del delito en estudio.

Sin lugar a dudas, son los hechos ocurridos con posterioridad al Estallido Social de octubre de 2019 los que despiertan y movilizan la preocupación de las organizaciones internacionales de DDHH por la situación de Chile, pues en atención a los graves momentos que el país atravesaba, surgía la impostergable exigencia de observar de cerca el actuar de los poderes del Estado, en miras a prevenir (y eventualmente, condenar) posibles violaciones a derechos fundamentales de la población, conforme se hacía más evidente el malestar y descontento social expresado en las calles.

En un primer momento, -antes de que se diera inicio a la tramitación del proyecto que se convertiría en la Ley 21.208- los principales reparos esbozados por las organizaciones de DDHH en atención a la delicada situación política y humanitaria en Chile, transitaban únicamente en el campo de los excesos policiales y militares en el uso de la fuerza pública durante el desarrollo de las manifestaciones<sup>64</sup>. A nivel nacional, como muestra de esta preocupación,

---

<sup>64</sup> A propósito de esta materia, destaca por su exhaustividad el informe de Human Rights Watch, donde se detallan prácticas de agentes del orden que -alejadas de los estándares internacionales- quebrantaron la libertad civil y la



podemos señalar la labor del INDH, cuyos esfuerzos por la protección de los DDHH puede verse materializado en la interposición de más de 2.500 querellas en contra de miembros de las fuerzas de orden desde octubre de 2019<sup>65</sup>.

En paralelo a aquellos canales de intervención humanitaria llevada a cabo por organizaciones tanto nacionales como internacionales en promoción de los derechos fundamentales, podrían mencionarse otros, como la relevancia que cobró la presunta responsabilidad de funcionarios de alto rango ante la Corte Penal Internacional, regulada en la Ley 20.357, normativa que “tristemente, a raíz de los hechos ocurridos durante las protestas de octubre de 2019, se ha vuelto especialmente actual, gatillándose las primeras presentaciones de querellas invocando ese cuerpo normativo, incluyendo, específicamente, la responsabilidad de los superiores”<sup>66</sup>. No obstante, las críticas y objeciones al manejo de la crisis social y política por parte de los órganos del Estado, alcanzan un nuevo horizonte conceptual con la aparición del boletín 13090-25 de 25 de noviembre de 2019, mediante el cual se dota de contexto legislativo a posturas y agendas ya de por sí vistas con mirada dudosa por parte de algunas organizaciones.

Podemos apreciar que las críticas son formuladas en una etapa muy temprana de la concepción legislativa de aquella propuesta, hecho que ciertamente da cuenta de profundos desacuerdos estructurales con la idea de la necesidad de legislar penalmente en esta clase de materias, considerando los peligros de criminalización arbitraria o excesiva en el contexto de actos de protesta y revuelta social. Como podrá observarse, no sería complicado establecer concordancias entre las opiniones esbozadas por parte de organismos de DDHH respecto de la Ley 21.208 y algunos de los planteamientos antes localizados a propósito del fenómeno de la criminalización de la protesta.

---

integridad física y sexual de múltiples víctimas. Disponible en: <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>.

<sup>65</sup> Toda las estadísticas relativas a la labor del INDH se encuentra disponible en: <https://www.indh.cl/archivo-de-reportes-de-estadisticas/>.

<sup>66</sup> Sabrina Perret, “La responsabilidad penal del superior por los delitos de sus subordinados cometidos en dictadura. Jurisprudencia nacional y aspectos de derecho penal internacional y comparado”, en *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos* (Santiago: Editorial Thomson Reuters, 2021), 443-485.

Tras observar el desarrollo de la aguda crisis social y política chilena, y sumándose a los llamados de denuncia a las violaciones de derechos humanos, el 25 de Octubre la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, ACNUDH) anuncia su visita en terreno a Chile con el objetivo de evaluar la situación en torno a los derechos humanos y las eventuales violaciones a estos mismos que se estuvieran produciendo en nuestro país. La misión de la ACNUDH finaliza tan solo 5 días antes de que se presente la moción parlamentaria que dará origen a la Ley 21.208, sin embargo, como el mismo informe sugiere al referirse a sus condiciones procedimentales, tuvo en cuenta eventos posteriores a esa fecha, respecto de los cuales la ACNUDH recibió información.

La delegación estuvo en nuestro país entre los días 30 de octubre y 22 de noviembre de 2019, y su visita culmina con la publicación de un “Informe Sobre La Misión a Chile”<sup>67</sup>, en el cual, tras un exposición en detalle de la situación observada, se otorgan 21 recomendaciones al Estado de Chile, entre las cuales se señala: “Adoptar medidas para asegurar que el derecho penal no se utilice de ninguna manera para restringir a quienes ejercen sus derechos a reunirse pacífica y libremente. Las autoridades deben abstenerse de dichos que puedan, de alguna forma, criminalizar la protesta”<sup>68</sup>.

Desde este mismo organismo, conforme el proyecto de ley iba tomando una forma más definida, los cuestionamientos se hicieron más claros y directos. Ejemplo de aquello es que Jan Jarab, Representante Regional para América Del Sur de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en carta enviada el 15 de enero de 2020 a la cámara baja, expresa la preocupación de la ACNUDH ante la naturaleza y alcance que se le estaba otorgando al Proyecto impulsado por el Boletín N.º 13090-25.

En su sentido más general, las críticas se enfocaron en que no obstante “la necesidad de adoptar estrategias y medidas de distinta índole para prevenir actos de violencia y saqueos [...]”

---

<sup>67</sup> ONU, *Informe sobre la misión a Chile*, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, (2019). Disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/CL/Report\\_Chile\\_2019\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf)

<sup>68</sup> *Ibid.*, 34.

la respuesta a los movimientos sociales debe enfocarse principalmente en el diálogo”<sup>69</sup>, dejando en claro que “la utilización del derecho penal debe ser siempre la *ultima ratio*”<sup>70</sup>. Las inquietudes transmitidas por el Representante Regional de la ACNUDH adoptan un matiz incluso más específico cuando se trata de comentar el apartado número 1 del artículo único del entonces proyecto, que pasaría a convertirse en el actual artículo 268 septies introducido al Código Penal. Al respecto, la misiva recalca que:

“Según los mecanismos de protección de derechos humanos del sistema de Naciones Unidas, la mera obstrucción de circulación de las personas o vehículos no debe ser motivo para la dispersión de una protesta, ni tampoco para la criminalización de los participantes [...] Por definición, el derecho a la reunión pacífica no se ejercerá de forma violenta. En este contexto, la “violencia” siempre entraña que los participantes hagan uso de fuerza física que pueda resultar en lesiones o fallecimiento o daños graves a la propiedad. La mera perturbación de la circulación del tráfico o de los peatones o de las actividades cotidianas no equivale a violencia”<sup>71</sup>.

Esta crítica resulta especialmente interesante por cuanto no se limita a cuestionar la iniciativa legislativa desde el punto de vista de su idoneidad político-criminal o su compatibilidad con los estándares internacionales de Derechos Humanos, sino que además entrega algunas claves para entender la extensión jurídica del derecho de manifestación y sus límites en relación al concepto de violencia, asunto que -debido a la propia terminología introducida por el artículo en estudio- deberá ser estudiado con mayor profundidad en capítulos ulteriores.

Las observaciones internacionales en torno a la situación humanitaria y el panorama legislativo chileno no terminarían ahí, pues en enero de 2020 nuestro país recibiría una nueva visita, esta vez por parte de una comitiva en representación de la CIDH, que tras la culminación de su visita también dedicaría algunas palabras a modo de observaciones preliminares referidas al polémico proyecto de ley. Así, en su recomendación número 16 sostiene que:

“La aprobación de nuevas figuras penales que puedan afectar los derechos vinculados a la protesta social, deben estar formulados sin ambigüedades, en términos

---

<sup>69</sup> Para más información revisar la carta enviada a los Honorables Diputadas y Diputados de la República por Jan Jarab, Representante Regional para América Del Sur de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 15 de enero de 2020.

<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

estrictos, precisos e inequívocos, de modo tal que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos sancionables”<sup>72</sup>.

### 3. Boletín 14000-07: Hacia una eventual derogación

El malestar que el tipo penal en estudio ha despertado -desde luego, más intenso en ciertos segmentos del espectro político- queda evidenciado si se atiende al hecho de que, hasta el momento, las posturas que apuntan a su completa derogación han dado origen, en el seno de Congreso Nacional, a dos proyectos de ley distintos e independientes entre sí. Sendas propuestas brotan de la idea de que esta norma es inadecuada en el contexto normativo penal debido a su potencial criminalizador de conductas asociadas con un sano y libre ejercicio del derecho a la manifestación, no obstante, los proyectos difieren tanto en la extensión de su contenido como en su expectativa y pronóstico legislativo.

Prueba de que el inciso primero del artículo 268 septies del código penal fue observado con suspicacia desde sus primeros pasos, es que no habían transcurrido siquiera dos meses desde su publicación cuando aparece el primer proyecto de ley en búsqueda de su derogación. Nos referimos al Boletín 13290-07 del 11 de marzo de 2020, proyecto que “Modifica el Código Penal, para derogar el artículo 268 septies, que incorporó el delito de interrupción de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública”<sup>73</sup>. Dicha moción, encabezada por 10 diputados de diversos partidos de izquierda, hace explícito en sus fundamentos que “la norma legal promulgada tuvo un objetivo diferente al que originalmente se propuso: criminalizar las manifestaciones, creando un régimen penal desproporcionado para castigar a las personas que salen a las calles a protestar”<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> OEA. *CIDH culmina visita in loco a Chile y presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares* (2020). Disponible: <https://www.oas.org/wearesorry.htm>.

<sup>73</sup> Proyecto de Ley, Boletín 13.290, del 11 de marzo del 2020, que *Modifica el Código Penal, para derogar el artículo 268 septies, que incorporó el delito de interrupción de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública*, que tiene como autores a los Diputados Barrera, Girardi, Gutierrez, Hirsch, Mix, Mulet, Nuyado, Nuñez y Yeomans. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=13834&prmBOLETIN=13290-07>

<sup>74</sup> Ibid.

Pese a que los antecedentes presentados a lo largo del proyecto no dejan de revestir cierto interés, no pareciera adecuado detenernos latamente en su análisis, esto debido a que ya sea por su excesiva prematuridad o por su mal momento legislativo (ad-ventas de la pandemia), la iniciativa allí contenida no prosperó más allá del primer trámite legislativo, y se encuentra actualmente estancada en el congreso.

Otro podría ser el escenario que se avecine a propósito del segundo proyecto de ley presentado en esta misma línea; nos referimos a la propuesta legislativa contenida en el Boletín 14000-07, cuya aparición sucede casi con un año de diferencia, el 11 de enero de 2021, y cuya amplitud se presume mayor con la sola lectura de su título, que lo califica como proyecto que “Deroga la Ley de Seguridad del Estado, y las disposiciones del Código Penal que consagran la ley antibarricadas y el control preventivo de identidad”<sup>75</sup>.

En este sentido, dicho proyecto se nos presenta como un conjunto de iniciativas derogatorias que apuntan a una reforma más o menos estructural de nuestro sistema normativo penal en materia de seguridad pública y su relación con determinados derechos fundamentales. En esta línea, y refiriéndose ya específicamente al tipo penal objeto de esta investigación, el proyecto señala que:

“ (...) la figura típica del artículo 268 septies del Código Penal resulta lesiva del derecho a reunión, toda vez que al establecer una sanción penal para todos aquellos casos de interrupción de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, y más aún, elevar la sanción penal si ello se da en un contexto de calamidad o desorden público, esto es, una protesta, produce el efecto de prohibir conductas que se dan en el ámbito del ejercicio del derecho a reunión”<sup>76</sup>.

Siendo conscientes de que la materialización de una eventual derogación haría imposible que este trabajo se libre por completo de desagradables trazas de anacronismo en muchas de sus partes, cabe simplemente señalar que muchos de los juicios expuestos hasta aquí, así como gran parte de las consideraciones que se expondrán en los capítulos que vendrán a continuación,

---

<sup>75</sup> Proyecto de Ley, Boletín 14.000-07, del 11 de enero del 2020 que *Deroga la Ley de Seguridad del Estado, y las disposiciones del Código Penal que consagran la ley antibarricadas y el control preventivo de identidad*, de los Diputados y Diputadas Barrera, Brito, Crispi, Girardi, Jackson, Mix, Nuyado, Orsini y Pérez, Catalina. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14567&prmBOLETIN=14000-07>

<sup>76</sup> Ibid.

tienen la pretensión de trascender el plano de la exégesis normativa determinada exclusivamente a los contornos de esta norma en particular. Ello pues tanto las herramientas analíticas como las conclusiones que puedan extraerse a propósito del derecho a la manifestación en facetas vinculadas a la tipificación de conductas estrechamente vinculadas a su ejercicio, pueden extrapolarse en su análisis a ejercicios ulteriores en circunstancias análogas que -dado la contingencia global de estos fenómenos- no tardarán en aparecer.

De esa manera, si atendemos al famoso adagio que asegura que después de tres palabras del legislador, bibliotecas enteras de derecho se pueden ir a la basura, cabría esperar que se salvaran algunos planteamientos generales que, tal y como se mencionó en las primeras secciones de este trabajo, está todavía en constante desarrollo y en búsqueda de su equilibrio jurídico.

## CAPÍTULO III: TIPICIDAD

### 1. Concepto y función dogmática

Como hemos señalado anteriormente, la punibilidad de una conducta determinada solo podrá ser sostenida con seguridad una vez que se acredite el cumplimiento de cada una de las categorías que la evolución de la dogmática penal ha consagrado al interior de la teoría del delito. En este sentido, la primera barrera que una conducta punible debe franquear es la de tipicidad, concepto que puede ser entendido como la cualidad de que determinada conducta se encuentre incluida descriptivamente dentro de un tipo penal.

Por su parte, la categoría de “tipo penal” puede ser conceptualizada como la descripción general de una conducta prohibida que el legislador estampa en la ley, para individualizar los actos que pueden ser constitutivos de delito<sup>77</sup>. El tipo, está compuesto de elementos objetivos y subjetivos, que constituyen la materia de la prohibición. Al interior de la doctrina, son múltiples las funciones atribuidas al concepto de “tipo penal”, una de ellas es la función de garantía, plasmada en el artículo 19 N.º 3 inciso final de la Constitución Política de la República, que señala que: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”. A partir de lo anterior, la conducta prohibida descrita en la ley debe cumplir con ciertas exigencias de claridad y precisión que aseguren que la persecución penal no sea arbitraria o antojadiza, lo cual puede suceder cuando resulta impulsada por intereses políticos contingentes.

La tipicidad, como elemento de la teoría del hecho punible, encuentra fundamento dogmático en la importancia jurídico-penal del principio *nullum crimen sine lege*, sobre el cual establece sus cimientos; en ese sentido, que una conducta sea típica “significa que, en cumplimiento del principio de legalidad, ha de estar previamente definida como delito en un tipo penal [...] por eso se dice que la tipicidad cumple una función garantizadora.”<sup>78</sup>. En otras palabras, como trasfondo fundamental del concepto de tipicidad se ubicaría el principio de legalidad, y sus correlativas exigencias de concreción y taxatividad.

---

<sup>77</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 2da Ed (Buenos Aires: Ediar, 2006).

<sup>78</sup> Juan Bustos y Hernán Hormazábal, *Lecciones de derecho penal. Volumen I* (Madrid: Editorial Trotta, 1997), 143.

Como señalamos, las funciones dogmáticas atribuidas a la tipicidad por parte de la doctrina son múltiples, y a modo de síntesis, podemos mencionar las siguientes:<sup>79</sup> una función sistemática (mediante la cual organiza y clasifica elementos de la parte especial conforme a criterios generales), una función criminológica (reflejo de su capacidad realizadora del principio de legalidad, en el que opera como elemento de garantía que marca nuestro sistema punitivo como un derecho penal del hecho y no del sujeto), y una función dogmática autónoma (relacionada con la exclusión del dolo en circunstancias de desconocimiento de los componentes típicos). A dichas funciones del concepto de tipicidad, además de la ya mencionada función de garantía (que consecuentemente, rechaza el recurso a tipos penales abiertos), otros agregan funciones extras, como el componente de motivación (los mandatos impuestos por el tipo reflejan un mensaje orientador hacia la convivencia pacífica y civilizada), y el indiciario (no obstante el delito requiere la configuración de los ulteriores requisitos de antijuricidad y culpabilidad, la tipicidad es un indicio de injusto)<sup>80</sup>.

La impronta garantista de la tipicidad, lejos de ser una característica recientemente atribuida a dicho concepto jurídico, se encuentra en la base del sistema de la teoría del delito, constituyendo uno de los primeros focos de investigación en aquella respectiva materia. Esto queda en evidencia si se atiende a las características que Ernst von Beling, quien introdujera las bases dogmáticas para el estudio del tipo como elemento de la teoría del delito moderna, atribuye a dicho concepto:

“De esta manera, puede afirmarse que la teoría del delito-tipo representa, desde el punto de vista jurídico político, una garantía de rango constitucional toda vez que no puede incoarse un proceso penal y una condena, sino tomando como base el delito objeto del proceso y notificado a la parte interesada, cuya defensa se ha elaborado en función del hecho típico planteado en la acusación”<sup>81</sup>.

Podría presumirse que el análisis de tipicidad de la norma descrita en el artículo 268 septies se agotaría en ser un presupuesto necesario para el posterior examen en los niveles de la

---

<sup>79</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago: Thomson Reuters, 2015).

<sup>80</sup> Gonzalo Quintero Olivares, “La tipicidad penal”, en *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena* (España: Tirant lo Blanch, 2018), 47-52.

<sup>81</sup> Ernst Von Beling, *Esquema de derecho penal: la doctrina del delito tipo* (Buenos Aires: El Foro, 2002), 310.



antijuricidad y culpabilidad, sin embargo, el análisis que proponemos ahondará en diversos problemas de la descripción típica, algunos de los cuales fueron mencionados en la tramitación legislativa de la ley que introdujo el mentado artículo, los cuales despiertan discusiones interesantes desde el punto de vista de la punibilidad de conductas paradigmáticamente entendidas como formas de manifestaciones sociales de protesta

## **2. Bien jurídico**

### **2.1. Concepto e importancia**

Toda indagación referente al ámbito de tipicidad de una norma, debe tomar en cuenta el trasfondo tutelar de la regulación penal, siempre orientada hacia la protección de determinados valores jurídicos, consumados en la idea de bien jurídico. Dicho criterio fundamental, que atraviesa casi la totalidad de la literatura jurídico-penal, resulta crucial para explicar el elemento material del delito, y es determinante hasta el punto de que el que la lesión del respectivo bien jurídico, es considerado como fundamento y presupuesto de la punibilidad contenida en la norma<sup>82</sup>. Frente a la inabarcable abundancia de definiciones esbozadas por la doctrina en relación a la esencia y las propiedades del concepto de bien jurídico, portadoras de visiones más o menos heterogéneas, optaremos por aquella que se circunscribe a las características más elementales de la noción. En este sentido, un bien jurídico es sencillamente “todo estado social deseado que el derecho quiere asegurar contra lesiones”<sup>83</sup>.

La cuestión del bien jurídico subyacente a la norma nos interesa porque su correcta y precisa identificación no solo nos permitirá determinar con nitidez los contornos del tipo penal en estudio (facilitando así su clasificación sistemática al interior de la parte especial), sino que también nos ayudará a especificar los márgenes de la acción punible, moldeada y circunscrita a los valores jurídicos subyacentes a la norma.

En otras palabras, si partimos de la base de que “la naturaleza o significación de cada bien jurídico determina la manera en la que puede ser ofendido o dañado, y variará según se trate

---

<sup>82</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit.

<sup>83</sup> Hans Welzel, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Roque de palma, 1956), 6.

de bienes tangibles y materiales o intangibles y espirituales”<sup>84</sup>, la correcta identificación del bien jurídico protegido mediante el inciso primero del artículo 268 septies nos permitirá comprender el espacio de conductas sancionadas por la norma y la forma en que se verifican.

Esta materia resulta de especial relevancia en esta investigación debido a que, como se expondrá a lo largo de este apartado, parece haber una cierta vaguedad dogmática en relación a los límites de protección del tipo penal del artículo 268 septies, es decir, en torno al bien jurídico resguardado mediante su incorporación a nuestro sistema penal. La tesis que se sostendrá es que dicha vaguedad responde a una naturaleza dual del tipo (que lo califica como un delito pluriofensivo), resultado directo de decisiones plasmadas en la técnica legislativa escogida

## **2.2. Algunas particularidades de la dualidad del tipo**

De una lectura imparcial y aséptica del tipo penal en cuestión, la primera impresión nos orienta a pensar acerca de los derechos de las personas involucradas en la imposibilidad de circular ante la interrupción contenida en la acción típica. Aquello, desde luego, conduce hacia la identificación del bien jurídico de *la libertad individual*, coherente con un tipo penal de coacciones. No obstante, una valoración de la norma en todas sus dimensiones (referida tanto a su ubicación sistemática en el código como a su contexto de producción, reflejado en la historia de la ley) no podrá sino evocar componentes de un tipo penal que apunta a la seguridad ciudadana, y que por lo tanto, se estructura sobre la base del resguardo al bien jurídico *orden público*.

Sostenemos que esta dicotomía (aparentemente confusa) se explica racionalmente en atención a la naturaleza de los bienes jurídicos involucrados, y más precisamente, al concepto de orden público. La especial situación de este último concepto hace pertinente elaborar algunas consideraciones doctrinarias respecto de él, fundamentalmente referidas a su estatus como bien jurídico y a las dificultades doctrinarias que ha atravesado en las últimas décadas. Es posible señalar que a propósito de esta materia la doctrina ha desarrollado notables contribuciones, que en nuestra opinión, dan cuenta de un fenómeno de cuestionamiento a la idea de orden público, volviéndolo un concepto cada vez más complejo e inestable.

---

<sup>84</sup> Gonzalo Olivares, *La tipicidad penal*, Op. Cit.

De esta manera, sostenemos que la naturaleza híbrida del artículo 268 septies es uno de sus elementos característicos (desde el punto de vista de su composición típica) y con el objeto de clarificar su ámbito de protección, quisiéramos aportar observaciones que den cuenta de la racionalidad de los procesos que llevaron a la configuración de su actual estructura tutelar. Al tomar postura sobre esta materia, sostenemos que estamos ante un proceso perfectamente inteligible (y por lo tanto, rastreable), mediante el cual el legislador construye una norma de orden público o seguridad ciudadana tratando de evadir algunos de los clásicos inconvenientes que yacen en la estructura dogmática de dicha clase de delitos. Esto lo logra mediante el recurso a la forma jurídico penal del delito de coacciones, tipo penal que protege un bien jurídico individual (de mayor determinación) y escapa por lo tanto de las dificultades de la abstracta noción de orden público.

Con esta intención, expondremos las principales críticas a la categoría de orden público, los cuales se ordenarán en dos segmentos, diferentes pero no opuestos. Por una parte, al presentar y definir el concepto de orden público, tendremos ocasión de reseñar algunas de sus críticas más extendidas, referidas principalmente a la indeterminación conceptual de su noción como bien jurídico. Dichas críticas se elaboran desde una perspectiva que podría ser llamada *externa*, pues más que al concepto en sí, se refieren a su uso en distintos ámbitos y contextos. Por otra parte, añadiremos críticas de carácter más bien *interno*, que desde un punto de vista dogmático, ponen de relieve inconsistencias del orden público como categoría jurídica, y cuestionan su naturaleza tutelar.

### **2.3. Orden público, un concepto esquivo**

Conceptos como el de orden público, aprovechados y reutilizados hasta su virtual disipación en las más variadas épocas y contextos, corren el riesgo de caer en la irrelevancia producto de su pérdida de sentido o referencia, o lo que es peor, verse transformados en un comodín argumentativo utilizado indistintamente por quien solo quiere validar sus posturas en torno a la seguridad ciudadana o política criminal<sup>85</sup>. Por esta razón, en el intento de entregar referencias

---

<sup>85</sup> A esta indeterminación propia del término, se le suma la dificultad que supone el uso del orden público al interior de diferentes ramas del derecho, que dotan al concepto de distintos matices y funciones. Esto sucede notablemente

fiables de esta idea clave, recurriremos tanto a fuentes nacionales como extranjeras, que situadas en su debido contexto, nos permitirán formar una idea más acabada del concepto de orden público y sus implicancias.

En el plano de la doctrina penal española, los comentadores han tenido que lidiar una orgánica legislativa en la que el orden público se utiliza para clasificar los tipos del Título XXII del Código Penal Español (“delitos contra el orden público”), que incluye delitos como la «sedición» y «el atentado y resistencia grave». Algunos han esbozado concepciones “legalistas” del término, que lo igualan al concepto de ordenamiento jurídico y su preservación<sup>86</sup>. Muñoz Conde aboga por una concepción acotada y específica de orden público, con el afán de no dar pie a un concepto que se extienda infinitamente hasta perder definición y utilidad: “Una concepción amplia del orden público puede abarcar, sin embargo, prácticamente todos los delitos tipificados en el Código penal, además de otros muchos actos no delictivos, con lo que su valor sistemático es casi nulo. [...] existe otra más restringida que lo refiere a la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”<sup>88</sup>.

Por su parte, la doctrina constitucional de ese país también ha esbozado múltiples definiciones del término, algunas sobre bases historiográficas (apuntando a los orígenes decimonónicos del término)<sup>89</sup>, y otras destacando su rol en la coexistencia nacional: Fernando Sainz Moreno lo identifica como el conjunto de reglas mínimas y esenciales para la convivencia armónica de la comunidad<sup>90</sup>. Desde dicho ámbito constitucional se han construido múltiples reparos a la noción, los cuales, en nuestra opinión, quedan precisamente condensados en la opinión del Tribunal Constitucional Alemán, que a propósito de este concepto señala: “Contrariamente al concepto de seguridad ciudadana, que abarca bienes jurídicos centrales y en

---

en el Derecho Civil (art. 880, 1461, 1467 del Código Civil, entre otros), aunque también puede apreciarse en otras áreas o disciplinas jurídicas.

<sup>86</sup> Diego López Garrido y Mercedes García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador* (Madrid: 1996).

<sup>87</sup> Esta interpretación parece ser más propia de un ámbito privatista, en nuestro país es defendida por cierta doctrina civil, que señala el orden público es “un concepto mucho más exacto y significa lo que está conforme a ese espíritu general de la legislación a que se refiere el art. 24 del Código Civil”. Para más referencia al tema vease Carlos Ducci Claro, *Derecho Civil, parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995).

<sup>88</sup> Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*. (Tirant lo blanch, 1993)

<sup>89</sup> Lorenzo Martín-Retorillo Baquer, “Notas para la historia de la noción de orden público”, en *Estudis i recerques. Policia y Constitución. Serie Protección ciudadana* n.º 1. (Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona, 1987)

<sup>90</sup> Fernando Sainz Moreno, Orden público económico y restricciones de la competencia, en *Revista de Administración Pública* n.º 84 (1977), 604.

el cual el Tribunal Administrativo Superior se ha apoyado principalmente, el concepto de orden público es de tal extensión que no puede constituir una barrera del ejercicio permisivo de los derechos fundamentales sin más”<sup>91</sup>.

En el ámbito de la doctrina constitucional nacional, más entusiasta ha sido el tratamiento de una de las derivaciones de este concepto, a saber, el orden público económico, cuyo desarrollo ha sido extenso y detallado<sup>92</sup>. Sin embargo, a propósito de la noción de orden público, considerada a secas, se ha afirmado que “la doctrina constitucional señala que el Orden Público es una noción que se refiere al funcionamiento normal de las organizaciones e instituciones públicas y privadas, y que permite el desenvolvimiento seguro o previsible de la convivencia”<sup>93</sup>.

Por su parte, Silva Bascuñán ha tenido la oportunidad de referirse en diversas oportunidades a este concepto. En una de las primeras referencias a la noción de orden público dentro de su obra, identifica este último concepto con “la tranquilidad que resulta del respeto de la ordenación colectiva, manifestado en el correcto ejercicio de la autoridad pública moviéndose dentro de su respectiva órbita y en el fiel cumplimiento por los gobernados de las órdenes por ella impartidas”<sup>94</sup>.

Sin embargo, en ocasiones posteriores se limita a remitirnos a una definición extraída del diccionario de la Real Academia Española, que identifica el Orden Público con una “situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen sus atribuciones propias y los ciudadanos las respetan y obedecen sin protesta”<sup>95</sup>. Esta última frase, además de otorgar sugerentes conclusiones, evoca consideraciones cruciales para comprender la complicada relación entre orden público y las expresiones de descontento ciudadano materializadas en diversas formas de manifestaciones.

---

<sup>91</sup> BVerfGE 69, 315.

<sup>92</sup> José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno, tomo II*; donde no se puede encontrar una definición precisa de orden público, tratamiento exiguo en comparación con el capítulo completo dedicado a la (entonces reciente) noción de orden público económico.

<sup>93</sup> Alberto Cuéllar, El tipo penal de desórdenes públicos en Chile frente al derecho de reunión ya la libertad de expresión en el marco del derecho de manifestación, en *Justiça do Direito*, 31 (1997), 603-620

<sup>94</sup> Antonio Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo V* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 90

<sup>95</sup> *Ibid*, 243.

Finalmente, en un estado más sofisticado de su exposición, este autor llega a la conclusión de que el concepto en estudio “se relaciona con aquel ambiente de tranquilidad y paz que ha de prevalecer en la sociedad para asegurar el buen desenvolvimiento de las distintas actividades que se desarrollen en su seno”<sup>96</sup>.

Por otra parte, y visto desde una óptica más cercana al derecho penal, la doctrina ha extraído algunas anotaciones importantes en torno a este concepto y sus connotaciones. El profesor Van Weezel, en su célebre informe en derecho sobre el tipo penal de desórdenes públicos<sup>97</sup> (Art. 269 del Código Penal), da cuenta de las connotaciones negativas que arrastraba el concepto de orden público tras la incorporación de la norma en cuestión que, extraída casi idénticamente desde la ley penal española, corría el riesgo de traer consigo la desagradable connotación política que tal noción ostentaba en la península ibérica, donde se asociaba con formas leves de insurrección política. A propósito del elemento con el que carga, se ha dicho respecto de esta norma que “Se puede afirmar incluso que el trabajo dogmático sobre ella ha consistido, en gran medida, en el intento de aislar todo lo posible el tipo de su dimensión política, precisamente en aras de evitar la criminalización del ejercicio de derechos ciudadanos”<sup>98</sup>.

#### **2.4. Críticas dogmáticas**

En lo que a sus elementos dogmáticos se refiere, el orden público representa un bien jurídico colectivo, y dentro de aquella misma categoría, forma parte de una constelación especial de bienes jurídicos no reconducibles a categorías más generales de clasificación. La naturaleza especial de los bienes jurídicos colectivos resulta particularmente acentuada en el estudio del orden público como valor de protección jurídica, lo cual puede ser evidenciado a través de la singular disociación existente entre el contenido abstracto y los cursos de acción concretos materializados en los objetos de la acción.

---

<sup>96</sup> Antonio Silva Bascuñán, *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo XII* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 247.

<sup>97</sup> Alex Van Weezel, *Estructura y alcance del injusto típico del delito de desórdenes público* (2012), 99-137

<sup>98</sup> *Ibíd.*, 107.

Desde este punto de vista, son aplicables (por extensión) al orden público las críticas clásicamente esbozadas en detracción de la categoría de bienes jurídicos colectivos, que como pertenecientes a la rama de delitos de peligro, propiciarían un derecho penal del riesgo susceptible de instrumentalización política y en constante tensión con principios limitadores del *ius puniendi* como es el principio de proporcionalidad<sup>99</sup>. Por su parte, reconociendo la imposibilidad práctica del abandono de total de las categorías de peligro abstracto, Khulen nos propone el manejo de un esquema clasificatorio más extenso, capaz de abarcar con mayor precisión las distintas configuraciones normativas de los tipos penales, incluyendo el uso de la categoría de los delitos de aptitud, como una subcategoría al interior de los delitos de peligro<sup>100</sup>.

En el intento de aproximarnos a la naturaleza de los bienes jurídicos colectivos, cabe establecer, aunque sea de manera muy abstracta y preliminar, que reconocemos un bien jurídico colectivo porque este sirve a la colectividad, aunque este no sea el único elemento por considerar a la hora de comprender su estructura. En este sentido, Hefendehl identifica, al interior del aspecto de bienes jurídicos colectivos, una división clasificatoria entre aquellos bienes jurídicos orientados a la (i) protección de ámbitos de libertad para los individuos, en contraste con (ii) aquellos dirigidos a la protección de condiciones marco del Estado<sup>101</sup>. Siguiendo los postulados de la doctrina más tradicional, los bienes jurídicos protegidos en los delitos de alteración de la paz u orden público se encontrarían dentro de este primer grupo, es decir, se trataría de bienes jurídicos destinados a flanquear la vida de los miembros de la sociedad (y de los bienes jurídicos individuales de cada uno), que en su protección conjunta alcanzarían un carácter supraindividual<sup>102</sup>.

Sin embargo, esta no es la postura que Hefendehl, artífice de esta división, sostiene en su exposición, y sus argumentos en contrario nos revelan agudas observaciones en torno a algunos de los problemas más evidentes del orden público como bien jurídico.

---

<sup>99</sup> Para una exposición general de esta postura, véase Félix Herzog, “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en *Derecho Penal y Criminología*, 14, (1992)

<sup>100</sup> Lothar Kuhlen, Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito, en *Límites al derecho penal* (Barcelona: Atelier, 2012), 225-235.

<sup>101</sup> Roland Hefendehl, El bien jurídico como eje material de la norma penal, en *La teoría del bien jurídico* (Marcial Pons: Barcelona, 2007), 173-190.

<sup>102</sup> José Manuel Paredes Castañón, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig* (Madrid: La Ley, 2010), 911-986.

En ese sentido, este autor sostiene que “hay que rechazar también la extendida tesis de que los llamados delitos contra la paz pública son delitos que protegen bienes jurídicos colectivos [...] Falta un objeto de confianza supraindividual suficientemente concreto como, por ejemplo, la seguridad del tráfico monetario, que proporcione a los individuos máximas de acción o de conducta”<sup>103</sup>. En definitiva, para Hefendehl no hay en los delitos de orden público un componente supraindividual lo suficientemente poderoso como para sostener una intervención penal justificada, como sí sucede en el caso de la falsificación de moneda (con la subyacente confianza en el tráfico monetario), pues el elemento latente tras el concepto de orden o paz pública, a saber, la eficacia protectora del ordenamiento jurídico, no otorga directrices claras de conducta.

Si bien no parece plausible, desde un punto de vista práctico, el abandono de las categorías de bien jurídico colectivo para referirse al concepto de orden público, destacamos y suscribimos estas observaciones en cuanto a su componente crítico, pues son útiles para explicar el abandono dogmático de la categoría de orden público como elemento tutelar en los tipos penales dirigidos al resguardo de la seguridad ciudadana. Como se desprende de lo dicho anteriormente, el orden público funciona como una categoría que contiene elementos subyacentes que se identifican con bienes jurídicos individuales cuyos titulares son las personas consideradas en sí mismas.

## **2.5. Bien jurídico en el artículo 268 septies, una huida hacia lo individual**

Parecería que estamos frente a un fenómeno de abandono teórico de la idea de Orden Público, al menos en lo que refiere a su rol como elemento justificador -por excelencia- de ciertas intromisiones del derecho penal en el campo de libertades individuales y de convivencia interna.<sup>104</sup> Este, desde luego, representa menos un cambio de paradigma político-criminal que de técnica legislativa, la cual, en definitiva, opta por cauces menos engorrosos que los adoptados tradicionalmente (amén de los entramados teóricos en torno al sustento y legitimidad del

---

<sup>103</sup> *Ibíd.*

<sup>104</sup> Una idea no muy distinta de la aquí expuesta fue presentada por el profesor Guillermo Silva Olivares en su ponencia durante el ciclo "El derecho penal ante la revuelta social", organizado por la Universidad de Chile. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=xYP\\_kp83EKM&t=898s&ab\\_channel=uchilederecho](https://www.youtube.com/watch?v=xYP_kp83EKM&t=898s&ab_channel=uchilederecho)



concepto de orden público), evadiendo dichos callejones (muchas veces sin salida) por medio del recurso a ámbitos de protección más concretos, representados por bienes jurídicos individuales de particulares<sup>105</sup>. Bajo este paradigma desensambla la maraña dejada por el orden público en segmentos más pequeños y fácilmente abarcables.

Esta opinión coincide con algunas de las opiniones doctrinales emitidas a propósito de la naturaleza del tipo, que permite la convivencia de un elemento coactivo con uno relativo a la mantención del orden. En esta línea, a propósito del artículo 268 septies, Matus señala que:

“Esta disposición, incorporada por la Ley 21.208, de 30.1.2020, con el propósito de sancionar especialmente el levantamiento de barricadas y las coacciones que para pesar a través de ella se ejercieron sobre personas al margen de las manifestaciones de fines del año 2019, conocidas como “el que baila pasa” y los llamados “peajes” irregulares, considera estas especiales formas de coacciones como una tentado contra el orden público, por ser cometidas en la vía pública, interrumpiendo la libre circulación mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos en la vía”<sup>106</sup>.

Es decir, junto con la identificación de una faceta coactiva del delito, que lo lleva a designarlo bajo el nombre de “Coacciones agravadas cometidas por particulares”, identifica a su vez, una pretensión de resguardo del orden pública, vinculada con el origen de la norma, que ya tuvimos ocasión de mencionar a propósito de la historia de la ley y su contexto de producción<sup>107</sup>. En base a estas consideraciones, sostenemos que estamos en presencia de un delito pluriofensivo, que mediante la forma de un delito de coacciones (contra ataques a la libertad individual), protege valores relacionados con el mantenimiento del orden público expresados en el normal funcionamiento del tráfico vial.

### 3. Sujeto activo

El sujeto de la acción jurídico-penal del delito establecido en el artículo 268 septies, queda determinado de forma amplia a través de la formulación “*el que*” y “*los que*”, pudiendo ser autor

---

<sup>105</sup> Que, como nos señalaba Hefendehl, serían el trasfondo de toda manifestación del bien jurídico supraindividual del orden público.

<sup>106</sup> Jean Pierre Matus Acuña y M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán, *Manual de Derecho Penal Chileno*, 4ta Ed. (Santiago: Tirant Lo Blanch, 2021), 433.

<sup>107</sup> *Ibid*, 36.

cualquier persona, no siendo un tipo subjetivamente limitado, es decir, un delito que restrinja el círculo de potenciales autores a un determinado grupo de personas. Sin perjuicio de lo anterior, luego de la formulación citada, el tipo penal establece una serie de requisitos que deben presentarse en la persona y en la acción, para efectos de ser típica la conducta en la que incurre. Elementos que analizaremos a continuación.

Anticipándonos a lo que se tratará en la letra *d* de esta sección, y solo con fines circunscritos al análisis del sujeto activo del delito analizado, debemos decir que este tipo penal contempla dos formas de comisión; en primer lugar, “la interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública”, y en segundo lugar, “tornar imposible la libre circulación, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interponiendo vehículos en la vía”. A su turno, la primera forma de comisión reconoce dos modos de llevar a cabo esta conducta típica en función de los medios empleados, por un lado, a través de violencia o intimidación, y por otro, mediante la instalación de obstáculos. En lo que nos interesa en esta sección, el legislador agrega algunos requisitos que deben recaer en el autor de la descripción típica; en la primera forma de comisión, la ley señala que el sujeto debe carecer de autorización (“*El que, sin estar autorizado [...]*”), mientras que en la segunda modalidad el legislador requirió la ausencia de accidente o desperfecto mecánico (“*... sin mediar accidente o desperfecto mecánico [...]*”).

Consideramos que ambos presupuestos deben ser entendidos como elementos negativos del tipo, es decir, elementos que de estar presentes hacen que tal conducta no sea típica, elementos o circunstancias cuya presencia excluyen en definitiva la tipicidad de la conducta<sup>108</sup>. Es necesario prevenir aquí, que no adscribimos a la teoría de los elementos negativos del tipo elaborada por Merkel, cuya relación entre tipicidad y antijuricidad nos parece problemática, de forma tal, que en este trabajo, el análisis de antijuricidad se realizará de manera independiente y autónoma al de tipicidad.

Así las cosas, aquel conductor que producto de un accidente o un desperfecto mecánico interpusiere su vehículo en la vía, haciendo imposible la circulación de otros por esta, no realizará

---

<sup>108</sup> En este sentido también: Fuenzalida, Fernando. 2020. «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 septies del Código Penal.» *Revista jurídica del Ministerio Público* 204-228.

el delito del artículo 268 septies inciso primero, en definitiva, su conducta será atípica. A su vez, y llama especialmente la atención que, aquella persona que contando con autorización, interrumpa completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública mediante la instalación de obstáculos o mediante el uso de violencia o intimidación, realizará una acción atípica. Da a entender el legislador, en esta última hipótesis, que el ordenamiento jurídico chileno, autorizaría el empleo de violencia o intimidación en el marco de interrupciones de la libre circulación autorizadas. Lo anterior, a nuestro juicio, no es más que el resultado de una mala técnica legislativa, que no se corresponde ni con la intención del legislador, ni con los permisos otorgados por nuestro ordenamiento jurídico. En el apartado siguiente analizaremos aquella autorización a la que alude el tipo del artículo 268 septies inciso primero, en sus dos primeras formas de comisión.

### **3.1. Autorización**

Según vimos en el apartado anterior, la conducta descrita en la primera forma de comisión que describe el artículo 268 septies inciso primero, requiere que el sujeto activo carezca de autorización para realizar dichas conductas, es decir, para que estas sean típicas. Esta “falta de autorización” no solo es un elemento negativo del tipo, sino que es además, un elemento normativo de él, esto es, una premisa que solo puede ser pensada bajo los presupuestos lógicos de una norma<sup>109</sup>. En consideración de lo anterior, resulta fundamental, para efectos de definir y delimitar aquellas conductas típicas de la atípicas, señalar a qué tipo de autorización se refiere el legislador, y cuál es la regulación a este respecto en nuestro país.

Ha quedado establecido en este trabajo que el contexto que motivó la Ley N. 21.208 ha sido el fenómeno de las manifestaciones sociales inauguradas en octubre del año 2019, lo que ha quedado reflejado palmariamente en la discusión legislativa que dio pie al artículo 268 septies. En consideración de esto, a lo primero que debemos hacer referencia cuando tratamos “la falta de autorización”, es a la regulación que tiene el derecho de reunión en nuestro país, pues es claro que su ejercicio puede caer en la descripción típica del artículo antes referido, en términos de

---

<sup>109</sup> Hans- Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Op. Cit.

que es muy probable que una protesta o reunión interrumpa de forma completa la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública.

El derecho de reunión en nuestro ordenamiento goza de consagración constitucional, así el artículo 19 N° 13 se refiere a él en los siguientes términos: “El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”, agregando a continuación “Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de la policía”. Por otro lado, la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, en su artículo 4 inciso segundo letra c), le entrega la facultad de autorizar reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público, al delegado presidencial provincial. Finalmente, el Decreto Supremo N° 1.086 del Ministerio del Interior, invocando las “disposiciones generales de la policía” a las que se deben someter la reuniones en lugares públicos, establece en su artículo segundo una serie de condiciones a efectos de llevar a cabo una reunión pública, entre ellos, dar aviso por escrito y firmado por los organizadores, con dos días de anticipación, expresando quienes organizan la reunión, con qué objeto, quienes harían uso de la palabra, cual sería el recorrido e identificar el número aproximado de asistentes.

El inciso segundo del numeral 13 del artículo N° 19 de nuestra Constitución es el que más debate ha suscitado en la doctrina constitucional chilena. Principalmente se ha reprochado la inconstitucionalidad de la reserva reglamentaria que deja a merced de las “disposiciones generales de la policía” la regulación del derecho de reunión en lugares públicos<sup>11011</sup>. Entendiéndose por tales disposiciones de la policía lo señalado en el Decreto Supremo N° 1.086, esta es una regulación infralegal que incumpliría con lo dispuesto en el artículo N° 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, fuente normativa internacional de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico por lo dispuesto en el artículo N° 5 de la Constitución, que refiriéndose al derecho de reunión dispone que “el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley...”.

---

<sup>110</sup> Humberto Nogueira, *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo II (Santiago: librotecnia, 2008).

<sup>111</sup> Francisco Zúñiga, Los derechos de asociación y reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 79 (2013), 207-228.

Con el mismo resultado, pero a través de una interpretación conforme a la misma Constitución, la regulación infralegal del derecho de reunión a través del Decreto Supremo N° 1.086 infringiría la propia regulación constitucional del derecho de reunión, en tanto, el establecimiento de permiso previo afectaría la esencia misma de tal derecho, cuestión vedada por el numeral 26 del artículo N° 19 de nuestra carta fundamental. En palabras del constitucionalista Humberto Nogueira “... las regulaciones legales nunca pueden establecer como requisito para ejercer el derecho el de obtener un permiso previo de la autoridad gubernativa, ya que ello afecta el contenido esencial del derecho de reunión tal como lo establece la Carta Fundamental”<sup>112</sup>.

Por otra parte, el académico Domingo Lovera, compartiendo la inconstitucionalidad formal del Decreto Supremo N° 1.086, agrega, desde un análisis sustantivo, que existe un error en la forma en como se han entendido “las disposiciones generales de la policía” establecidas en el decreto antes referido. Señala el autor que es un error entender estas disposiciones como una exigencia de una autorización o permiso previo, por el contrario, deben ser comprendidas como un sistema de avisos que permita a las autoridades tomar medidas en torno a que la movilización se desarrolle libre de problemas, coordinando los diferentes derechos que entran en juego, tanto de los manifestantes como de terceros<sup>113</sup>. Entender estas disposiciones como requisitos que se deben cumplir para que la reunión pública sea autorizada, resultaría inconstitucional, en tanto, excluiría el ejercicio del derecho de reunión de forma espontánea, es decir, no daría espacio a reuniones públicas que no hayan sido previamente concertadas.

Es precisamente en consideración de lo anterior que la Corte Federal Alemana excluye del deber de aviso previo a este tipo de manifestaciones<sup>114</sup>. Reafirma su posición, aludiendo al derecho comparado, donde es común encontrarse regulaciones del derecho de reunión en torno a su lugar de realización, tiempo, y forma, que es congruente con la regulación internacional de derechos humanos en tanto es entendida como un sistema de notificaciones, el que es llamado también de “administración negociada”, el cual permite conciliar los diferentes derechos que

---

<sup>112</sup> Ibid. 529-530.

<sup>113</sup> Domingo Lovera, Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución, en Jaime Bassa et al (ed.): *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política* (Santiago: LOM, 2015). Domingo Lovera, Derecho De Reunión, en *Curso De Derechos Fundamentales* (2020), 99-120

<sup>114</sup> Sentencia 1 BvR 85/88.

entran en tensión con la realización de una manifestación pública, advirtiendo que este aviso previo no puede transformarse de ninguna manera en una exigencia de permiso previo<sup>115</sup>.

La problemática referencia a la autorización que realiza el tipo penal del artículo 268 septies fue advertida en la discusión parlamentaria, pudiendo identificarse dos posturas claras, por una parte un grupo de diputados que alineándose con la comprensión que anteriormente hemos descrito como inconstitucional, reafirma que lo que se está castigando a través de este delito son ciertas manifestaciones que no cuentan con los permisos ni con las autorizaciones correspondientes<sup>116</sup>. En cambio, otro grupo de diputados, ya insistía en la inadecuación de esta referencia, en tanto las manifestaciones públicas no requerirían autorización, señalándose expresamente la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 1.086, por contravenir la reserva legal establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>117</sup>.

Adentrándonos al significado del vocablo “autorización”, el diccionario de la Real Academia Española lo define de la siguiente manera: “acto de una autoridad por el cual se permite a alguien una actuación en otro caso prohibida”<sup>118</sup>. Es claro, el carácter equivoco de la referencia que hace el legislador en esta materia, sobretodo cuando nos referimos a reuniones o manifestaciones sociales, pues, como ya se ha expuesto, el ejercicio del derecho de reunión en espacios públicos no se encuentra, por regla general, prohibido, al contrario, una interpretación en armonía con la Constitución y Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile, afirmarí que este derecho, por regla general, se encuentra permitido, aunque sometido a un régimen de notificaciones, no de permisos ni autorizaciones, pese a que en la práctica se sigue haciendo referencia a la idea de autorización o permiso previo<sup>119</sup>.

---

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Intervención del Diputado Gonzalo Fuenzalida en tercer trámite constitucional. Véase: “Historia de la Ley N° 21.208”, 212. Op. Cit.

<sup>117</sup> Intervención del Diputado Raúl Leiva en tercer trámite constitucional. Véase: “Historia de la Ley N° 21.208”, 234. Op.Cit.

<sup>118</sup> Diccionario de la Real Academia Española, <<autorización>>.

<sup>119</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 21.120-2012, 12 de septiembre de 2012, cons. 2°. Corte de Apelaciones de Santiago, Causa Rol N° 5127-2006, 9 de noviembre de 2006, cons. 6°.

Un ejemplo claro de ello es la política llevada a cabo por el intendente de la Región Metropolitana, Felipe Guevara, quien durante fines del año 2019 y principios del 2020, desplegó la estrategia llamada “copamiento preventivo”, que consistía en disponer de cientos y hasta miles de funcionarios de Carabineros en espacios públicos donde frecuentemente se llevan a cabo reuniones públicas no autorizadas previamente, para así impedir su realización<sup>120</sup>. Estrategia que le valió el reproche la Comisión Interamericana de Derecho Humanos<sup>121</sup>, la presentación de una acusación constitucional en su contra<sup>122</sup> y diversos recursos de protección, estos últimos rechazados, por falta de oportunidad, no pronunciándose los juzgadores sobre el fondo<sup>123</sup>.

Pese a que sostenemos el carácter inadecuado del elemento negativo del tipo inscrito por el legislador en el delito que hemos analizado, por no estar el derecho de reunión supeditado a autorizaciones, sino tan solo a notificaciones -en la medida que sean posibles-, no podemos ignorar el anacronismo de la jurisprudencia en este tema, por lo que, no siendo clara una evolución en el entendimiento de nuestros tribunales, superando el régimen de autorización previa hacia un sistema de notificaciones, o no existiendo una reforma legislativa que regule fuera de dudas un sistema de avisos y no de permisos, será relevante, para efectos de excluir la tipicidad de la conducta, si una manifestación cuenta o no, con la venia del delegado presidencial provincial u otra autoridad competente, aun cuando, la sola falta de autorización no quiere decir que la manifestación sea constitutiva de delito, en tanto, no se satisfagan los demás requisitos que contiene la descripción típica<sup>124</sup>.

Finalmente, más allá del fenómeno de las manifestaciones y reuniones sociales, pueden realizarse otro tipo de actividades de tipo laboral, comercial o recreacional que interrumpa la libre circulación de las personas o vehículos en la vía pública. Acá se aplica la misma consideración señalada en el artículo anterior, no basta la falta de autorización para que esta

---

<sup>120</sup> Editorial, “CIDH condena estrategia de copamiento policial del gobierno”, *Diario Universidad de Chile*, 30 de diciembre del 2019. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2019/12/30/cidh-condena-estrategia-de-copamiento-policial-del-gobierno/>

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Fernanda Villalobos, “Diputados de oposición presentan acusación constitucional contra Intendente Felipe Guevara”, *EMOL*, 02 de enero del 2020. Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2020/01/02/972079/presentan-acusacion-constitucional-felipe-guevara.html>

<sup>123</sup> Véase, Sentencia CA Santiago Rol N° 188.921-2019. Y 188.713-2019.

<sup>124</sup> Jean-Pierre Matus Acuña y M<sup>a</sup> Cecilia Ramírez Guzmán, *Manual de Derecho Penal Chileno*. Op. Cit.

interrupción sea delictiva, sino que deben estar presentes los demás elementos de la descripción típica. Aún así, la primera cuestión que delimitará la punibilidad de la conducta, vía análisis de tipicidad será la presencia o no de autorización para llevar a cabo esta interrupción, por lo que será relevante considerar si se cuenta con los permisos o autorizaciones de las autoridades competentes, para excluir la punibilidad de tal conducta, en este primer nivel de análisis.

#### **4. Conducta típica y formas de comisión**

A continuación, procederemos al examen de las formas de comisión delictiva contempladas en el inciso primero del artículo 268 septies, las cuales serán analizadas sucesivamente y en el mismo orden en el que las dispone la norma. El objetivo principal será identificar con precisión el ámbito de las acciones susceptibles de ser incluidas en el espacio de punición típico, por oposición a aquellas otras conductas que, dado las consideraciones que se presenten en cada nivel de comisión, tengan que excluirse de dicho espacio. Como se desprende de una lectura atenta de la norma, las modalidades de comisión se orientan en torno a dos hipótesis generales, a saber, la “Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública”, y el “Tornar imposible la libre circulación, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interponiendo vehículos en la vía”, mientras que la primera de dichas hipótesis puede ser desglosada, a su vez, en dos conjuntos de casos: (i) mediante violencia o intimidación y (ii) mediante la instalación de obstáculos.

##### **4.1. Interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública**

La primera hipótesis delictiva que contempla el artículo 268 septies consiste en la interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública. A continuación, nos detendremos en cada uno de los elementos que conforman esta descripción típica, para efectos de determinar qué es aquello que está castigando el legislador en esta hipótesis general, y qué conductas quedarían fuera de las exigencias de este tipo.

En primer lugar, el verbo rector de la descripción típica en análisis es “interrumpir”, el que según la Real Academia Española, significa “cortar la continuidad de algo en el lugar o en el



tiempo”<sup>125</sup>. Ese algo, objeto de la interrupción, según lo expresado en el artículo 268 septies, sería la libre circulación de personas o vehículos, a su vez, ese lugar, en que se vería interrumpida la acción antes descrita, sería la vía pública, ambas referencias que analizaremos más adelante.

Volviendo al verbo rector de la descripción típica, es necesario destacar que el legislador le agrega una cualidad especial; la interrupción que configura el delito del artículo 268 septies no es una interrupción de cualquier tipo, sino que debe ser una interrupción de la libre circulación de personas o vehículos de carácter completa. Según la Real Academia Española, completo significa; lleno o cabal, es decir, que presente cierta cualidad que permita afirmar que se da plenamente. Elemento que el legislador integró por sugerencia del hoy ministro de la Excelentísima Corte Suprema Jean Pierre Matus, en la comisión de seguridad pública del Senado, con el fin de limitar y restringir el alcance de este delito<sup>126</sup>. Recomendación que fue bien recibida, en efecto, el senador Insulza se pronunció en el siguiente sentido;

“El texto contemplado en la enmienda en discusión establece que, para sancionar a una persona, ésta debe estar sin autorización, interrumpir completamente, mediante violencia o intimidación en las personas u obstáculos levantados en la vía pública. En efecto, estos son los requisitos que esta tipificación contiene, limitándolo para situaciones extremas”<sup>127</sup>.

En consideración de lo anterior, una interrupción punible de la libre circulación de personas o vehículos, será aquella que no permita en términos materiales que personas o vehículos sigan su tránsito por la vía pública. Así el simple entorpecimiento, retraso o alteración de la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, será una conducta impune respecto del artículo 268 septies, como puede ser el caso de los cortejos fúnebres o caravanas de protesta, que retrasando el tránsito por su marcha ininterrumpida, lenta y sucesiva, no llegan a constituir a nuestro juicio una interrupción, menos aún completa. Lo mismo opinamos respecto de los llamados “corta-calles”<sup>128</sup>, en la medida que se mantenga su carácter breve y sucesivo.

---

<sup>125</sup> Diccionario de la Real Academia Española, “interrumpir”.

<sup>126</sup> Véase Historia de la Ley N.º 21.208, pág. 109. Op.Cit

<sup>127</sup> Véase Historia de la Ley N.º 21.208, pág. 110. Op.Cit

<sup>128</sup> Con este término nos referimos a una forma de manifestación en que un grupo de personas interrumpe el tránsito de vehículos posicionándose en la calzada, de forma breve e intermitente.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos pasar por alto que el artículo 268 septies al referirse al objeto de la interrupción completa, tutela la circulación de personas o vehículos de carácter libre, es decir, exenta de presiones o coacciones. De esta forma, la interrupción completa de la libre circulación no se verificaría únicamente por la imposibilidad material de personas o vehículos de transitar por la vía, sino que, cabría también dentro de la descripción del tipo, interrupciones cuya completitud se satisfaga a través de la presencia de elementos que hagan del tránsito por la vía obstaculizada uno de carácter no libre, como sucedería en el caso de que la circulación por una vía parcialmente interrumpida en términos fácticos, signifique al conductor, pasajero o transeúnte, someterse a un riesgo inexigible, como el peligro de ser alcanzado por proyectiles, llamas de fuego, u otro elemento u obstáculo que ponga en riesgo su integridad física o psíquica, o que obligue al vehículo o peatón transitar infringiendo las normas del tránsito, como sucedería, a través de un viraje no permitido, conduciendo contra el tránsito o caminando por la calzada con tránsito vehicular<sup>129</sup>. En síntesis, “el requisito de la interrupción completa de la libre circulación debe entenderse en relación con la posibilidad de circular sin serio obstáculo o riesgo y/o sin infringir las normas del ordenamiento jurídico, circunstancias que deben ser analizadas caso a caso”<sup>130</sup>.

En segundo lugar, debemos llamar la atención respecto del adverbio disyuntivo que establece los dos posibles objetos de la interrupción, la libre circulación de personas, en una primera hipótesis, y la libre circulación de vehículos<sup>131</sup>, en una segunda hipótesis. Así, bastará - en este nivel de análisis- que la interrupción completa a la libre circulación, en los términos expuestos anteriormente, recaiga en las personas que transitan por la acera, o en los vehículos que circulan por la calzada, siendo ambas hipótesis independientes entre sí.

En tercer lugar, respecto del lugar en que se debe verificar la interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos, la Ley N° 21.208 no señala qué debemos entender por vía pública, sin embargo, la Ley de Tránsito N° 18.290, sistematizada en el DFL N° 1 del

---

<sup>129</sup> Fernando Fuenzalida, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 septies del Código Penal*. Op. Cit.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Debemos entender por vehículos, medio motorizado o no motorizado con el cual, sobre el cual o por el cual toda persona u objeto puede transportarse o ser transportado por una vía, según lo dispuesto en el numeral 46 del artículo N.º 2 de la Ley 18.290.

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones del año 2007, expresa que constituye “vía”, las calles, caminos u otros lugares destinados al tránsito, comprendiéndose dentro de esta definición, el espacio destinado a la circulación de vehículos (calzada), y a la circulación de peatones (acera), tanto en contextos urbanos como rurales.

Desde ya podemos notar que el alcance de punibilidad de este tipo penal se ve limitado, en primer lugar, por el verbo rector de la descripción típica, como dijimos anteriormente, interrumpir la libre circulación de personas o vehículos, excluye conductas que simplemente entorpezcan o dificulten el libre tránsito, en segundo lugar, el legislador es explícito en exigir que esta interrupción sea de carácter completa, por lo que aquellas interrupciones parciales, que no atenten contra la libre circulación en aquella parte despejada de la vía -en los términos antes expuestos- tampoco serán conductas punibles bajo el artículo 268 septies. Cabe decir, que estos no fueron los únicos límites impuestos por el legislador, en tanto, en la primera hipótesis de comisión se requiere además el empleo de violencia e intimidación en el acto de la interrupción, cuestión que analizaremos en el apartado siguiente.

#### **a. Mediante violencia o intimidación**

La clave para contestar correctamente a la pregunta acerca de las características de esta modalidad de comisión, se encuentra en la determinación del contenido del elemento de “violencia” propio de las coacciones. Determinar qué debe entenderse como constitutivo de acciones violentas en el contexto de una coacción nos permitirá, entonces, identificar el rango de acciones que, en el contexto de la interrupción de la libre circulación planteada por la norma, caben dentro del espectro punitivo de esta modalidad.

La opinión del Tribunal Constitucional alemán resulta, para estos efectos, considerablemente oportuna, pues permite establecer algunos criterios claros en torno a la interpretación adecuada (atendiendo a las garantías constitucionales) del elemento violencia del delito de coacciones o constreñimiento. Dicho delito se encuentra contemplado en el Código Penal Alemán en su §240, que señala: “Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa”.

El Tribunal Constitucional alemán tuvo ocasión de abordar esta materia en extenso a través de la Sentencia BVerfGE 92, 1, cuyos antecedentes fácticos son, someramente, los siguientes: un grupo de manifestantes bloquea en señal de protesta la entrada a un establecimiento militar. Este bloqueo se produce mediante la interposición de sus cuerpos (permaneciendo sentados en el lugar y negándose a desocuparlo), lo cual derivó en su posterior condena en base al delito de coacciones. Teniendo a la vista esos antecedentes, el punto neurálgico de la discusión jurídica presente en esta sentencia gira en torno a la interpretación que debería hacerse del elemento de violencia en el delito de coacciones. En este panorama, el tribunal identifica que los problemas jurídicos se derivan a partir de una particular interpretación de la norma, que auspiciada por varios tribunales, supone un proceso de “desmaterialización” de la idea de coacción, desvinculándolo de la necesidad de despliegue de fuerza corporal, para asentar la modalidad de comisión en una mera influencia psicológica sobre la víctima.

A criterio del tribunal, “la interpretación del concepto de “coacción” del §240, párrafo 1 StGB realizada por los tribunales penales viola el Art. 103, párrafo 2 de la ley Fundamental”<sup>132</sup>. Es decir, dicha interpretación extensiva atenta contra el principio de legalidad contemplado en la Ley Fundamental<sup>133</sup>, por cuanto conduce hacia ámbitos de decisión inciertos, abriendo nuevos espacios de persecución penal. La dificultad de la cuestión reside, como bien identifica el tribunal, en que “En aquel ámbito en el que la coerción consiste sencillamente en la presencia física y los efectos sobre el coaccionado son sólo de naturaleza psicológica, la culpabilidad ya no la determina el legislador en un caso general y abstracto, sino el juez en un caso concreto, con fundamento en su convicción de que un hecho es digno de sanción”<sup>134</sup>.

Las precisiones del contorno interpretativo propuesto por el Tribunal Constitucional alemán se adivinan con mayor precisión si lo analizamos a la luz de otra de sus sentencias, que ante circunstancias ciertamente similares, llega a una conclusión distinta. Nos referimos al caso tratado en la sentencia BVerfGE 104, 92, que nos presenta los siguientes hechos: como acción

---

<sup>132</sup> BVerfGE 92, 1

<sup>133</sup> El aludido artículo 103 párrafo 2 señala: “Un acto sólo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto”.

<sup>134</sup> BVerfGE 92, 1.

de protesta en contra de la construcción de una planta de energía nuclear, un grupo de manifestantes ambientalistas se organizó para impedir la entrada a la obra, encadenándose al portón de entrada.

En esta ocasión, el tribunal nos recuerda el criterio antes establecido, en el sentido de que “los elementos que integran el tipo penal de violencia/coacción no se configuran en aquellos casos en que la violencia se refiere exclusivamente a la presencia física y el efecto coercitivo sobre las personas forzadas es exclusivamente de carácter psicológico”. Esto confirma la intención de rechazar el ya mencionado fenómeno de “desmaterialización” de las coacciones, y reafirma que en relación a este delito existe un vínculo hacia una concepción material de la violencia, vinculado con el despliegue físico de una acción. Sin embargo, el tribunal decide descartar la acción de los recurrentes, señalando que de acuerdo con su criterio, estamos ante una correcta aplicación del tipo penal del §240 (que no viola, por lo tanto el Art. 103, párrafo 2 de la ley Fundamental). Para llegar a esta conclusión, el tribunal sigue el siguiente razonamiento:

“En el presente caso, los manifestantes desplegaron además un acto de coacción física al colocarse cadenas de metal –unidas unas con otras a la altura de la cadera– y sujetando esta ‘cadena humana’ a los postes que se encontraban a uno y otro extremo del portón de entrada [...] El hecho de que los manifestantes se hayan encadenado confiere a la manifestación un carácter adicional; más allá del mero efecto psicológico, las cadenas constituyen una imposición de la voluntad de los manifestantes a terceros”.

En el caso español el paradigma es distinto. La postura, sin embargo, es fruto de cierta evolución del pensamiento jurisprudencial, que ha tendido hacia a una cierta visión “desmaterializada” de la violencia: “Originariamente, cierto sector jurisprudencial y doctrinal entendió por violencia sólo la física, pero actualmente es unánime en la jurisprudencia una tesis extensiva, comprendiéndose las intimidaciones personales e incluso el empleo de fuerza en las cosas”<sup>135</sup>.

En este sentido, el Tribunal Constitucional español se ha decantado por una tesis que incorpora -en el concepto de violencia- una modalidad de alcance intimidatorio, que se correlacionaría con cierta violencia de tipo moral<sup>136</sup>. A partir de esto, y precisamente en lo que

---

<sup>135</sup> Fernando Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*. Op. Cit.

<sup>136</sup> STC 2/1982.

se refiere al contexto de manifestaciones y el ejercicio del derecho a la manifestación, el criterio de dicho tribunal es que “constituiría un ataque al propio carácter pacífico del derecho de reunión la emisión cuantitativamente significativa de gritos incitadores a la violencia, insultos, etc.”<sup>137</sup>.

En nuestra opinión, es preferible atenerse al criterio del Tribunal Constitucional alemán, pues dicho estándar nos plantea un concepto materializado de violencia, menos propenso a su indeterminación y de una textura más concreta a la hora de su interpretación. Por lo demás, esta alternativa parece la más favorable teniendo en consideración la propia naturaleza del artículo 268 septies, que en su propia discusión, de cara a concepciones “intimidatorias” de la violencia (hipótesis de “el que baila pasa”) optó por su descarte, como consta en la historia de la ley<sup>138</sup>.

Por otra parte, la inclusión de la fuerza en las cosas dentro del uso de la modalidad de violencia promovida por la norma en cuestión resultaría, en nuestra opinión, contradictoria con una interpretación sistemáticamente que tome en cuenta la coherencia de la norma en su totalidad, pues una lectura semejante conllevaría a entender que la segunda modalidad de comisión (a saber, la interposición de objetos) estaría de alguna forma incluida en la primera. Esto porque la violencia, interpretada como violencia en las cosas, ya abarcaría la interposición de objetos. Dicha forma de proceder no parece respetar la armonía de los elementos típicos, pues es precisamente la forma de razonamiento que conduce a la prescindencia o inutilidad de una de las partes de la norma. Esto sin siquiera mencionar las propias dificultades de la ampliación del concepto de violencia (la ya mencionada “desmaterialización”), que tal como censuró el Tribunal Constitucional alemán, Fernando Muñoz Conde se encargó de criticar de manera muy aguda, al siguiente tenor:

“Ocupar un camino para impedir el paso, desinflar las ruedas de un coche, o esconder las llaves de contacto, son conductas que ciertamente pueden impedir una actuación voluntaria de una persona, pero no pueden equipararse en modo alguno a las violencias ejercidas directamente sobre la misma y no pueden calificarse de coacciones, por más que existan razones sociales que exijan la protección del inquilino o habitante de la vivienda, del beneficiario de una servidumbre de paso o del propietario de un vehículo de motor. La solución a estos casos debe buscarse por vías distintas a la penal, o apreciando

---

<sup>137</sup> José Luis López González, El derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en *Revista de estudios políticos*, no 96 (1997), 175-194.

<sup>138</sup> Véase Historia de la ley 21.208, 46. Op.cit.

otros delitos si se dan los requisitos de los mismos [...] pero no en una interpretación extensiva del concepto de violencia que supone analogía contraria al reo”.

La doctrina chilena ha tenido ocasión de aludir a estos conceptos en el estudio de otras disposiciones de la parte especial, señaladamente en torno a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas. Sin embargo, existen argumentos en contra de la aplicación de los mismos criterios doctrinarios de la violencia o intimidación diseñados para el delito de robo a esta categoría de coacciones agravadas: gran parte de las consideraciones extraídas por los autores al interpretar estos conceptos se derivan de lo señalado en el artículo 439 del Código Penal. Sin embargo, dicha norma otorga definiciones y explicaciones descriptivas que expresamente se restringen al ámbito de la categoría de delitos de robo, de este modo, señala que los criterios aportados sirven “para los efectos del presente párrafo”, sin una pretensión descriptiva transversal a todos los delitos de la parte especial del código.

Con estas consideraciones en mente, parece razonable postular la necesidad de un criterio o estándar autónomo en la comprensión de la modalidad de “violencia o intimidación” introducida por el artículo 268 septies, alejada de las herencias de la comprensión de la violencia e intimidación concebida a la luz de los delitos de robo, cuyo estudio se produce en un contexto penal y criminológico innegablemente distinto: en el seno de los delitos contra la propiedad, sin los mismos conflictos de derechos en juego, y con un distinto riesgo de criminalización arbitraria.

Si bien el argumento en contra a la violencia en las cosas parece fácil de aceptar (después de todo, la misma redacción de la norma señala “violencia en las personas”), creemos que el recurso a un elemento psíquico en la violencia también debería ser rechazado, a la luz de los argumentos recién expuestos. Ciertamente, dicha interpretación supone un camino que no se puede desandar, y que como bien ha señalado la jurisprudencia comparada antes referida, amplía de forma irreversible el ámbito discrecional del o los juzgadores de la acción, en una maniobra riesgosa de cara al principio de legalidad. Aquello adquiere un valor aún más significativo en situaciones propias de actos de protesta, pues sabemos que en aquellos ámbitos podemos llegar a lidiar con un derecho fundamental; el derecho a la manifestación, que nos obliga a ser especialmente cuidadosos a la hora de trazar los perímetros de la intervención penal, y que con mayor razón, en el caso que ahora se analiza, nos inclina a remarcar la inconveniencia de una concepción amplia de los conceptos de violencia e intimidación.

Con estas consideraciones en mente, y en el intento de precisar de manera expresa el ámbito de punibilidad que se extrae de esta primera modalidad de comisión, cabe señalar lo siguiente: la interrupción mediante el empleo de violencia o intimidación no incorpora casos de violencia en las cosas, como podría ser, por ejemplo, el uso de una barricada, que solo estaría comprendida en la segunda modalidad de comisión. Por otra parte, tampoco debería admitirse, por los argumentos ya señalados, una interpretación que expanda el ámbito punitivo hacia hipótesis “de violencia” basados en antecedentes psicológicos, como lo son cánticos o proclamas de naturaleza interpelativa o retadora<sup>139</sup>. Esto último, no supone, desde luego, aceptar la propagación de amenazas como parte del ejercicio legítimo del derecho a la manifestación, sino solo la afirmación de que la violencia incorporada en el inciso primero del artículo 268 septies, no es de naturaleza psicológica, que no tiene incorporado en su interior la naturaleza del injusto propio de las amenazas, que puede configurarse por sí solo, cuando concurren sus requisitos.

#### **b. Mediante la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos**

Esta modalidad punible evoca claramente la criminalización de barricadas y demás obstrucciones dirigidas al corte del tránsito, comunes en acciones de protesta, ya sea como el acto de manifestación en sí o como elemento adjunto (a ratos, marginal) al interior de una manifestación más grande<sup>140</sup>.

Quizá la pregunta más pertinente a la hora de estudiar las peculiaridades de esta modalidad de comisión, dice relación con el alcance semántico del concepto de “obstáculos” y la extensión con la que debe ser comprendido. A este respecto, el lenguaje de la norma parece ser claro, pues tal y como se dejó establecido en la tramitación legislativa, la alusión a los “objetos diversos” deja en evidencia que “se trataría de una interrupción a través de objetos y no mediante

---

<sup>139</sup> Modos de expresión que, por lo demás, son característicos (en mayor medida) de toda manifestación, dado su carácter reivindicativo.

<sup>140</sup> Es a propósito de esta forma de comisión penada por el artículo 268 septies que la ley que le ha dado lugar fue tildada de “ley anti-barricadas” (rótulo que comparte junto al de “ley antisaqueos”). Cabe señalar que las barricadas que despertaron el interés legislativo de su criminalización ocurrieron principalmente en el contexto del estallido social como eventos anexos pero no indistinguibles del curso de las masivas manifestaciones ocurridas en el centro de Santiago (en ese sentido, aquellas barricadas no tenían una naturaleza autónoma como acto constitutivo de la protesta en sí).



métodos, por cuanto esta última fórmula incluiría los cruces de personas, que precisamente no quiere sancionarse”<sup>141</sup>. Si bien la disyuntiva objetos/métodos parece algo arbitraria (una barricada es, técnicamente, un método), la intención legislativa es manifiesta: se separa el ámbito de las interrupciones mediante artefactos y elementos materiales de aquellas posibles interrupciones realizadas mediante la interposición de seres humanos dispuestos a modo de bloqueo.

Cabe destacar que el lenguaje incorporado en la norma es, en gran parte, una reproducción textual de la definición del término “barricada” de la Real Academia Española. En efecto, allí establece que una barricada es un “obstáculo levantado en la calle con objetos diversos para impedir el paso o parapetarse tras él, especialmente en revueltas populares”<sup>142</sup>.

En base a lo planteado hasta ahora, resulta pertinente establecer algunas precisiones en torno al vínculo de las dos modalidades recién expuestas. Más precisamente, surge la pregunta en torno al rol del elemento de violencia -no ya en su ámbito independiente, propio de la primera modalidad de comisión- sino en relación con esta segunda modalidad punitiva, que concierne a los escenarios de interposición de obstáculos.

Queda claro que el levantamiento de una barricada implica siempre una intervención en el espacio público más o menos disruptiva, sin embargo, es posible imaginar formas más violentas que otras a la hora de interrumpir la libre circulación mediante el levantamiento de obstáculos (por ejemplo, mediante el destrozo de bienes del mobiliario urbano como semáforos o señaléticas).

Expuesto de otra manera, esta interrogante redundante en la configuración punitiva de la norma, y nos interpela en torno a la necesidad de la concurrencia de requisitos alternativos o copulativos en la misma: aceptar la necesidad de violencia en el levantamiento de objetos, supone, desde nuestro punto de vista, considerar la concurrencia de los requisitos de ambas

---

<sup>141</sup> Historia de la ley 21.208, 106. Op.Cit.

<sup>142</sup> Diccionario de la lengua española, “barricada”.

modalidades de forma conjunta (un obstáculo, que a la vez debe ser levantado con violencia o intimidación)<sup>143</sup>.

Pese a que la postura que exige la concurrencia de violencia en la obstaculización nos parece la alternativa más coherente con las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, creemos que el legislador no lo ha planteado de esta manera. En efecto, el elemento de violencia no se puede identificar como un requisito de esta modalidad de comisión en específico, al menos en lo que a su tenor literal respecta. Además, la incorporación de un requisito de violencia iría en abierta contradicción a lo que tuvimos ocasión de señalar, respecto a ese mismo concepto, en la sección precedente, en la que intentamos depurarlo de las dificultades despertadas por la categoría de violencia en las cosas. De esta manera, y contrario a lo que nos parece óptimo, la segunda modalidad punible introducida por el inciso primero del artículo 268 septies, no realiza distinciones sustantivas entre una barricada (o cualquier obstáculo) realizado sin violencia o destrozos y otra realizada de dicha manera<sup>144</sup>.

#### **4.2. Interposición de vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros, sin mediar accidente o desperfecto mecánico**

Esta última modalidad de comisión del delito tipificado en el artículo 268 septies comparte algunos elementos con las modalidades reseñadas anteriormente, sin embargo, presenta también singularidades propias, que la distinguen, ambas cuestiones que procederemos a examinar a continuación.

En primer lugar, debemos destacar que esta forma de comisión contempla un elemento negativo del tipo. La hipótesis delictiva que aquí analizamos, exige que la interposición de vehículos en la vía no tenga por razón un accidente o desperfecto mecánico, expresándolo el legislador de la siguiente manera: “idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico...”. Esto tiene por efecto, excluir ya en el análisis de tipicidad, las

---

<sup>143</sup> Una postura semejante en Mariana Bell, El derecho a manifestarse bajo la óptica de la ley antisaqueos; donde se señala que: “[la norma] también exige medios comisivos específicos, ya que la instalación de obstáculos o la interposición de vehículos debe hacerse a través de violencia o intimidación contra las personas”.

<sup>144</sup> Lo que por supuestos sí podría acarrear diferencias en cuanto a la imputación de otros delitos o faltas de destrozos, fuera de la órbita de esta norma en particular.

interposiciones de vehículos que se deban a accidentes, es decir, a sucesos imprevistos, como puede ser un choque, una colisión o un volcamiento. Por otro lado, también se excluye la tipicidad de la interposición de vehículos cuya razón resida en fallas mecánicas, como puede ser la muerte de la batería del vehículo, un neumático pinchado o un motor recalentado.

En segundo lugar, una cuestión importante a aclarar es cómo se debe entender el núcleo de la descripción típica de esta modalidad delictiva, esto es, la interposición en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por la vía (“...interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta”). Sobre todo, en relación a la formulación de la otra modalidad de comisión de este delito, que exige la interrupción completa de la libre circulación.

La Real Academia Española, entiende por el verbo interponer, la acción de poner algo entre cosas o entre personas, ese “algo”, según lo prescrito por el legislador serían vehículos, mientras que esas “cosas” entre las que se pusiere, serían nuevamente, otros vehículos. Ahora bien, la descripción de la acción típica agrega que esta interposición, debe hacerse en términos tales de hacer imposible la circulación de otros vehículos por esta. La formulación “en términos tales” debe entenderse como clara alusión al resultado fáctico de la acción tipificada, efecto de hacer que la circulación de otros vehículos por la vía sea algo imposible, en palabra de Oxford Languages, que no puede ser, ocurrir o realizarse. Se desprende de lo anterior que esta hipótesis, a diferencia de las otras no esta destinada a tutelar la circulación de personas, sino que exclusivamente la circulación del tránsito vehicular.

La relación existente entre esta hipótesis delictiva que exige una interposición de vehículos en términos tales de hacer imposible la circulación por la vía, y aquella primera modalidad de comisión analizada, que requiere una interrupción completa de la vía, ha sido entendida por el abogado asesor de la Fiscalía Nacional, Fernando Fuenzalida Foller como una misma exigencia, señalando que “la imposibilidad a la que alude la norma debe interpretarse en el sentido de la interrupción completa expresada en las hipótesis anteriores”<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Fernando Fuenzalida, *El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 septies del Código Penal*, 219. Op.Cit.

Nuestra posición es distinta, pues, como dijimos mas arriba, las modalidades de comisión del delito tipificado en el artículo 268 septies que integran la exigencia de interrupción completa a la libre circulación, incluyen irrupciones que siendo materialmente parciales, sean completadas psíquicamente, por presentarse elementos que hacen de aquella circulación fácticamente posible, un tránsito no libre, por someter al conductor, pasajero o peatón a un riesgo inexigible o a un actuar ilegal. Esta hipótesis de interrupción fácticamente incompleta - psíquicamente completada, solo se puede extraer de la inclusión del adjetivo “libre” que hace el legislador a la circulación de personas o vehículos tutelada en dicha hipótesis. Esta referencia, sin embargo, no se contiene en la modalidad de comisión aquí analizada, que reza de la siguiente forma: “...en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta”, no hay ninguna referencia al carácter libre de esta circulación vehicular que nos permitan extender el alcance de la imposibilidad fáctica a la que se alude con la formulación “en términos tales de...”.

Por esto, consideramos que esta hipótesis de comisión solo puede verificarse, cuando la interrupción tiene la entidad de hacer absolutamente impracticable la circulación de otros vehículos por la vía. Es necesario destacar aquí, que la interpretación que sostenemos de esta tercera hipótesis delictiva que contiene el artículo 268 septies inciso primero, si bien, excluye atentados a la *libre* circulación vehicular, en el sentido de interrupciones parciales – psíquicamente completas, no tiene el efecto de dejar tales conductas impunes, en tanto sí se verían tipificadas en las demás formas de comisión que contiene la misma disposición, que protege no solo la libre circulación de personas, sino que también la de vehículos, en la medida que exista violencia o intimidación por un lado, o instalación de obstáculos diversos, por otro.

En tercer lugar, y pese a que ya ha sido adelantado entre líneas, es necesario precisar que el legislador exige que la interposición penada por esta modalidad debe ser realizada a través de vehículos. Es decir, esta hipótesis se verificará únicamente cuando el obstáculo que interrumpa la circulación sea un vehículo, entendiéndose por tal, “medio motorizado o no motorizados con el cual, sobre el cual o por el cual toda persona u objeto puede transportarse o ser transportado por una vía”, según lo dispuesto en el numeral 46 del artículo N° 2 de la Ley 18.290, incluyéndose entonces, dentro de esta definición, los automóviles, las motocicletas, los camiones, los buses, entre otros.

Llama la atención que el legislador, al momento de expresar en la ley esta hipótesis de interposición de vehículos, se haya referido a ellos en términos de “sus vehículos”, formulación que podría traer aparejados algunos problemas, si se le da una lectura literalista. Por un lado, podría opinarse que el determinante posesivo “su” restringiría la aplicación de esta modalidad delictiva exclusivamente al dueño del vehículo<sup>146</sup>, interpretación a nuestro juicio insostenible y antojadiza, que ignoraría los efectos perniciosos que se generarían por la misma conducta, tan solo porque fue realizada por un conductor no dueño. Nuestra posición es que este determinante posesivo no hace más que exigir a una detentación material del conductor o pasajeros respecto del vehículo<sup>147</sup>.

Por otro lado, el legislador al momento de hablar de aquello que se interpondrá en la libre circulación habla de “vehículos”, sustantivo formulado de forma plural, que, nuevamente, podría dar pie a una interpretación literalista, que haga de una interrupción realizada con todas las exigencias del tipo, pero por un solo vehículo, una conducta de carácter impune. Al respecto, debemos decir que esta técnica no es poco común en nuestro código, esta presente cuando se habla de “lesiones” en el artículo 399 de nuestro Código Penal, y en el artículo 477 del mismo cuerpo normativo, al tratar el hurto de “cosas” por lo que, no exigiendo la jurisprudencia pluralidad de lesiones o de hurtos de cosas, tampoco debería hacerlo respecto de este reciente tipo penal<sup>148</sup>.

Finalmente, debemos insistir que a diferencia de las hipótesis anteriores, aquí la interposición de vehículos debe hacer imposible la circulación de otros vehículos por la vía, no haciéndose referencia al tránsito de personas, sino que exclusivamente al movimiento que se da en las calzadas, en tanto, esta forma de comisión en ningún momento menciona el tránsito de personas, sino que únicamente el de vehículos. En lo que a vía se refiere nos remitimos a la definición ya reseñada contenida en la Ley de Tránsito N° 18.290.

---

<sup>146</sup> Ibid, 219.

<sup>147</sup> Patricio Rozas; Roberto Contreras, Algunas repercusiones de la Ley Antibarricadas y Antisaqueos: propuestas de (dis)tensión en tiempos de barricadas, en *El mercurio legal*, 9 de marzo el 2020. Disponible: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=908221&Path=/0D/DB/>

<sup>148</sup> Ibid.

En síntesis, y en concordancia con la finalidad de esta investigación, reseñemos los márgenes de punibilidad que respecto de esta hipótesis delictiva nos ofrece el análisis de tipicidad. Para que una interposición de vehículos en la vía sea punible bajo la última modalidad del artículo 268 septies, en primer lugar, no debe mediar accidente ni desperfecto mecánico, en segundo lugar, aquello que se interpone en la vía deben ser vehículos y no otra clase de objetos, y en tercer lugar, esta interposición de vehículo o vehículos en la vía debe hacer imposible la circulación de otros vehículos por esta, en términos de que sea imposible atravesar la calzada bloqueada por los vehículos. Un actuar como este lo podemos ver, por ejemplo, en los cortes de rutas que recurrentemente realizan distintas organizaciones de camioneros en nuestro país, siendo la paralización más relevante del último tiempo, la ocurrida entre el 27 de agosto y 4 de septiembre del año 2020, movilización liderada por la Confederación Nacional de Transporte de Carga Terrestre, que paralizó el tránsito vehicular en rutas desde el Bío Bío a Los Lagos, en plena pandemia<sup>149</sup>. Movilización que tuvo como consecuencia la presentación de una acusación constitucional contra el ministro del interior de ese momento Víctor Pérez, por no haber amparado el orden, la paz y seguridad públicas aplicando las herramientas legales con las que contaba, entre ellas, el delito dispuesto en el artículo 268 septies que aquí analizamos.<sup>150</sup>

## 5. Tipicidad subjetiva

Como es sabido, el análisis del tipo subjetivo de una norma se vincula con la indagación en torno a los conceptos de dolo y culpabilidad como elementos de la voluntad en la realización de la acción típica. Desde este punto de vista, en esta sección corresponderá determinar los elementos anímicos (de la voluntad) que deben presentarse en las modalidades delictivas descritas en los apartados anteriores. Debido a que estamos en el contexto de un delito pluriofensivo, su naturaleza híbrida puede requerir que indagemos en los dos ámbitos que conviven al interior

---

<sup>149</sup> Manuel Stuardo, “Paro de camioneros: gremio se reúne en diversas rutas desde el Bío Bío a Los Lagos”, en *Bio Bio Chile*, 27 de agosto del 2020. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-laraucania/2020/08/27/paro-de-camioneros-gremio-se-reune-en-diversas-rutas-desde-el-bio-bio-a-los-lagos.shtml>

<sup>150</sup> Tomás González, “Víctor Pérez renuncia al Ministerio del Interior: Cámara declaró admisible acusación constitucional en su contra”, en *Diario Uchile*, 03 de noviembre del 2020. Disponible en: <https://radio.uchile.cl/2020/11/03/camara-declara-admisible-acusacion-constitucional-contra-ministro-victor-perez-y-queda-suspendido-del-cargo/>

de la norma, en la búsqueda de elementos finalistas que nos puedan dar una idea más acabada de la tipicidad subjetiva implícita en este delito.

El presente tipo penal no admite una realización por la vía del cuasidelito, pues en nuestro sistema penal la admisión de la culpa como modalidad punible debe ser reconocida expresamente para cada delito, lo que no sucede en este escenario.

Dichos elementos finalistas, cuando se trata de delitos que alteran el orden público, han sido históricamente analizados con cierto interés por la doctrina; a partir de ello, se ha llegado a la pregunta acerca de la eventual necesidad de un elemento subjetivo en el injusto, que en este caso, se correspondería con la voluntad de alteración del orden o la paz pública.

Antes de su reforma en 2015, el tipo penal español de desórdenes públicos contaba con un elemento subjetivo de esta clase, al señalar que para la realización del delito debía concurrir la intención “de atentar contra la paz pública”. Sin embargo, esta configuración del tipo penal se vio fuertemente modificada posterior a su reforma, eliminándose la necesidad de aquel ánimo. Mientras tanto, en nuestro país, algunos advierten una necesidad subjetiva en el tipo, por excelencia, frente a la alteración del orden público: el artículo 269 del Código Penal, que exige para su comisión la intención o ánimo de “causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado”.

Sin embargo, en el artículo 268 septies no se puede apreciar, al menos en lo que a su configuración textual se refiere, la presencia de ningún elemento finalista orientado hacia la alteración del orden público. La no incorporación de elementos subjetivos en este tipo de delitos, es criticada por cierta parte de la doctrina, que considera que “se antoja necesario dotar a la paz pública de un sentido distinto, que hace que el fin de atentar contra ella constituya un elemento subjetivo del injusto añadido al dolo”<sup>151</sup>.

En el mismo sentido, David Colomer señala que “algunos autores han criticado el hecho de que mediante la supresión del «fin de atentar contra la paz pública» se cierran posibles

---

<sup>151</sup> Iñigo Ortigosa, *Delitos de desórdenes públicos*. (Navarra: Universidad de Navarra 2017), 24.

interpretaciones que excluyan de la aplicación del art. 557.1 CP acciones perturbadoras del orden público con intenciones reivindicativas”<sup>152</sup>

Este punto es interesante, pues pone sobre la mesa un tópico que será relevante en secciones posteriores de este trabajo, a saber, los tipos penales orientados a la regulación del espacio público (en este caso, el artículo 268 septies) de cara a acciones de protesta consideradas (en algún sentido, por una porción considerable de la población) como legítimas o justificables.

Está claro que para el caso del artículo 268 septies la posibilidad de admitir este tipo de conductas por la vía del elemento subjetivo del tipo debe ser descartada de plano, pues para empezar, el tipo ni siquiera incluye explícitamente un elemento finalista de esa categoría. En efecto, una eventual “finalidad de alteración del orden público” no está como elemento subjetivo del tipo, y su presencia como elemento objetivo del tipo tampoco es directa, pues como hemos dicho, la norma busca proteger el orden público regulando parámetros en relación al uso del espacio público solo de manera indirecta, por medio de la penalización de conductas específicas y sin recurrir, como el tipo penal español a la “alteración de la paz pública” o alguna otra idea afín.

No obstante lo anterior, pareciera que esta circunstancia no es algo que debamos lamentar especialmente, pues el elemento subjetivo tampoco se ha consolidado, ni en doctrina ni en jurisprudencia, como un componente de este tipo de normas que permita justificar cierto tipo de conductas reivindicatorias.

## **6. Concursos**

Dado que esta clase de materias siguen siendo tratadas en el seno de la teoría del delito, la presente sección abordará los problemas introducidos por el inciso primero del artículo 268 septies en materia de concursos, cuestión fundamental para comprender no solo la posición sistemática del tipo en cuestión, sino también para dar cuenta de fenómenos prácticos en torno

---

<sup>152</sup> David Colomer, Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 18 (2017), s.p.



a dilemas de imputabilidad en el marco de escenarios eventualmente típicos. Dichos problemas de concurso, como es lógico, se centraran en la concurrencia de normas concomitantes surgida a partir de descripciones típicas de la parte especial, que en determinados casos, podrían abarcar las conductas descritas por el tipo penal en estudio.

Las preguntas derivadas del concurso o concurrencia simultánea de delitos, surgen cuando a propósito de una misma acción pueden ser imputados dos o más tipos penales diversos, o el mismo tipo penal reiteradas veces<sup>153</sup>. Tomando en cuenta dicha descripción, y partiendo de la base del tipo penal contenido en el inciso primero del artículo 268 septies, podemos afirmar que los problemas de concursabilidad pueden presentarse por distintos flancos, dependiendo de la hipótesis de comisión que se tenga a la vista. Por aquel motivo, esta materia será revisada separadamente en relación con las dos modalidades delictivas principales contempladas en la norma que estudiamos: el uso de violencia e intimidación (donde las coincidencias típicas pueden establecerse con otros delitos que implican fuerza en las personas), y la interrupción mediante obstáculos (concurrente con otras normas ocupadas de la regulación vial).

Como es sabido, la doctrina suele distinguir y clasificar los distintos tipos de concurso en función de la forma de interacción de las normas concurrentes. De esta manera, se habla de concurso real para denotar la acumulación material de normas (contemplada en el artículo 74 del CP), adecuada en los casos en que los delitos concurren conjuntamente y deben ser aplicados en su totalidad por cada delito cometido. Pese a que aquella es reconocida como la regla general, nuestro sistema contempla una serie de excepciones, consistentes en formas de diversas de resolver la interacción de normas<sup>154</sup>. Prueba de esto, es la institución del concurso ideal (contemplado en el artículo 75 del CP), donde una acción satisface los criterios de punibilidad de más de una figura penal al mismo tiempo, produciendo la concurrencia simultánea de las mismas. Por último, distinguiéndose de las figuras concursales recién expuestas, se ubica el concurso aparente de leyes, cuya denominación suele considerarse errónea por cuanto esta figura no es propiamente un concurso sino su negación. En un concurso aparente las normas no deben

---

<sup>153</sup> Sergio Politoff, Jean-Pierre Matus yMa. Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno (Santiago: Editorial Jurídica, 2004), 445.

<sup>154</sup> Ibid, 446.

concurrir conjuntamente, pues una de ellas debe preferirse por sobre el resto en una relación de especialidad, consunción, o subsidiariedad<sup>155</sup>.

La doctrina penal, a través del estudio de las diversas formas de concurso y de sus características, ha esbozado criterios para la correcta identificación y resolución de escenarios normativos confusos, depurándolos para obtener una aplicación correcta de la ley. En síntesis, se señala que “si [una acción] ha infringido varias disposiciones penales, hay que dilucidar primeramente cuál es la relación que existe entre esas disposiciones: la aplicación de una de ellas puede excluir una o varias de las demás, en cuyo caso se habla del concurso aparente o de leyes; pero también puede corresponder la aplicación de varias disposiciones paralelamente, entonces ellas se hallarán en concurso propio”<sup>156</sup>

De acuerdo con lo que plantea Matus, existen dos modelos normativos para lidiar con las confusiones interpretativas surgidas a partir del concurso aparente<sup>157</sup>: el modelo español (que él llama *sistema de regulación relativa*), que introduce una norma expresa de regulación sobre la materia; y el modelo alemán (*sistema de prescindencia relativa*), donde no se regula de manera expresa el concurso aparente, dejando su resolución a las mismas normas de la parte especial, que mediante criterios ad-hoc de especialidad definirán los márgenes de aplicación de cada una en relación a los tipos penales afines. Es de nuestra opinión que muchos de los conflictos que puedan suscitarse en este nivel a partir del artículo 268 septies son resueltos de esta última manera. En efecto, el mismo tipo penal, en su inciso tercero, se encarga de introducir una directriz de interpretación concursal, que plantea: “Si alguno de los hechos previstos en este artículo constituyere un delito más grave, se aplicará la pena señalada a este, sin atención a su grado mínimo o *minimum*, según los respectivos casos”.

La solución propuesta por la norma es menos propia de un escenario de concurso aparente que de uno de concurso ideal; en otras palabras, la norma introduce un criterio que no solo desplaza la aplicación de la norma por otra (en base a un criterio de gravedad), sino que, a

---

<sup>155</sup> Lo que ha llevado a la doctrina a pensar que se trata más bien de un problema de interpretación de la ley. Para más información revisar Garrido Montt, 2016.

<sup>156</sup> Günter Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires Editorial Hammurabi, 2005), 533.

<sup>157</sup> Jean-Pierre Matus, “El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana”, en *Revista Chilena de Derecho*, 24: 3 (1997), 423-446

su vez, plantea reglas de determinación de la pena, que elevan la apreciación de la misma en términos análogos al artículo 75 del Código Penal. De esta forma lo interpretaron también los legisladores, quienes introducen el inciso final de la norma bajo el entendido de que viene a salvar problemas de un posible concurso ideal<sup>158</sup>

En lo que respecta a la primera hipótesis punitiva (el empleo de violencia o intimidación); las situaciones de concurso podrían producirse en torno a otros delitos que afecten la libertad de las personas mediante vías coactivas, como podría ser el delito de amenazas (artículos 296 a 298 CP), la falta de amenazas (artículo 494 N°16 CP). Por otra parte, la segunda modalidad de comisión contenida en la norma (la interposición de obstáculos) consiste, en definitiva, en una actividad de corte de ruta, sancionada por normas de la ley de tránsito, más precisamente, por la falta del artículo 191, que señala:

Artículo 191.- El que instale señales de tránsito o barreras sin estar facultado para ello, salvo en caso de siniestro o accidente, será penado con multa de ocho a dieciséis unidades tributarias mensuales, además del comiso de las especies. Se presumirá como autor de esta infracción a la persona natural o jurídica beneficiada con la infracción.

A este respecto, se ha señalado que “se vislumbra algún problema concursal ya sea al determinar la legalidad de la detención, régimen cautelar y discusión de fondo, pues el artículo 191 de la Ley 18.290 sanciona con pena de multa similar redacción mediante la instalación de señales de tránsito o barreras sin autorización. No obstante, si la conducta descrita se comete en contexto de atentados contra la tranquilidad pública y afectación de bienes jurídicos personales no cabría duda que nos encontraríamos en presencia de esta figura penal nueva”<sup>159</sup>.

Creemos que dicho criterio reviste de cierta lógica, sin embargo, en situaciones de concursabilidad como las que se podrían plantear en relación a la interrupción del tránsito, la solución se podría encontrar igualmente mediante el recurso a criterios de especialidad, que pongan atención a los particulares requisitos (expuestos mediante las modalidades comitivas) de la norma en estudio.

---

<sup>158</sup> Historia de la Ley N° 21.208, 165. Op.Cit.

<sup>159</sup> Patricio Rozas y Mauricio Contreras, Op. Cit.

## CAPÍTULO IV: ANTIJURICIDAD

### 1. Concepto y función dogmática

En un sentido genérico, la antijuricidad -segundo nivel de análisis de los presupuestos del hecho punible- puede conceptualizarse como la situación de contrariedad o contradicción en la que se encuentra una conducta singular en relación con el Derecho, esto es, con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad<sup>160</sup>. A partir de aquello, se ha dicho que el examen de antijuricidad constituye un ejercicio de análisis objetivo, pues evalúa la contraposición de una conducta particular (del sujeto), con el conjunto normativo del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de armonía o discordancia, como si de contrastar dos órdenes de voluntades se tratase<sup>161</sup>.

En este entendido, puede que una conducta satisfaga los presupuestos del primer nivel de análisis (constituido por las consideraciones antes expuestas en torno a la tipicidad), lo cual ocurrirá si se logra establecer una coincidencia con el esquema de los presupuestos fácticos y jurídicos del tipo; sin embargo, aun así, esa conducta puede estar permitida por el ordenamiento<sup>162</sup> cuando no resulta, en definitiva, una conducta opuesta al derecho considerado *in extenso*. Esta “permisibilidad” opera mediante presupuestos normativos conocidos como “causas de justificación”, que, en suma, constituyen los escenarios concretos en que se materializan las exigencias de este nivel dogmático.

Debido al vínculo que el examen de antijuricidad guarda con la pregunta acerca de los límites de lo permitido y lo prohibido al interior de un sistema jurídico-penal, a lo largo de esta sección podremos encontrar escenarios analizados desde la perspectiva de las normas de conducta, que cobran gran importancia en cuanto encierran la expresión normativa de los riesgos jurídicamente desaprobados en una sociedad<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Op. Cit.

<sup>161</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, 3ra Ed (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 229.

<sup>162</sup> *Ibid*, 238.

<sup>163</sup> Wolfgang Frisch, “Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 32 (2020), 1-34.

Como señalamos en secciones anteriores, el tipo penal en estudio puede ser caracterizado como una figura heterogénea, que toma la forma de un tipo penal de coacciones cometidas por particulares, con un trasfondo de resguardo del orden público; dicha configuración normativa del delito reviste caracteres ciertamente llamativos e interesantes de analizar bajo la óptica de la antijuricidad. La forma de este delito supone, en cierto sentido, el abandono de un modelo en el cual la conducta era descrita bajo un paradigma de antijuricidad material (artículo 269) en el que la acción típica consistía precisamente en “turbar gravemente la tranquilidad pública”, para avanzar hacia un modelo de imputación en el que parece haber una descripción más concreta de la conducta penada por la norma (“El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas...”). De esta manera, se nos otorga un margen más amplio para analizar los matices y particularidades del tipo, de cara a posibles escenarios en que tengan lugar causales de justificación de conductas típicas, propias del ámbito de la antijuricidad.

Puesto que la antijuricidad, como elemento de la teoría del delito, representa un componente abstracto de ponderación del valor o disvalor del injusto<sup>164</sup>, siendo susceptible de verse apelada por muchos escenarios fácticos o jurídicos, no resultará impertinente precisar que en esta particular investigación, circunscribimos el análisis de los componentes de antijuricidad (o más bien, de su ausencia por medio de causales de justificación) al ámbito de las acciones de finalidad reivindicatoria que en contextos de protesta ciudadana, expresan una demanda pretendidamente amparada bajo el derecho a la manifestación.

La idea a cerca de la posibilidad de configurar la concurrencia de causas de justificación por medio del ejercicio del derecho a la protesta, no es del todo novedosa en la doctrina de los delitos contra el orden público,<sup>165</sup> y desde luego, cuenta con algunos entusiastas defensores<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> “Como es fácil advertir, la valoración legislativa tiene características de generalidad abstracta. La norma no hace una valoración pormenorizada y concreta, con referencia a circunstancias y situaciones individuales”. Vease en Enrique Cury, *Derecho Penal Parte General* (Santiago: Ediciones UC, 2020) 496.

<sup>165</sup> En el contexto español, Colomer señala: “Lo que se castiga es alterar gravemente el normal desarrollo de las funciones o servicios públicos [...] conducta que en muchos casos se produce en un contexto reivindicativo. En tales casos, la conexión de la acción típica con el ejercicio de un derecho fundamental tiene relevancia en el plano de la antijuricidad”. Vease en David Colomer, *El tratamiento penal de los desórdenes públicos*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, (Universidad de Valencia, 2020).

<sup>166</sup> Zaffaroni, *Derecho Penal y protesta Social*. Op. Cit.

Partiendo de aquellas bases recién sentadas, revisaremos algunas de las causales de justificación que -por las razones que se desprenderán en las respectivas secciones- pueden presentar el mayor provecho en cuanto a su análisis.

## 2. Estado de necesidad justificante

La primera causal de justificación cuyo análisis resulta atractivo a la luz de los objetivos recién descritos, es la del estado de necesidad justificante, institución consolidada (a través de múltiples vicisitudes) tanto en el Derecho nacional como en legislaciones comparadas, y que abarca distintas facetas a través de una configuración bifurcada que se proyecta tanto en el campo de la antijuricidad (estado de necesidad justificante) como en el de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante). Desde una aproximación abstracta, el estado de necesidad considerado en general (en su faceta justificante y exculpante), se corresponde con “una situación de peligro actual para legítimos intereses que sólo puede evitarse mediante la lesión de los de otra persona”<sup>167</sup>.

En lo concerniente a su influencia en el campo de la antijuricidad, el estado de necesidad pertenece a las causales de justificación orientadas bajo el principio del interés preponderante; más específicamente, dentro de esa categoría, a aquellas causales de justificación que operan dirigiéndose hacia la preservación de un derecho.<sup>168</sup> En nuestro país, esta institución está contenida en una norma incluida en nuestro ordenamiento desde el origen del Código Penal, y constituye un préstamo tomado directamente, y sin modificaciones, del Código Penal Español de 1848. Su texto no ha sufrido modificaciones hasta la fecha, y permanece fiel a su primera redacción:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

7.º El que para evitar un mal ejecuta un hecho, que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

Primera.-Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar.

Segunda.-Que sea mayor que el causado para evitarlo.

Tercera.-Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”.

---

<sup>167</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 379. Op. Cit.

<sup>168</sup> Etcheberry, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Op. Cit.

Como veremos a lo largo de esta sección, los planteamientos doctrinarios desarrollados alrededor de la noción de necesidad justificante son herederos de una evolución teórica que entrelaza estrechamente los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, por cuanto se asume que el estado de necesidad (justificante y exculpante, respectivamente) comparte en ambos contextos características inmanentes que permiten pensar en una institución única que se bifurca solo en función de desarrollos de la doctrina en cuanto a su amplitud y fundamento<sup>169</sup>. Esto no obsta a que la doctrina discuta el fundamento del estado de necesidad en distintos niveles, e identifique principios rectores dispares en cada ámbito de aplicación. Sin embargo, dicha continuidad propicia que la presente sección sea comprendida en directa relación con los postulados sostenidos más adelante a propósito del estado de necesidad en el ámbito de la culpabilidad. Lo anterior cobra especial sentido cuando se trata de analizar la viabilidad de esta causa de justificación en relación con escenarios comprendidos en el ámbito del ejercicio legítimo del derecho a la protesta. Los escenarios fácticos inmunes a la identificación del estado de necesidad justificante, pueden hallar una mejor cabida en el campo de la culpabilidad, en atención al tratamiento jurídico diverso y su eventual adecuación con los presupuestos normativos de dicha institución.

Pese a que será pertinente, para una mayor comprensión de los postulados que se formulen, una revisión de algunos conceptos generales en torno al estado de necesidad justificante, cabe recordar que la pretensión de esta sección no consiste en un examen crítico de la causal en sí misma, sino más bien, su revisión supeditada a las pretensiones de este trabajo concreto. Debido a que nuestra investigación se centra en un objetivo bastante específico, a saber, la posibilidad de concurrencia de una causal de justificación de estado de necesidad en el contexto de acciones reivindicatorias (actos de protesta), el tenor del examen se acotará justamente a dichos factores. En otras palabras, si dichas acciones típicas, según el inciso primero del artículo 268 septies, se efectuaron en realidad en el marco del “estado de necesidad justificante”<sup>170</sup>.

---

<sup>169</sup> En este sentido, Cury, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Op. Cit., 547: “La teoría del estado de necesidad es una de las más polémicas y fecundas que conoce la evolución del derecho penal. Contemplada en su conjunto, está vinculada no sólo a la de la antijuricidad, sino también -y de modo particular- a la de la culpabilidad”

<sup>170</sup> A propósito de la doble función (de determinación y de valoración) de la norma, para comprender la importancia de la antijuricidad, véase Jescheck, 254. Op. Cit.

## 2.1. Particularidades de la regulación nacional

Suele señalarse que el estado de necesidad justificante estaría referido a conflictos entre bienes jurídicos de diverso valor, donde se busca la evitación de males de mayor entidad que el causado (en la propiedad ajena) para evitarlo; dicho criterio permitiría una distinción clara en relación al estado de necesidad exculpante, que por su parte, operaría allí donde frente a bienes de igual valor, se causa un mal igual o mayor al que se evita<sup>171</sup>. Sin embargo, un criterio de distinción elaborado de ese modo es netamente superficial y no atiende a las características propias a cada faceta de la figura en estudio.

Según un planteamiento muy extendido en la doctrina nacional, el tratamiento dado al estado de necesidad justificante a través de la norma del Art. 10 N° 7 daría cuenta de la asignación de márgenes estrechos a esta institución, es decir, que estaríamos en presencia de una concepción restrictiva de esta causa de justificación<sup>172</sup>, por cuanto ha sido configurado alrededor de ataques a la propiedad como único bien jurídico sacrificable por esta vía. Sin embargo, dicha naturaleza puede ser comprendida de mejor forma cuando se tienen en cuenta los fundamentos del estado de necesidad de tipo justificativo.

Si bien los orígenes de esta institución dependen en gran medida de una casuística determinada en función del concepto de peligro y el contraste de intereses en juego, el Derecho y la técnica legislativa moderna la ha conducido por la vía de una regulación de alcance general, que sobre la base de circunstancias concurrentes, configura los casos posibles en un ámbito abierto pero acotado<sup>173</sup>. Dicha generalización ha implicado la necesidad de un criterio unificador, que logre definir los márgenes de procedencia de esta causa de justificación a través de su remisión hacia un principio determinado. Dicho criterio, en el seno del estado de necesidad

---

<sup>171</sup> Mario Garrido Montt, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 181. Op. Cit

<sup>172</sup> Héctor Hernández y Jaime Couso, *Código penal comentado* (Santiago: Legal publishing, 2011), 234: “El tratamiento doctrinario del estado de necesidad justificante ha estado cruzado por lo acotado de su ámbito de aplicación (sólo permite sacrificar la propiedad o la inviolabilidad de la morada)”; en este mismo sentido, Cury comenta: “Esto es más evidente en el ámbito de nuestra ley, cuya regulación restrictiva del estado de necesidad impide, en la práctica, la producción de situaciones extrema” (Op. Cit. 561). En contra de esta visión, y postulando la mera apariencia del carácter supuestamente restrictivo de la norma que se puede ver en Javier Wilenmann, “Introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile”, en *Revista de Derecho Universidad Austral*, 2014, vol 27°, 220.

<sup>173</sup> No obstante, en nuestro código penal aún pueden encontrarse trazas de un sistema casuístico, como es el artículo 10 N°10, referido al estado de necesidad pensado específicamente para casos de violación de morada.



justificante, ha sido identificado por nuestra doctrina como el “principio del interés predominante”. Así, el grueso de la doctrina tradicional de nuestro país señala que “esta ponderación de bienes o de males es necesaria para poder siquiera situarnos dentro del contexto y límites del estado de necesidad justificante [...] resultando que una cierta ponderación de bienes aparece, por el momento, insuprimible”<sup>174</sup>.

A este respecto, y frente a la relativa estrechez del criterio recién referido, compartimos la opinión de Wilenmann, que incorporando las consideraciones esbozadas por la doctrina comparada a lo largo de las últimas décadas, concluye que “se ha vuelto insostenible el principio del interés preponderante”, frente a lo cual recomienda “exponer una versión plausible de la teoría alternativa que actualmente domina el discurso alemán y, probablemente, español: la teoría de la solidaridad como fundamento del estado de necesidad agresivo”<sup>175</sup>. Dicha postura es asimilable a la que, en el contexto alemán, sostiene Pawlik, que abordando el deber de tolerancia que se produce para el afectado por medio de la influencia del estado de necesidad justificante, recalca que “aunque esta obligación se ha fundamentado tradicionalmente en la idea de la «ponderación de intereses», lo cierto es que no resulta convincente dada su estructura utilitarista. En los últimos tiempos, el topos de la «solidaridad» ha reemplazado la aproximación de legitimación del instituto tradicional”<sup>176</sup>.

Dicho abandono del “interés preponderante” como criterio central para comprender el estado de necesidad justificante, se vincula con las especiales características dogmáticas que se desprenden de aquella causal justificativa. En este sentido, pareciera que la solidaridad se impone como un criterio que explica de mejor manera dichas implicancias. El estado de necesidad supone una dinámica en la que los intervinientes (tanto el que sacrifica el interés de otro como aquel que sufre el perjuicio), se hallan en una posición relativamente simétrica en relación a su conformidad con el derecho: no hay aquí, contrariamente a lo que sucede con la legítima defensa, un agresor ilegítimo. Es precisamente este estado de cosas el que permite destacar el carácter excepcional de la institución, que otorga escenarios justificativos, sin requerir por parte del afectado ningún tipo de acción ofensiva o ilegítima.

---

<sup>174</sup> María Paulina García, *El estado de necesidad en materia penal* (Santiago: Editorial Jurídica, 1999).

<sup>175</sup> Javier Wilenmann, *Introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*. Op. Cit.

<sup>176</sup> Michael Pawlik, Solidaridad como categoría de legitimación jurídico penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante, en *Revista de Estudios de la Justicia*, no 26 (2017), 222-247.

Recordemos que el estado de necesidad representa la introducción de una lógica disruptiva en los esquemas de responsabilidad, que altera el *casum sentit dominus* tradicional, trasladando el peso de los perjuicios hacia quien no tiene, en principio, razón para soportarlos. Allí, el elemento atribuido como fundamento de la institución del estado de necesidad, a saber, el “conflicto de intereses”, exhibe sus mayores dificultades. Es aquella debilidad la que explica los retraídos márgenes de la norma, que deliberadamente acota al mínimo el campo posible de justificación a partir de esta causal.

## **2.2. El estado de necesidad justificante frente a escenarios de protesta**

La recepción actual del estado de necesidad justificante (agresivo), parece inclinarnos hacia la necesidad de descartar de plano la admisión de dicha causal de justificación en la clase de escenarios sobre los cuales trabajamos, a saber, aquellos vinculados a escenarios de tipo reivindicatorios, que en contextos de protesta social pueden resultar en el daño a la propiedad de terceros. En efecto, la postura contraria estaría obligada a enfrascarse en el arduo y dificultoso negocio de batallar contra los contornos del tenor literal de la norma, en los términos en los que ésta se encuentra incorporada en la legislación nacional.

Con esto, hacemos alusión principalmente al siguiente problema: las conductas típicas de interrupción del tránsito en manifestaciones, según el artículo 268 septies no representan, en principio, un ejercicio de defensa por medio la lesión del bien jurídico propiedad, cuyo titular sea un tercero. Desde luego, podríamos proponer argumentos que apuntaran a matizar esta afirmación, lo cual se podría lograr mediante el intento de expandir la idea de propiedad<sup>177</sup>, considerando los elementos adicionales que la componen de acuerdo con la doctrina civil, a saber, su uso y goce. Bajo esta aproximación, la interrupción del tránsito causada por los manifestantes podría entenderse como un sacrificio de una parte de la propiedad de aquellos afectados por el corte de ruta (el uso, generalmente, de sus vehículos).

---

<sup>177</sup> “La expresión “daño” empleada por el art. 10 N° 7 no ha de ser entendida, por ende, en el sentido restringido que le confieren los arts. 484 y sigts. del C.P, sino en otro más amplio que comprende todo género de atentados contra la propiedad”. Vease en Cury, 379. Op. Cit.

Sin embargo, tentativas argumentales semejantes carecerían de objeto y redundarían en groseras imprecisiones doctrinarias. Por supuesto, cabría imaginar escenarios fácticos en los cuales bajo el recurso al derecho a la manifestación se quieran justificar daños a la propiedad ajena (ya sea pública o privada), sin embargo, el juicio de antijuricidad en esos casos no se produce a partir de la norma del artículo 268 septies, sino que a partir del delito contra la propiedad que corresponda.

Pese a lo anterior, no nos parece ocioso señalar que los dilemas principales en torno a la admisión del estado de necesidad no son, en nuestra opinión, los suscitados a propósito de los bienes jurídicos sacrificables, sino más bien aquellos que se encuentran en el centro mismo de los postulados en torno a la antijuricidad (como categoría de permisibilidad excepcional) y de esta causa de justificación en particular. Sin duda alguna, este debate no puede presentarse en toda su extensión en nuestro país, y mucho menos a propósito de esta norma en específico (dado su carácter restrictivo), sin embargo, quisiéramos mencionar algunos criterios importantes a su respecto, los cuales pueden ser entendidos a modo de propedéutica para investigaciones de esta naturaleza, en torno al derecho a la manifestación. Lo anterior debido a la convicción sostenida en éste trabajo de que este problema, al menos en lo referente a los desenlaces fácticos producidos en contextos de manifestación, no han sido estudiados con toda la profundidad que el tema merece.

Autores como Zaffaroni han insinuado la pertinencia del estado de necesidad justificante para contextos de protesta, como forma de repeler su criminalización, señalando lo siguiente:

“Ante todo, el mal que se causa debe ser menor que el que se quiere evitar, de modo que debe tratarse de una protesta que reclame por un derecho fundamental. No habilita a ninguna conducta típica la exigencia de vacaciones, por ejemplo, pero puede habilitarla el derecho a la alimentación o a la salud, según las circunstancias, o sea, según la gravedad y cercanía del mal que se quiere evitar”<sup>178</sup>.

No nos parece que dichos postulados sean erróneos, sin embargo, pasan por alto uno de los principales problemas a los que es sometido el orden jurídico en esta clase de situaciones, y donde radica el principal obstáculo para la admisibilidad jurídica del estado de necesidad

---

<sup>178</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal y protesta social*, 12. Op. Cit.

justificante en contextos de protesta social (cuyos partidarios representan todavía una postura minoritaria).

Debemos partir de la base de que toda conducta que haya de entenderse justificada en virtud de una causal que excluya la antijuricidad produce como contrapartida un deber de tolerancia radicado en la persona afectada<sup>179</sup>. Dicho deber de tolerancia, que como fenómeno jurídico nos da la idea de una intromisión legítima en la esfera de intereses de un tercero, encontrará su fundamento, en el contexto del estado de necesidad, precisamente en el criterio que comprendamos como fuente de la relación de necesidad: en el ámbito del estado de necesidad ofensivo, podemos remitirnos a las consideraciones ya exploradas en torno a su fundamento, mientras que para el estado de necesidad defensivo, dicho criterio podría escapar a la dicotomía entre las categorías de “interés preponderante” y de “solidaridad”, a través de la remisión a la categoría de “atribución de competencia respecto al peligro”<sup>180</sup>, que se origina en una cierta incidencia en la situación de necesidad. Es justamente dicha consideración la que nos permite pensar en la verdadera dimensión del problema y nos hace cuestionarnos si las estructuras de la antijuricidad son realmente capaces de resolver colisiones complejas entre bienes jurídicos<sup>181</sup>.

Los postulados que pretendidamente abogan por la exclusión de la antijuricidad en el campo de acciones reivindicatorias o de manifestación, se sostienen sobre la base de la existencia del derecho a la protesta, cuyo contenido y composición tuvimos ocasión de reseñar en secciones precedentes. Sin embargo, el tránsito desde el reconocimiento de la existencia normativa del derecho, a la configuración de la causa de justificación en estudio, es más arduo de lo que parece: los escenarios descritos suponen la colisión del derecho a la manifestación con otros igualmente válidos, tales como (a propósito de la norma en estudio) el derecho a la libertad y a la libre circulación de las personas en la vía pública. La admisibilidad del estado de necesidad justificante

---

<sup>179</sup> Ya sea que se entienda como fundamento dogmático de la relación intersubjetiva producida en el estado de necesidad o no, dicho deber de tolerancia se produce indudablemente en la práctica.

<sup>180</sup> Wilenmann, *Introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile*. Op. Cit.

<sup>181</sup> En este sentido, no es casualidad que los casos que suelen presentarse para la demostración práctica del estado de necesidad justificante suelen operar en un nivel de simpleza radical bajo la dinámica de una emergencia inminente (v. gr. Incendio u otra catástrofe) seguido de daño directo a la propiedad (P. ej. Entrar a una morada), mientras que los que escapan de dicho estigma, revisten características marcadamente *de manual* (como sucede con el caso del guardagujas)

en estos ámbitos supondría tomar una decisión que se decanta arbitrariamente por uno de los polos del conflicto (en desmedro del otro). En otras palabras, significa atribuir a la esfera de los manifestantes no solo el poder de disponibilidad de su propio derecho sino también respecto de terceros ajenos a su voluntad reivindicatoria, una postura difícilmente justificable, al menos en abstracto, y en el marco de un Estado democrático de Derecho.

Una discusión análoga se ha presentado en el Derecho Penal alemán a propósito de los hechos de conciencia y su penalización, o más precisamente, en torno a la posibilidad de excluir la antijuricidad (y por ende, justificar) un hecho de conciencia. En estos casos, la postura mayoritaria sigue siendo aquella que niega esta posibilidad.<sup>182</sup> Dicha postura se sostiene sobre varias argumentos, que van desde la poca idoneidad que supondría la aceptación de su justificación para la convivencia social, hasta la inexistencia de razones para derivar la posibilidad de su ejercicio típico a partir de su consagración como derecho en la Constitución<sup>183</sup>.

Una de las exposiciones más completas de los dilemas implícitos en esta discusión es la que realiza Frisch, que también en oposición a la exclusión de la antijuricidad, asegura que “ninguna personas razonable estaría dispuesta a someter su derecho a la vida, a la integridad corporal o a la libertad, a la reserva de que el otro no tenga que tomar injerencia en estos derechos para el mantenimiento de su libertad de conciencia<sup>184</sup>” y concluye que “de ello se deriva, para el derecho penal, que especialmente aquel que por medio de su hacer activo produce una injerencia en los derechos y libertades de otro o en los bienes de la generalidad, por regla general, comete un ilícito”<sup>185</sup>.

Somos conscientes de la alta complejidad que supone establecer criterios en esta clase de problemáticas, lo cual queda evidenciado a la luz de las extensas discusiones doctrinales que esta materia ha suscitado. De las observaciones añadidas en esta sección, algunas de manera

---

<sup>182</sup> Por todos, véase Roxin, Una vez más: Sobre el Tratamiento Jurídico-Penal del Hecho de Conciencia, en *Derecho Penal y Criminología*, vol 34° n° 13 (2014).

<sup>183</sup> Ibid. Roxin agrega más argumentos relacionados con la fisonomía particular de la libertad de conciencia, y que por lo mismo, no cabe señalar aquí.

<sup>184</sup> Frisch, *Teoría de la pena: Concepto de delito y sistema del hecho punible en transformaciones*. Op. Cit.

<sup>185</sup> Ibid.

ilustrativa, varias de ellas serán tratadas con mayor profundidad en la sección ulterior relativa al ejercicio legítimo de un derecho.

### 2.3. Consideraciones en torno al estado de necesidad defensivo

No obstante lo expuesto hasta ahora a propósito del estado de necesidad justificante, todavía puede resultar de provecho teórico analizar el problema desde una perspectiva distinta. En efecto, la regulación nacional del estado de necesidad justificante nos presenta un panorama caracterizado por una recepción limitada de la figura, no solo por las razones aducidas anteriormente, sino también por su exposición unidimensional, centrada únicamente en el estado de necesidad agresivo.

Dicha configuración normativa queda relegada en relación con una doctrina penal que de forma bastante uniforme reconoce la existencia y autonomía dogmática del estado de necesidad defensivo.<sup>186</sup> En esta línea, la profesora Myrna Villegas ha defendido la admisión del estado de necesidad justificante en su faceta defensiva a modo de una institución “*supralegal*”, útil para la defensa de una tesis que abogue por la ausencia de antijuricidad en ciertos escenarios de defensa de la mujer sometida a violencia intrafamiliar (en adelante, VIF)<sup>187</sup>. Posiciones semejantes se han presentado también en otras latitudes, como en España, donde algunos han propuesto el reconocimiento de la figura del estado de necesidad defensivo a través de una interpretación analógica de las figuras de legítima defensa y estado de necesidad agresivo<sup>188</sup>.

Si bien esta propuesta contiene postulados novedosos e interesantes, la admisibilidad de una institución semejante en nuestra legislación sigue siendo un punto extremadamente complejo, pues debe superar, entre otras cosas, la ausencia de un reconocimiento legal expreso. Más aún, esta causa de justificación no goza de una recepción extendida en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia, que identifica que sus márgenes todavía se encuentran desdibujados

---

<sup>186</sup> Diego Luzón Peña, Legítima defensa y estado de necesidad defensivo, en *Comentarios a la legislación penal, Tomo V* (Madrid: Edersa, 1985), 223-270

<sup>187</sup> Myrna Villegas, Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal, en *Revista de derecho Valdivia* 23(2) (2011), pp. 149-174.

<sup>188</sup> Luzón Peña. Op. Cit.

por instituciones a las que puede asimilarse a través del ámbito de la antijuricidad (legítima defensa) o de la culpabilidad (estado de necesidad exculpante).

Pese a aquello, el estado de necesidad defensivo ocupa un lugar preponderante en legislaciones comparadas, donde el desarrollo dogmático de la institución del estado de necesidad ha evolucionado de forma más dinámica, como es el caso de Alemania<sup>189</sup>. Algunos incluso reconocen que “últimamente se detecta en la doctrina una «huida» hacia el estado de necesidad defensivo: se reconducen los supuestos de acciones involuntarias o accidentales que crean peligros para los demás a las situaciones que dan lugar a estado de necesidad defensivo”<sup>190</sup>.

Un buen ejemplo jurisprudencial de esta materia, en el plano latinoamericano, lo constituye el caso Andoas<sup>191</sup>. En este un grupo de indígenas pertenecientes a la comunidad nativa del mismo nombre, empleados en una empresa petrolera de la zona, comenzaron una huelga en reivindicación de mejores condiciones laborales y mejora en el tratamiento de las externalidades ambientales negativas causadas por la compañía. En el contexto de dicha huelga, los trabajadores ocuparon físicamente el aeródromo de la compañía, entorpeciendo así el uso del mismo, lo que motivó el ingreso de la policía con la intención de desalojar el lugar. Los manifestantes se opusieron al desalojo mediante el uso de la fuerza, a partir de lo cual un funcionario policial resultó gravemente herido, y horas después, moriría. Producto de esto, además de los delitos de usurpación agravada y disturbios, los manifestantes fueron imputados por el delito de homicidio calificado por la muerte del policía.

Tras considerar los elementos de hecho y las circunstancias jurídico-penales del caso, principalmente aquellas referidas al contexto de protesta en la que se enmarcaron las acciones, la Segunda Sala de la Corte Suprema del Perú dictó una sentencia absolutoria. En efecto, esta decisión se fundamentó de distintas maneras respecto a cada delito imputado, siendo

---

<sup>189</sup> Michael Pawlik, *Solidaridad como categoría de legitimación jurídico penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante*. Op. Cit.

<sup>190</sup> Ricardo Planas, En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos, en *Derecho penal del estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig* (Madrid: La ley, 2011), 445-474

<sup>191</sup> Una reseña bastante completa del caso puede encontrarse en: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/caso-andoas/?lang=es>

fundamental para el caso del homicidio, la falta de pruebas que pudieran vencer la presunción de inocencia de los imputados.

Más interesante para estos efectos resulta el fundamento absolutorio en torno al delito de disturbios, donde el colegiado llegaría a la conclusión siguiente: “la protesta de los miembros de la comunidad de Andoas y otras, está enmarcada dentro del derecho constitucional de petición, por lo que el hecho de haber participado en la ocupación de la pista de aterrizaje del aeródromo de Andoas y de algún acto de fuerza, no constituye delito debido a que el reclamo ante situaciones de real pobreza y falta de respuestas razonables del Estado, constituye un estado de necesidad justificante”<sup>192</sup>. No obstante, no hay en la sentencia un análisis más extenso en torno a las consideraciones o fundamentos que llevan al tribunal a considerar la concurrencia de dicha causa de justificación.

Mayores conclusiones dogmáticas pueden extraerse de un caso considerado emblemático en el ámbito europeo, en lo que a la jurisprudencia del estado de necesidad se refiere. Se trata del caso «*Faucheurs volontaires*», o de los agricultores contra los cultivos transgénicos<sup>193</sup>.

En julio de 2003, agricultores de diversas regiones de Francia organizados a través de sindicatos agrícolas y adherentes del movimiento “*Faucheurs volontaires*” (literalmente, segadores voluntarios), tomaron la determinación de “neutralizar” determinados cultivos de maíz transgénico. Este hecho fue finalmente llevado a cabo en una manifestación masiva en la que los agricultores ingresaron a diversas plantaciones y cortaron la cadena de cultivo de las mismas. En dicha ocasión, afirmaron que la manifestación se enmarcaba en una postura de rechazo al cultivo de organismos genéticamente modificados en campo abierto, que buscaba alertar a la opinión pública e interpelar a la autoridad acerca de los peligros que dicho modelo de cultivo implica para el medio ambiente y para la salud de las personas.

---

<sup>192</sup> Sentencia de la Segunda Sala Penal de Loreto (Perú), de 10/12/2009, recaída en el Expediente No 2008-00109-0-1903-SP-PE-2

<sup>193</sup> CEDDHH. Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention\\_spa](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa)



Ese mismo día fueron detenidos y posteriormente juzgados ante el tribunal correccional de Versailles bajo el cargo de “destrucción, degradación o deterioración de bienes ajenos”. En su defensa, los agricultores sostuvieron que actuaron movidos por un “estado de necesidad” ante los peligros para el medio ambiente -y por tanto, en defensa de su derecho a un medioambiente libre de contaminación- que supone el cultivo en campo abierto de organismos genéticamente modificados.

En sentencia de 12 de enero de 2006, el tribunal de primera instancia decreta la absolución de los manifestantes, en base a que determina el efectivo cumplimiento de los requisitos del estado de necesidad, caracterizado principalmente por la existencia de un peligro inminente para agricultores y consumidores, y la inexistencia de un medio judicial para obtener la satisfacción de sus derechos. Sin embargo, dicha sentencia fue posteriormente revocada por la Corte de Apelaciones de Versailles, que estima que los agricultores “no estaban en contacto con un evento amenazante que debiera ser inmediatamente neutralizado para la salvaguarda de su propia persona o de su propiedad”, por lo que el estado de necesidad no podía ser configurado. Esa resolución termina siendo confirmada por la corte de casación.

### **3. Ejercicio legítimo de un derecho**

La causal de justificación referida al ejercicio legítimo de un derecho, está reconocida en nuestro Código Penal dentro del catálogo de eximentes de responsabilidad penal que contempla el artículo 10 N° 10, en conjunto con el obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de una autoridad, oficio o cargo, de la siguiente manera:

“Están exentos de responsabilidad criminal: (...)

10° El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo.”

Aun cuando algunos autores sostienen que esta causal de justificación es superflua y prescindible, proponiendo incluso su derogación<sup>194</sup>, no es extraño encontrarla bajo formulaciones similares en el derecho comparado, pues para la doctrina mayoritaria su

---

<sup>194</sup> Esteban Pérez, “La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 56 (1995), 623-650.

reconocimiento legal sigue siendo de utilidad, sobre todo en relación a cuestiones que serán brevemente referidas más adelante. Así, el Código Penal Español, en su artículo 20 N° 7 la contempla de la siguiente manera:

“Están exentos de responsabilidad criminal: (...)  
7° El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.”

Como señalamos anteriormente, la doctrina mayoritaria ha defendido la inclusión de esta causal de justificación en diferentes países, principalmente haciendo referencia a la unidad o no contradicción valorativa del ordenamiento jurídico. Esto es, la idea según la cual el sistema normativo en su conjunto debe ser coherente en cuanto a su valoración de conductas, las cuales pueden parecer contradictorias sin una referencia explícita, y donde la autorización de un actuar consagrado normativamente (extra-penal) tiene el efecto de justificar una conducta típica en el ámbito penal, lo que a su vez, descansa en una segunda consideración que según la doctrina da sentido a esta causal de justificación, el carácter de última *ratio* del Derecho Penal en relación al conjunto normativo que conforma el ordenamiento jurídico<sup>195</sup>.

Esta causal de justificación, que en términos prácticos, excluye la punibilidad de conductas típicas, contempla dos requisitos sobre los cuales la doctrina ha concentrado su análisis: en primer lugar, la existencia del derecho que justifique el actuar típico, y en segundo lugar, que ese derecho sea ejercido legítimamente<sup>196</sup>. Respecto de la existencia del derecho, la discusión ha girado en torno a la forma de reconocerlo, mientras que sobre la legitimidad de su ejercicio, la doctrina ha centrado sus esfuerzos en la identificación de los límites de dicho ejercicio.

La presente sección tiene por objeto analizar si acaso la realización de las conductas típicas descritas en el artículo 268 septies del Código Penal pueden ser o no justificadas por el ejercicio legítimo del derecho a manifestarse, entendido como un derecho autónomo, construido a partir de la convergencia del derecho de reunión y el derecho de manifestación. Para ello, nos

---

<sup>195</sup> Santiago Mir Puig, Op. Cit., 482.

<sup>196</sup> Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, 244. Op. Cit.

centraremos en los requisitos antes expuestos, respecto de cada una de las hipótesis delictivas descritas en el capítulo anterior.

Debemos señalar respecto del primer requisito, esto es, la existencia de un derecho que justifique el actuar típico, que la discusión doctrinaria, en los términos ya referidos, se ha mostrado vacilante en torno a la forma adecuada de reconocimiento de la existencia del derecho correspondiente. Así, algunos autores sostienen que este solo puede ser identificado expresamente en el ordenamiento jurídico<sup>197</sup>, mientras que por otro lado, ciertos juristas señalan que este puede ser deducido de normas consuetudinarias, o mediante una interpretación analógica<sup>198</sup>.

Como advertimos, esta discusión no confronta directamente el marco de nuestro análisis, principalmente debido a que el derecho a la manifestación o protesta, que sería aquel derecho que se invocaría como justificación del actuar típico en las distintas hipótesis del artículo 268 septies, está consagrado y protegido a nivel constitucional, a través del reconocimiento expreso del derecho a la libertad de expresión y de reunión, en los artículos 19 N°s 12 y 13, e igualmente protegido en el plano internacional a través de los artículos N°s 13 y 14 de la CADH y 19 y 20 del PIDCP. No presentándose reales objeciones respecto de la efectiva existencia de este derecho, el análisis ulterior se concentrará en las discusiones que surgen a partir de los límites al ejercicio legítimo de dicho derecho, segundo requisito que procedemos a tratar a continuación.

Acerca del ejercicio legítimo del derecho que sirve de justificación a las conductas típicas, debemos decir que la doctrina ha entendido esta referencia como una forma de excluir de los efectos limitadores de punibilidad de ejercicios abusivos, excesivos o arbitrarios del derecho en cuestión<sup>199</sup>. El desafío que debemos emprender es determinar de forma un poco más concreta este tipo de ejercicio, que excluiría el efecto justificante del derecho. Nos debemos preguntar entonces, qué debemos entender por ejercicio abusivo o arbitrario de un derecho, y qué herramienta teórica nos podría servir para delimitar este tipo de ejercicio, de uno de carácter legítimo.

---

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Enrique Cury, 562. Op.Cit.

<sup>199</sup> Opinán en este sentido; Matus y Ramirez, 282. Op. Cit. ; Enrique Cury, 562. Op.Cit.

Este análisis presupone delimitar claramente el contenido del derecho invocado, en tanto, el derecho que sirve de justificante solo es aquel que se realiza bajo ciertas condiciones, dentro de los límites legales y conforme a derecho<sup>200</sup>. En síntesis, esta eximente circunscribe su campo de actuación solo a aquellas situaciones en las que, el ejercicio de un derecho -al menos- legalmente reconocido se ejercita de manera legal<sup>201</sup>.

En lo que respecta a la delimitación en general, del derecho a la protesta o manifestación, nos remitimos a lo ya expuesto en el capítulo segundo de esta investigación, por lo que el nivel de análisis que realizaremos, a diferencia del llevado a cabo en el capítulo referido, será mucho más concreto, indagando respecto de qué debemos entender por un ejercicio abusivo o arbitrario de un derecho, y a través de qué herramienta teórica podemos hacer esta distinción en un caso concreto, circunscribiendo a continuación el análisis a cada una de las formas de comisión del delito tipificado en el artículo 268 septies.

Juan Carlos Carbonell trata específicamente los límites de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho en sus tesis doctoral, en la que expone, tal como dijimos anteriormente, que esta se encuentra sujeta a dos exigencias, la real existencia del derecho a actuar del modo en que se actúa, y en segundo lugar, que este modo de accionar pretendidamente amparado en un derecho subjetivo no suponga el quebrantamiento de un interés más grave<sup>202</sup>. Este último requisito, que hemos mencionado como la exclusión del ejercicio abusivo o arbitrario del derecho, la doctrina lo ha entendido en relación a la teoría de la ponderación de intereses o del principio de interés preponderante<sup>203</sup>, que permitiría determinar cuando nos encontramos con un ejercicio ilegítimo del derecho, que impida justificar la conducta que pretende amparar.

---

<sup>200</sup> Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 336. Op. Cit.

<sup>201</sup> Quinteros, *La Tipicidad Penal*, 483. Op.Cit.

<sup>202</sup> Juan Carlos Carbonell, “Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, a cargo del Dr. Manuel Cobo Rozal (Madrid, 2015), 317.

<sup>203</sup> José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, II*, (Madrid: UNED, 1997), 291.

Concluye el autor recién citado, que en realidad estos dos límites a esta causal de justificación, pueden entenderse unívocamente, como solo un requisito, en tanto, el reconocimiento o existencia del derecho que pretende justificar una acción típica, solo será tal, en tanto, se ajuste a los límites que determina el principio de ponderación de intereses o del interés preponderante. De esta forma, aquella actuación que contraviene lo prescrito por estos principios no podrá entenderse como el ejercicio de un derecho, pues su ejercicio abusivo o arbitrario lo despoja de su calidad de tal<sup>204</sup>.

Señala Carbonell, que la determinación de los límites de la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, en cuanto a la identificación de donde acaba el ejercicio legítimo y donde comienza el abuso, no puede hacerse de carácter general, sino que su solución será caso a caso, siendo el principio de preponderancia de intereses la herramienta teórica que nos sirva para responder el caso concreto, en el sentido de que el abuso comenzará precisamente allí donde el interés lesionado o puesto en peligro por el ejercicio del derecho es superior al que proporciona<sup>205</sup>.

El principio de interés preponderante o de ponderación de intereses, se ha entendido como la exigencia de la debida ponderación del conjunto de intereses concurrentes, fundamentalmente, aquel referido a la no realización de la conducta típica, por un lado, y al derecho que permite llevarla a cabo, por otro, comparando entonces los bienes jurídicos implicados y sus grados de lesión o puesta en peligro, en el sentido de que el interés comprometido en el ejercicio del derecho invocado no sea de mayor relevancia a aquel resguardado por el propio derecho<sup>206</sup>.

A nuestro juicio este principio encuentra un desarrollo un tanto más preciso a través del principio o test de proporcionalidad, técnica de ponderación desarrollada por Robert Alexy tomando en consideración la jurisprudencia constitucional alemana. Este principio busca

---

<sup>204</sup> Carbonell, *Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal*, 319. Op. Cit

<sup>205</sup> Ibid, 326.

<sup>206</sup> Ibid, 400.

optimizar principios y por tanto, también derechos<sup>207</sup>, que entran en colisión, a través de la exigencia de satisfacción de 4 criterios que se siguen sucesivamente. En primer lugar, es necesario que la actividad llevada a cabo por el Estado persiga un fin legítimo, en segundo lugar, que la medida sea idónea para alcanzar dicho fin (juicio de idoneidad), en tercer lugar, que tal acción sea necesaria, es decir, que no hayan medios menos gravosos con los que llegar al mismo resultado (juicio de necesidad) y finalmente, que esta intervención estatal sea adecuada en relación a los demás derechos que entran en conflicto (juicio de idoneidad o de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>208</sup>.

Este test, que tiene como función primaria poder controlar la legitimidad de las injerencias del Estado en los derechos fundamentales de las personas, será una herramienta útil en nuestro análisis, especialmente en relación al cuarto criterio, el juicio de idoneidad o de proporcionalidad en sentido estricto, que a nuestro juicio viene superar o precisar, el principio del interés preponderante o de ponderación de intereses.

Este juicio de idoneidad tiene como fundamento la ley de la ponderación, que prescribe que cuanto mayor sea el grado de afectación de uno de los principios o derechos, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro principio o derecho<sup>209</sup>. Así, de lo que se trata es de determinar cual de los intereses que en abstracto tienen similar importancia, debe ceder en pos del peso del otro, en el caso concreto<sup>210</sup>. Debemos resaltar que la colisión entre los distintos derechos que entran en tensión no se soluciona a través de consideraciones abstractas que le otorguen mayor valor a uno que a otro, sino que del análisis de un caso en concreto<sup>211</sup>, en tanto, el valor de un derecho o principio puede ganar mayor o menor importancia en virtud de las circunstancias fácticas que lo rodean. Lo anterior lo explica Alexy en su Teoría de los Derechos Fundamentales de la siguiente manera:

---

<sup>207</sup> Entendemos que los derechos fundamentales tienen en parte el carácter de principios, pues la solución a su colisión no es a través de reglas de subsunción, sino que a través de la optimización de estos, tal como sucede con los principios.

<sup>208</sup> Roberto Alexy, *Constitutional Rights and Proportionality*. ponencia presentada en el seminario internacional «Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica», organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima-Perú, (2010)

<sup>209</sup> Ibid.

<sup>210</sup> Roberto Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Pág. 89.

<sup>211</sup> BVerfGE 35, 5 (9 y ss.); comparar también 27, 344 (352 y ss.); 27, 211 (219); 43, 242 (289); 50, 5 (10 y ss.); 50, 166 (176); 69, 315 (253); 76, 256 (360): “Bajo consideración de todas las circunstancias”.

“Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión -tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido- uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas tienen que llevarse a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios -como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>212</sup>.

El mismo autor precisa que la forma de llevar a cabo este juicio de ponderación, es a través del establecimiento de una escala de valores binaria o trídica, correspondiente a la intensidad de la interferencia en el derecho fundamental, como puede ser la siguiente: leve, moderado y grave<sup>213</sup>. Afectación, que como hemos dicho, debe determinarse en virtud de las circunstancias concretas del caso. La forma de solucionar la colisión de derechos entonces, estará dada por esta categorización, privilegiándose aquel derecho cuyo nivel de afectación es más intenso que el otro, en el entendido que la colisión representa una contradicción tal, que la vigencia de uno de ellos implica la afectación del otro.

Alexy ejemplifica lo anterior en relación a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán<sup>214</sup> que ponderó el enfrentamiento entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, de la siguiente manera:

“La popular revista satírica, Titanic, llamó primero «asesino nato» y luego, en una edición posterior, como «tullido», a un soldado parapléjico perteneciente a la reserva del ejército. El Tribunal Superior de Düsseldorf emitió una sentencia en contra de la revista Titanic y ordenó a dicha revista pagar una indemnización de 12,000 marcos alemanes al oficial. Titanic interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal realizó una ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto («fallbezogene[n] Abwägung») (18) entre la libertad de expresión de la revista (P1: Art. 5 (1) (1) de la Ley Fundamental alemana) y el derecho al honor del oficial (P2 : Art. 2 (1), en concordancia con el Art. 1 (1) de la Ley Fundamental). Para tal fin, el Tribunal

---

<sup>212</sup> Roberto Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 89.

<sup>213</sup> Robert Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad”, en *Revista española de derecho constitucional* (2011), pp. 11-29.

<sup>214</sup> BVerfGE 86, 1 (11).

determinó la intensidad de la interferencia en estos derechos y las puso en relación la una con la otra. La sentencia que ordenaba el pago de la indemnización fue calificada como una interferencia dura («nachhaltigen») (19) o grave (g) a la libertad de expresión (I1). La sentencia que ordenaba el pago de la indemnización fue calificada como una interferencia dura («nachhaltigen») (19) o grave (g) a la libertad de expresión (I1 ). Esta conclusión se fundó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma forma en que la habían venido haciendo hasta el momento. El apelativo «asesinato» fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por Titanic. La mencionada revista se refería habitualmente a distintas personas variando sus apellidos de nacimiento de forma «evidentenete (sic) poco seria» («erkennbar unernte»), desde «juegos de palabras hasta tonterías» («Wortwitze bis hin zu Albernheiten») (20). Este contexto hace imposible reconocer en el apelativo utilizado por la revista «un perjuicio no permitido, grave o ilegal en contra del derecho a la personalidad» («unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsrechtsverletzung») (21). La interferencia al derecho al honor (I2) fue calificada como de intensidad moderada (m), incluso tal vez sólo de intensidad leve o menor (l). Esto significaba que la interferencia a la libertad de expresión era desproporcionada y, en consecuencia, inconstitucional de acuerdo con la ley de la ponderación y, con ella, a la ley del peso.”<sup>215</sup>

Lo anterior, vislumbra el análisis que debemos realizar respecto de las distintas formas de comisión del delito tipificado en el artículo 268 septies. En síntesis, para determinar la concurrencia o no de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, en relación a las hipótesis que contempla el artículo recién citado, debemos -en este nivel de análisis- establecer los marcos de legitimidad del ejercicio de tal derecho, excluyendo su ejercicio abusivo o arbitrario. Esto lo realizaremos a través del último criterio del test de proporcionalidad propuesto por la jurisprudencia constitucional alemana, ponderando los distintos niveles de intensidad de afectación de los derechos en tensión, en virtud de las circunstancias concretas del caso, privilegiando aquel derecho que presente el mayor grado de turbación.

Respecto a la primera forma de comisión que contiene el artículo 268 septies, referida a la interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos, sin autorización, mediante violencia o intimidación, debemos adelantar que no será necesario llevar a cabo un análisis al nivel que hemos descrito recién, pues la exigencia del tipo en torno a la presencia de violencia o intimidación, a nuestro juicio, excluye de buenas a primeras, que la acción allí tipificada represente un ejercicio legítimo del derecho a manifestarse o a protestar.

---

<sup>215</sup> Robert Alexy, *Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*. Op.Cit.



Es claro, a nuestro juicio, que el ejercicio de violencia o intimidación, en los términos expuestos en el capítulo tres, constituye una forma de actuación que excede los límites del ejercicio del derecho a la protesta o a la manifestación, pues la misma Constitución que consagra estos derechos, establece límites que excluyen un actuar mediante violencia o intimidación. Así, el artículo 19 N° 13 de nuestra carta fundamental consagra el derecho de reunión de carácter pacífico, garantiza el “derecho a reunirse pacíficamente”. En nuestro parecer, esta referencia al carácter pacífico de la reunión excluye que actos de violencia o intimidación constituyan una forma de ejercicio legítimo de este derecho fundamental.

A mayor abundamiento, esta exclusión de conductas violentas e intimidatorias en el ejercicio del derecho de manifestación ha sido remarcado por la CIDH afirmando que “las autoridades estatales tienen la obligación de prevenir, y en su caso, controlar cualquier forma de conducta violenta que vulnere los derechos de cualquier persona bajo su jurisdicción. El derecho de reunión, tal como se ha definido en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de rango constitucional en los países de la región, tiene como requisito identificadorio el de ejercerse de manera pacífica y sin armas”<sup>216</sup>. Por lo anteriormente expuesto, resulta forzoso concluir que no podrá identificarse en esta primera hipótesis, una causal de justificación amparada en el ejercicio legítimo del derecho a manifestarse o el derecho a la protesta.

Respecto de la segunda y tercera hipótesis delictiva del artículo 268 septies, que castiga, por un lado, al que interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos, sin autorización, mediante la instalación de objetos diversos, y por otro lado, la interposición de vehículos en la vía, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, en términos tales, de paralizar por completo la circulación de otros vehículos, debemos decir lo siguiente. En primer lugar, a diferencia de la hipótesis recién analizada, estas acciones no requieren la presencia de violencia o intimidación para ser punible. Lo anterior a nuestro juicio redundaría en un gran problema de legitimidad en relación al principio de proporcionalidad penal, en su concreción de *última ratio*, ya que se acude a la herramienta más lesiva como respuesta a la realización de conductas que no tienen, a nuestro juicio, la envergadura necesaria para requerir la intervención del Derecho Penal, en tanto, subsiste la posibilidad de sancionar civil o administrativamente estas acciones.

---

<sup>216</sup> CIDH, *Informe sobre seguridad ciudadana y Derechos Humanos*, párr. 198.

Piénsese, por ejemplo, en relación a la hipótesis comisiva de interrupción mediante la instalación de obstáculos, en el común comportamiento de algunos sujetos, que en el marco de una manifestación deciden paralizar la circulación de vehículos mediante la instalación de vallas papales, las que más allá de interrumpir completamente el tránsito mientras estas se ubiquen en la calzada, pueden ser retiradas por los mismos automovilistas, sin mayor esfuerzo. ¿Se justifica acaso, que una conducta como esta signifique para el autor de ella una pena de presidio?

Imaginémonos, respecto de la interrupción mediante la interposición de vehículos en la vía, lo siguiente, un grupo de taxistas santiaguinos movilizados en contra de los asaltos que sufren, atraviesan sus autos en una avenida principal de la ciudad de Santiago, como forma de protesta. ¿Es proporcional, perseguirlos y castigarlos penalmente? Sin perjuicio de que la crítica aquí deslizada excede los propósitos de la presente investigación, debemos tener en consideración esta cuestión al momento de determinar si se puede identificar una causa de justificación en torno al ejercicio legítimo de un derecho en estas hipótesis delictivas.

Como ya hemos dicho, la construcción de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho respecto de un determinado delito, debe hacerse caso a caso, asignado valores de afectación a los derechos fundamentales que entran en conflicto. En estas hipótesis comisivas<sup>217</sup> el derecho fundamental turbado por la conducta típica será la libre circulación, mientras que el derecho fundamental que se ejerce a través de esta acción típica será el derecho a la protesta o manifestación. Respecto de este último derecho debemos volver a algunas consideraciones que hemos referido el primer capítulo de esta memoria. Así, es preciso tener presente lo expresado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en torno al derecho de reunión, en el siguiente sentido:

“La comisión reconoce que en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derecho que merecen de la protección y garantía estatal. Sin embargo, este tipo de alteraciones son parte de la mecánica

---

<sup>217</sup> Nos referimos aquí a la interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos, sin autorización, mediante la instalación de obstáculos diversos y a la interposición de vehículos en la vía, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por estos.

de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse”<sup>218</sup>.

El mismo organismo internacional de derecho humanos ha señalado, respecto a la tensión entre el derecho de reunión y libertad de expresión, con la libertad de tránsito, lo siguiente:

“(…) en el momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático”<sup>219</sup>.

Finalmente, esta comisión resalta la relevancia del derecho de reunión y libertad de expresión en relación a determinados grupos de la sociedad, señalando lo que sigue:

“Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenadas. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y movilización social se ha constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”<sup>220</sup>.

En consideración de estas advertencias y directrices entregadas por la CIDH, podremos vislumbrar de forma un tanto más clara, en qué casos el derecho a la manifestación podría justificar un actuar típico conforme a las dos hipótesis del artículo 268 septies aquí analizadas, y en cuales casos no se podrían justificar tales conductas. La forma en que procederemos con el análisis será relacionando los niveles de afectación a los derechos involucrados (manifestación y libre circulación) con los criterios expuesto por la CIDH recién citados, que en todo caso, deben identificarse en las circunstancias fácticas del caso concreto que se pretenda justificar.

---

<sup>218</sup> Ibid, párr. 198.

<sup>219</sup> CIDH, *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2005, Párr. 93. Op. Cit.

<sup>220</sup> CIDH, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la libertad de expresión”, Capítulo IV, pár.29.

De esta forma, la determinación del grado de afectación del derecho de manifestación que supone la criminalización de la interrupción de libre tránsito a través de objetos o vehículos, estará relacionada al menos con las siguientes circunstancias a verificar en el caso concreto<sup>221</sup>. En primer lugar, las particularidades del grupo que realice tal actuación, en tanto, será diferente si aquellos que se manifiestan a través de estos actos son grupos desfavorecidos, olvidados y no escuchados, que ven en esta forma de actuar la única manera de intervenir en el debate público, o son, por el contrario, grupos de interés que tienen una reconocida posición de privilegio en la sociedad, que les permite intervenir en el debate público y presentar sus propuestas y preocupaciones a través de causas institucionales. En segundo lugar, será relevante el carácter del derecho fundamental reclamado a través de la protesta y su nivel de vulneración. Sin perjuicio de entender que todos los derechos fundamentales gozan de importancia similar en abstracto, en un caso concreto, pueden identificarse que unos u otros gozan de mayor significación, sobretodo en consideración del carácter del derecho fundamental vulnerado y su nivel de afectación<sup>222</sup>.

A su turno, el grado de afectación del derecho a la libre circulación tensionado por la interrupción del libre tránsito, en los términos del artículo 268 septies, dependerá de al menos dos circunstancias. Por un lado, el lugar en que se realice la interrupción de la libre circulación, pues será distinto, cortar el tránsito de una calle, una avenida o una carretera, y por otro lado, la afectación de intereses ulteriores y el carácter de ellos, en tanto, algunos cortes tenderán por su naturaleza a afectar otros derechos fundamentales en juego.

Cabe destacar que la verificación de uno u otro de estos elementos, que determina el nivel de afectación de los derechos en tensión, no conlleva una resolución aritmética de este conflicto, sino que estos deben entenderse como parámetros con los cuales se analice el caso concreto, a efectos de facilitar la adjudicación de los distintos niveles de afectación de los derechos en ponderación.

---

<sup>221</sup> Nuestra propuesta esta abierta a la identificación de otros criterios que permitan determinar el grado de afectación al derecho de manifestación, en este nivel de análisis.

<sup>222</sup> Esta consideración esta implícita en todas las causales de justificación que contempla la teoría del delito, pues en ellas se enfrentan derechos que en el análisis casuístico, se resuelven a favor de uno u otro, en consideración de las reglas que rigen cada uno de estos cerrojos de punibilidad.

Para finalizar la explicación, graficaremos lo anterior en dos casos, uno en el que se podrá aducir a nuestro juicio la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, y otro en que esto no podría realizarse.

Respecto del caso en que la causal de justificación sí tendría lugar, supongamos lo siguiente<sup>223</sup>: un grupo de pobladores de una comuna periférica de la Región Metropolitana, corta sin autorización, y por completo, el tránsito vehicular de una de las calles que rodea su Municipalidad, en protesta a la decisión del Alcalde de autorizar un relleno sanitario que colindaría con un campamento que estas personas habitan.

El ejercicio de ponderación de derechos, bajo las consideraciones anteriormente expuestas, asignaría a la afectación del derecho a la protesta, que se sigue de la criminalización de una conducta como la antes descrita, el carácter de grave, en tanto, el grupo que protesta es de aquellos más desfavorecidos, que encuentra solo a través de esta vía la forma en la cual influir en una decisión pública. A su vez, los derechos fundamentales que se estarían vulnerando a través de la instalación del relleno sanitario serían el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, los cuales son primordiales, pues se refieren a la misma auto conservación o sobrevivencia de las personas, más aún considerando que estas personas presumiblemente ya carecen de la protección necesaria de dichos derechos, al vivir en un lugar sin servicios básicos tan esenciales como es el agua potable, por ejemplo.

Por otro lado, a nuestro entender, el nivel de afectación del derecho a la libre circulación comprometido por la realización de este tipo de protesta, sería de carácter leve o moderado, en tanto, el corte de una calle en un sector céntrico de una comuna no es algo del todo inesperado en el contexto de los recurrentes imprevistos que aparecen comúnmente en el devenir urbano de las grandes ciudades, además de no constituir una avenida de envergadura tal que los efectos de su paralización sean relevantes. En ese mismo sentido, si es que no se verifica en el caso concreto el compromiso de otros intereses de igual o mayor relevancia, como puede ser, por ejemplo, la obstaculización del tránsito de una ambulancia de la cual depende el derecho a la vida

---

<sup>223</sup> En referencia a la hipótesis delictiva: interrupción completa de la libre circulación de personas o vehículos, sin autorización, mediante la instalación de obstáculos diversos.

o integridad física o psíquica de una persona, la interrupción tendrá el carácter de leve, o moderado en el caso que afecte intereses ulteriores de menor relevancia en el caso concreto.

Por lo anterior, la solución de ponderación a este conflicto de derechos, en consideración de las características concretas del caso que hemos elaborado, preferiría el ejercicio del derecho a la manifestación, de forma tal, que daría lugar la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho.

Como contrapunto a lo anterior, a continuación elaboraremos una hipótesis de hecho en que la respuesta sea distinta, es decir, que no se pueda aducir la justificación de la conducta típica en torno al ejercicio legítimo de un derecho.

Supongamos lo siguiente<sup>224</sup>: la importante asociación gremial de camioneros Confederación Nacional de Transportes de Carga (CNTC), realiza una manifestación, en plena pandemia, que consiste en la interposición de sus camiones en distintas carreteras del país, durante al menos una semana, paralizando por completo todo tránsito vehicular por dichas rutas, en protesta al constante hurto de sus cargas que sufren en distintos puntos de estacionamientos a lo largo de las carreteras del país.

El ejercicio de ponderación exige determinar entonces el grado de afectación del derecho a la protesta que se daría a través de la criminalización de estas conductas. Así, cabe primeramente aducir la posición privilegiada de la que goza dicha asociación gremial, poseyendo una comunicación directa con la institucionalidad chilena, la que le ha otorgado un conjunto de beneficios y exenciones en distintas materias. Por lo anterior no cabría identificar en ellos una falta de medios para comunicar sus preocupaciones y demandas, que haga de esta acción una actividad de imperiosa necesidad. Por otro lado, el derecho de propiedad, que es el reclamado a través de estas acciones de protesta, si bien, tiene un valor importante en nuestra sociedad, no sobrepasa el umbral necesario para considerar su afectación a través del hurto, uno de carácter grave. Por ello, el nivel de afectación que implica la criminalización de esta conducta, en el caso

---

<sup>224</sup> En referencia a la hipótesis delictiva: interposición de vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por ella, sin mediar accidente ni desperfecto mecánico.

concreto, sería a nuestro parecer de carácter leve, o en el caso de asignársele mayor relevancia al derecho a la propiedad reclamado, de carácter moderado.

En cambio, la afectación al derecho a la libertad de circulación contradicho por estas acciones, a nuestro juicio, podría ser catalogado como grave, en tanto, el corte de rutas o carreteras, a diferencia del corte de una avenida, o de calle común y corriente, trae consigo un nivel de consecuencias perjudiciales inconmensurablemente, lo que se relaciona al segundo criterio, en torno a los intereses ulteriores comprometidos a través de esta acción.

No es baladí, que en nuestro país los alimentos son casi absolutamente transportados mediante camiones, que transitan por las distintas carreteras del Chile, proveyendo de estos a las distintas regiones. Este actuar tendría entonces, la potencialidad de comprometer de forma relevante el derecho a la vida, e integridad física y psíquica, y salud de las personas, pues a medida que su prolongación sea mayor, conllevaría el desabastecimiento a distintas zonas de nuestro país. Consecuencias negativas para los derechos fundamentales antes mencionados, que se ven amplificadas por suceder estas acciones en plena pandemia, comprometiendo también el traslado de remedios, que también son trasladados a través de las carreteras. Por lo anterior, resulta evidente que en este caso el ejercicio de ponderación va a preferir el derecho a la libre circulación por sobre el derecho a la manifestación, excluyendo la posibilidad de aducirse la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, afirmándose la punibilidad -en este nivel de análisis- de esta particular forma de ejercer el derecho a manifestarse, que excedería sus límites.

Es necesario recalcar que los casos anteriores fueron elaborados con el fin de mostrar de la forma más gráfica posible, las distintas respuestas que se pueden dar a la presencia de la causal de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, específicamente en el conflicto generado por el derecho a la protesta y el derecho a la libre circulación. Hay que advertir, en todo caso, que la realidad supera con creces en complejidad a estas hipótesis pedagógicas, por lo que debemos insistir en que la determinación de la presencia de la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, en relación a las tensiones propias que genera el ejercicio del derecho a la protesta, debe hacerse de forma casuística, siendo útiles en todo caso, las consideraciones que aquí hemos elaborado.

Finalmente, cabe decir, a modo de recapitulación, que la causal de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, contempla como uno de sus requisitos la exclusión del ejercicio abusivo o arbitrario del derecho subjetivo reclamado. A su vez, la forma en que la doctrina ha tratado de determinar cuando estamos en presencia de un ejercicio ilegítimo, abusivo o arbitrario del derecho, es a través de la teoría del interés preponderante o de la ponderación de intereses. Esta señala que el abuso comienza allí donde el interés comprometido en el ejercicio del derecho invocado es de mayor relevancia a aquel resguardado por el propio derecho, exige por tanto, la debida ponderación del conjunto de intereses que entran en contradicción.

A nuestro parecer, la mejor herramienta teórica que disponemos para realizar este ejercicio de ponderación que mandata la teoría del interés preponderante, la encontramos en el desarrollo del principio de proporcionalidad elaborado por la jurisprudencia y doctrina constitucional alemana, a través del juicio de adecuación o de proporcionalidad en sentido estricto, que explica la forma en que se deben ponderar derechos o principios que entran en colisión, en un caso concreto. A partir de dicho método, y complementándolo con algunas consideraciones fácticas que hemos supuesto, hemos realizado el análisis de la verificación de la causal de justificación aquí tratada en diferentes formas de manifestación o protesta social. Concluimos a este respecto, que la respuesta *ex ante*, a la pregunta que motiva esta sección no puede ser categórica, sino que debe estar circunscrita a las características especiales que se presenten en el caso concreto, siendo posible una respuesta tanto positiva, como negativa, tal como hemos demostrado en los ejemplos elaborados.



## CAPÍTULO V: CULPABILIDAD

### 1. Concepto y función dogmática

El tercer y último nivel de análisis que nos ofrece la estructura de la teoría del delito corresponde al de la culpabilidad. Es importante destacar que el análisis de culpabilidad se elabora sobre la base de un hecho típico y antijurídico (un injusto) ya consolidado; es decir, para poner a prueba el ámbito de culpabilidad de cierta conducta, la misma debe ser de antemano subsumible en la descripción legal del tipo, y a la vez contraria al ordenamiento jurídico. La culpabilidad -concepto frecuente a lo largo de todo el espectro jurídico- tiene una significación propia en el ámbito de la doctrina jurídico-penal, según la cual esta consiste en una “reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó no obstante que en la situación concreta podría someterse a los mandatos y prohibiciones del derecho”<sup>225</sup>. Para los partidarios del concepto finalista del hecho punible<sup>226</sup>, la culpabilidad no debe ser interpretada como un elemento normativo (que elabora un juicio psicológico), sino como un “reproche por la realización de un hecho antijurídico, cuando, sin embargo, era jurídicamente exigible una actuación conforme a Derecho”<sup>227</sup>.

Según la postura actualmente predominante en la doctrina, la culpabilidad se estructura sobre la base de tres elementos fundamentales: la imputabilidad, la conciencia de ilicitud y la exigibilidad<sup>228</sup>.

El concepto de imputabilidad es construido a partir de dos atributos indispensables que deben concurrir en la conducta del sujeto: a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento<sup>229</sup>. Por su parte, la conciencia de ilicitud se refiere a la posibilidad de comprender lo injusto de una conducta

---

<sup>225</sup> Cury, 566. Op Cit.

<sup>226</sup> Inaugurado por Welzel, y de amplio influjo en la doctrina alemana contemporánea.

<sup>227</sup> José Manuel Gómez, *Teoría jurídica del delito* (Madrid: Editorial Civitas, 1984)

<sup>228</sup> Cury, 597. Op.Cit

<sup>229</sup> Mir Puig, 563. Op.Cit.: Bajo otro esquema, pero conservando la misma lógica, Jescheck identifica el primer elemento integrante de la culpabilidad como la *capacidad de culpabilidad*, que luego caracteriza como una suerte de salud psíquico-espiritual del autor. Vease en Jescheck, 460. Op.Cit.

determinada<sup>230</sup>. La exigibilidad, más es concreto, es “la posibilidad, determinada por el ordenamiento jurídico, de obrar en una forma distinta y mejor que aquella por la que el sujeto se decidió”<sup>231</sup>. Este juicio, sin embargo, toma nota de la debilidad propia de las conductas humanas<sup>232</sup>, que en determinados contextos reflejan un juicio que evalúa como demasiado gravosa una actuación conforme a derecho, y frente a esto, el ordenamiento jurídico disculpa su actuar ilícito. Así, la exigibilidad será la última alternativa a la que un individuo podrá recurrir para excluir o disminuir la sanción que corresponde al injusto, fundamentalmente bajo la justificación de encontrarse en una situación en que la exigencia de un comportamiento conforme al derecho parece tan exagerada que la reprochabilidad del acto disminuye a niveles en los que parece adecuado renunciar a la pretensión punitiva<sup>233</sup>. De esta forma, el derecho adecua sus formas a las diferentes situaciones y circunstancias, flexibilizando reglas cuya aplicación indiscriminada podría exacerbar el carácter represivo del *ius puniendi*.

En nuestro derecho se han regulado distintas causales de exclusión de culpabilidad, entre ellas, la fuerza irresistible y miedo insuperable (artículo 10 N° 9), el encubrimiento de parientes (artículo 17 inciso final) y el estado de necesidad exculpante (artículo 10 N° 11) introducido por la Ley 20.480 el año 2010. Respecto de esta última hipótesis, nuestro Código Penal ha establecido 4 requisitos que deben ser superados para disculpar al autor del injusto. Sin embargo, el desarrollo teórico del estado de necesidad exculpante se extiende en la doctrina comparada a ciertos criterios que también deben ser atendidos en el análisis que esta sección se propone<sup>234</sup>, a saber, verificar los criterios de procedencia de una disculpa al autor del delito consagrado en el artículo 268 septies, por encontrarse la reprochabilidad de su actuar disminuida al amparo de un estado de necesidad exculpante.

## **2. Estado de necesidad exculpante**

La introducción de la norma contenida en el artículo 10 N° 11 del Código Penal supuso una verdadera novedad para nuestro sistema jurídico, sobre todo si se atiende a la hasta entonces

---

<sup>230</sup> Cury, 597. Op. Cit.

<sup>231</sup> Cury, 681. Op. Cit

<sup>232</sup> Ibid.

<sup>233</sup> Frisch, *Teoría de la pena: Concepto de delito y sistema del hecho punible en transformaciones*. Op. Cit.

<sup>234</sup> Ibid.

escueta acogida que tenía en nuestra legislación la doctrina del estado de necesidad. Es posible afirmar que esta norma es la síntesis de un debate anticipado largamente por la doctrina nacional en torno a la posibilidad de configuración de causales de exclusión de la culpabilidad que fueran más allá de las (ciertamente limitadas) figuras del miedo insuperable o miedo irresistible; aquellas posiciones doctrinales, que acabaron por decidirse a favor de dicha tesis, fueron elaboradas a propósito de una constelación de escenarios fácticos bastante precisa, rotulado en la doctrina penal como el asesinato del tirano familiar por parte de la mujer víctima de Violencia Intrafamiliar (en adelante, también VIF)<sup>235</sup>.

En este contexto, no debería sorprendernos que el artículo 10 N° 11 fuera añadido a nuestro Código Penal por medio de la Ley 20.480 del año 2010, legislación que “Modifica el Código Penal y la Ley N° 20.066 sobre violencia intrafamiliar, estableciendo el femicidio, aumentando las penas aplicables a ese delito y reforma las normas sobre parricidio”. Si bien las circunstancias y el contexto de producción de la norma dan cuenta de que la normativa fue introducida con una *causa legis* inequívoca (evitar la criminalización desmedida de mujeres víctimas de VIF), no se pueden atisbar en su estructura positiva trazas específicas que lo vinculen exclusivamente a casos relacionados a VIF ejercida en contra de mujeres. En otras palabras, la norma reviste un carácter de validez general (frente a cualquier injusto), para lo cual se tomó como inspiración -según se afirmó durante su tramitación- el parágrafo 35 del Código penal alemán<sup>236</sup>, normativa que sigue un parámetro dualista del estado de necesidad (justificativo-exculpante) que ahora nuestra legislación también parece incorporar. Tras sucesivos debates y modificaciones en torno al tenor de la norma, ésta arribó de la siguiente manera a nuestro Código:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: [...]

11.º El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

- 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar.
- 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo.
- 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

---

<sup>235</sup> Myrna Villegas, *Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres homicidas y exención de responsabilidad penal*. Op. Cit.

<sup>236</sup> Vease en Historia de la ley 20.480. Trámite comisión mixta, Pág. 8. Observación del profesor Enrique Cury.

4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa’.

Si bien la norma fue caracterizada, al interior de su misma tramitación, como una figura de estado de necesidad exculpante, el profesor Juan Pablo Mañalich destaca que el artículo 10 N° 11 era susceptible, en principio, a dos interpretaciones diferentes, que no son redundantes en atención al estado de necesidad defensivo del artículo 10 N° 7: “como estableciendo una causa de exclusión de la culpabilidad” o “como estableciendo una causa de justificación por estado de necesidad defensivo”<sup>237</sup>. Sin embargo, termina descartando esta última posibilidad, debido principalmente a que la norma del artículo 10 N° 11 reviste una diferencia fundamental a la estructura dogmática del estado de necesidad defensivo, que tuvimos ocasión de analizar en la sección anterior. En efecto, la norma que ahora analizamos no contiene “la exigencia definitoria de una situación de estado de necesidad defensivo, a saber: la exigencia de que el peligro para el bien jurídico salvaguardado tenga su origen en la “esfera de organización” del titular del bien jurídico menoscabado por la respectiva acción de salvaguarda”<sup>238</sup>.

A continuación se revisarán algunos de los componentes más relevantes de esta causa de exclusión de la culpabilidad. Esta exposición se realizará teniendo a la vista la finalidad de la presente sección en el contexto general de esta investigación, es decir, con miras a determinar la posibilidad de procedencia de esta causa de exculpación a los manifestantes que en el contexto de una protesta cometan alguno de los injustos del inciso primero del artículo 268 septies.

## **2.1. La gravedad del mal a evitar**

Uno de los puntos más comentados en torno a la configuración del estado de necesidad exculpante dice relación con la naturaleza del mal que se busca evitar, que tal y como señala la norma, debe ser de una entidad *grave*. Dicho requisito se encuentra fundamentalmente vinculado a la propia naturaleza operativa de esta causa de exculpación, pues mientras la culpabilidad

---

<sup>237</sup> Juan Mañalich Raffo, El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 no. 11 del Código Penal chileno, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: Thomson Reuters, 2013)

<sup>238</sup> *Ibid.*

supone un juicio de reprochabilidad dirigido hacia el sujeto que comete el injusto, la gravedad del mal a evitar se vincula de manera causal con la impresión, de gran envergadura, que dicho mal ejerce sobre el individuo, hasta el punto de coartar su libertad de acción.

Este criterio suele exteriorizarse en otras legislaciones de manera expresa, a través de una técnica legislativa que enumera valores jurídicos (cuya importancia es indiscutida) sobre los cuales debe recaer el mal evitado; señaladamente, en el caso alemán, estos bienes son: la vida, la integridad física, y la libertad. De esta manera, al subrayar la importancia de este criterio se ha señalado que “este requisito es de la mayor relevancia, pues restringe significativamente el ámbito del nuevo estado de necesidad [...] la gravedad del mal debe enjuiciarse con criterios objetivos, pero tomando en consideración las particularidades circunstancias del afectado”<sup>239</sup>.

Este último punto nos trae devuelta a algunas de las consideraciones esbozadas en el capítulo precedente<sup>240</sup>, cuando a propósito de la naturaleza reivindicativa del derecho a la manifestación determinamos que la importancia del valor en juego debía medirse precisamente en virtud del derecho que se busca reivindicar. Así, una protesta en defensa del derecho a la propiedad no tiene la misma jerarquía valorativa que una realizada en defensa de la vida o salud, por tratarse éstos últimos de bienes jurídicos reconocidos ampliamente como de mayor envergadura. Es este, por lo tanto, uno de los primeros factores que debe tomarse en cuenta al analizar la pertinencia de la configuración de una causal de estado de necesidad exculpante, que pueda recoger debidamente las particularidades del universo de casos relacionados con el artículo en estudio.

## **2.2. La imposibilidad de proteger valores colectivos**

Una postura a favor de la procedencia del estado de necesidad exculpante en caso de manifestaciones típicamente descritas en el artículo 268 septies, exige resolver un punto bastante controvertido en torno a la norma del artículo 10 N° 11. Nos referimos a la naturaleza y

---

<sup>239</sup> Juan Domingo Acosta, Artículo 10 Nos 7 y 11 del Código Penal. Algunos criterios de delimitación, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: Thomson Reuters, 2013)

<sup>240</sup> *Ibid*, 102.

titularidad de los bienes que pueden ser efectivamente salvados por medio de esta causal de exculpación.

Siguiendo el modelo alemán, la norma en cuestión (§ 35 StGB), postula que actúa sin culpabilidad aquel que evita el mal (siguiendo los requisitos normativos) que recaer en “*su persona o derecho o los de un tercero*”. Dicha fórmula parece descartar de plano la posibilidad de considerar como exculpada la evitación de males referidos a valores comunitarios o supraindividuales, como sí se permite en el derecho español, donde no existe una restricción de estas características<sup>241</sup>. En términos prácticos, dicha configuración normativa dejaría fuera el uso de la presente causal de exculpación cuando esta se invoque en defensa de valores como el medio ambiente o el orden público. Esto es, en principio, determinante para el caso en que se intente construir esta excluyente de culpabilidad en escenarios de manifestación (devenida en injusto según el 268 septies), sin embargo, no descarta su procedencia -como podría pensarse-, sino que la somete a determinados requisitos adicionales.

Como señalamos ya reiteradamente, el derecho a la manifestación opera como una suerte de vehículo jurídico para la exteriorización de pretensiones reivindicativas en el espacio público; con esto en consideración, resulta evidente que el bien o valor jurídico reivindicado en situaciones de protesta no es precisamente el derecho a la manifestación, por el contrario, este es solo el medio a través del cual se pretende la conservación de otros derechos, como el derecho a la vida, a la educación, al medioambiente libre de contaminación, etc. Por esta razón, y atendiendo al requisito expuesto en el párrafo precedente, no cabe sino concluir que, en principio, la presente causa de exculpación sólo podría ser procedente en casos en los que el derecho reivindicado goce de una naturaleza individual, y no colectiva.

Desde luego, no puede ignorarse que la anterior consideración trae como consecuencia ciertas distinciones que bien pueden ser entendidas como arbitrarias: ¿Por qué podría postularse la ausencia de culpabilidad en manifestaciones por el derecho a la vida, pero no en

---

<sup>241</sup> Mir Puig, 458. Op. Cit. Quien admite dicha configuración normativa del estado de necesidad exculpante en el derecho español, pero se posiciona en contra de la misma: “Por esta misma razón, también resulta excesivo que el estado de necesidad exculpante no se limite a la salvación de bienes personalísimos, sino que se admita en toda clase de bienes, a condición sólo de que sea igual, y no menor, que el lesionado”.

manifestaciones a favor de un medio ambiente libre de contaminación? Sin embargo, los requisitos fijados en la norma dan cuenta de la incorporación de un criterio según el cual, la situación de irreprochabilidad penal sólo podría configurarse cuando el mal en cuestión recaer sobre bienes de los mismos manifestantes, o de terceros (cuando estos sean determinables), pero no sobre bienes colectivos. En ese sentido, la exclusión opera únicamente en referencia a valores supraindividuales, pues no circunscribe la causal exclusivamente al ámbito de los derechos personalísimos<sup>242</sup>.

### 2.3. Demás requisitos de la causal de exculpación

Además de la gravedad del mal que se busca evitar, que se refiere principalmente a la envergadura del mismo, la norma establece la necesidad de la *actualidad* o *inminencia* de dicho mal. En torno a este requisito, se ha sostenido que no es más que un reflejo de los requisitos de *realidad* o *inminencia*, contenidos en el artículo 10 N° 7<sup>243</sup>. De esta manera, la actualidad o inminencia haría referencia a un mal que sin haberse consumado a cabalidad, posee una entidad real y efectiva, es decir, existente en la realidad. Para el contexto de las acciones reivindicatorias que se suscitan en contexto de manifestaciones, la exclusión de la culpabilidad estaría supeditada al hecho de que las conductas en cuestión respondan a una necesidad urgente, que suponga para quienes se manifiestan un verdadero peligro para sus derechos o los de terceros<sup>244</sup>.

Como segundo requisito, debe concurrir la “inexistencia de otro modo practicable y menos perjudicial”, criterio que refleja una cierta concepción que atribuye un rol subsidiario al estado de necesidad exculpante, al cual solo puede recurrirse a falta de opciones alternativas que no acarreen la comisión del injusto. Dicho criterio, desde luego, también se vincula con la naturaleza misma de la exclusión de culpabilidad, pues la reprochabilidad se origina precisamente en la acusación de que pudiendo haber actuado de otra manera, se ha optado por el actuar injusto.

---

<sup>242</sup> Mañalich. Op. Cit.

<sup>243</sup> Tatiana Vargas, ¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N 11, en *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago: Thomson Reuters, 2013)

<sup>244</sup> Creemos sin embargo, que pese a que el mal pueda estar parcialmente configurado, la categoría de inminencia podría permanecer siendo válida si existe cierto peligro de que la situación se agrave.

Compartimos la opinión en torno a que dicho curso causal alternativo debe revestir características de plausibilidad, y por lo tanto, no basta con que se constituya como una mera posibilidad teórica. En otras palabras, dicho “modo practicable” hace referencia a una alternativa que estaba efectivamente a la mano de quien comete el injusto. En este sentido, y haciendo referencia al universo de casos que nos convoca, en principio no se podría negar a los manifestantes la concurrencia de este requisito bajo el supuesto de que siempre se pueden hacer peticiones formales a la autoridad, pues en situaciones críticas o en expresiones reivindicatorias espontáneas, dicha posibilidad no constituye una alternativa ni remotamente equivalente en efectividad.

Por otra parte, y como tercer requisito, la doctrina señala que “el mal causado no debe ser sustancialmente mayor que el que se evita”. Dicho presupuesto parece ser reflejo de las distinciones clásicas, ya reseñadas, entre el estado de necesidad justificante y el exculpante: en el estado de necesidad justificante el mal causado debe necesariamente ser inferior que el evitado, mientras que en el exculpante nos encontramos frente a un criterio más flexible en lo que respecta a la proporción que debe existir entre ambos males, que permite que este sea incluso superior, siempre que no lo sea sustancialmente.

Desde luego, la proporción estará dada en vinculación directa a la magnitud del daño que se busca evitar, que de partida, debe ser grave. En este sentido, en una manifestación por el derecho a la vida (cuando su puesta en peligro se constituya como real e inminente) podría permitirse un rango de afectación más elevado en torno al mal causado, que el de una manifestación realizada en defensa de otros derechos (p.ej. la libertad de expresión), lisa y llanamente porque parte de un estándar más alto.

Finalmente, concurre el cuarto requisito según el cual, el sacrificio del bien amenazado por el mal “no puede ser razonablemente exigido” a quien lo evita. Respecto a este último requisito, ocurre lo mismo que cuando el mal no es exigible al tercer necesitado, si el agente tiene conocimiento de este<sup>245</sup>, y que como criterio es igualmente un reflejo y manifestación de la lógica subyacente a las dinámicas de exculpación. A su respecto, la doctrina nacional ha señalado que

---

<sup>245</sup> Tatiana Vargas. Op. Cit.



la ambigüedad de dicha circunstancia puede dar lugar a dos interpretaciones diferentes, una de carácter subjetiva y otra objetiva: en base a la primera, el requisito en cuestión constituye “un último espacio de apreciación judicial del caso concreto, no sujeto a mayores orientaciones normativas”<sup>246</sup>, mientras que la segunda propone que la circunstancia no es sino “referencia a factores objetivos que excluyen en general la exigibilidad de otra conducta y que, si bien no están explicitados, son susceptibles de descubrimiento por vía interpretativa”<sup>247</sup>.

La doctrina mayoritaria parece inclinarse por ésta segunda opción, destacando que el carácter y finalidad del requisito de la exigibilidad apunta hacia “aclarar que la eximente no procederá cuando el mal haya sido intencionalmente originado por el sujeto que actúa necesariamente o cuando éste, por su oficio o cargo, tenga la obligación de exponerse al peligro”<sup>248</sup>.

### **3. Estado de necesidad exculpante en su aplicación práctica**

A partir de los presupuestos normativos explorados sucesivamente en las secciones precedentes, es posible efectuar el análisis referido a la idoneidad del estado de necesidad exculpante para dar respuesta a situaciones límites en el contexto de manifestaciones que sean reflejo de conflictos de derechos y/o bienes jurídicos. A priori es posible dar cuenta de la evidente ventaja comparativa que posee la fórmula exculpante en estudio, sobre todo si es comparada con otras causas justificativas expuestas con anterioridad. Esto debido a que el estado de necesidad exculpante, como causal de exclusión de la culpabilidad, posee un reconocimiento normativo orientado a la adaptación de nuestro Derecho Penal a otro tipo de situaciones límites, que como señalamos al inicio de ésta sección, no es otro que el universo de casos de violencia intrafamiliar o de género.

En lo referido a la aplicación concreta del artículo 10 N° 11, y en particular a lo que concierne a los casos que fueron tenidos en cuenta al momento de su reconocimiento normativo,

---

<sup>246</sup> Héctor Hernández, "Comentario al artículo 10 n° 11", en *Código penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: AbeledoPerrot, 2011).

<sup>247</sup> Ibid.

<sup>248</sup> Juan Pablo Castillo, El estado de necesidad del artículo 10 n° 11 del Código penal chileno: ¿Una norma bifronte? Elementos para una respuesta negativa, *Política Criminal*, (11: 22), 340-367.

el mayor obstáculo doctrinal y jurisprudencial ha sido dado por el requisito de la actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. Es este precisamente el punto que más debate generó en uno de los casos más emblemáticos en la materia, correspondiente a la causa seguida en contra de Karina Sepúlveda Cisternas ante el Tribunal Oral en lo Penal de Puente Alto RIT 166-2012, que culminó en primer término el día 21 de junio de 2013, con su absolución.

En dicha resolución judicial, el tribunal termina por acoger la posición de la defensa, declarando que la imputada habría actuado motivada por un estado de necesidad exculpante al momento de dar muerte al conviviente que la sometía a constantes maltratos físicos. Para lograr sustentar ésta decisión el tribunal recurre a la figura del “peligro permanente” en el cual se habría encontrado la imputada, el cual establece un vínculo de proximidad entre el mal evitado y el injusto, de modo tal que permite la efectiva corroboración del requisito en discordia.

No es del todo erróneo considerar que el mismo razonamiento podría ser trasladado para la configuración de la excluyente de culpabilidad en el plano de los injustos cometidos en el contexto de manifestaciones, y en especial aquellos adscritos al tipo penal del artículo 268 septies del Código Penal. Sin embargo, dicha interpretación debe ser capaz de sobreponerse al menos teóricamente a las siguientes cuestiones.

En primer lugar, creemos que la extensión analógica de los presupuestos doctrinales esbozados en torno a supuestos de violencia de género acarrea la necesidad de circunscribirse a escenarios en los que los bienes afectados (y subsecuentemente, el mal que se busca evitar) posee una envergadura comparable a la que está en juego en dicho universo de casos, a saber, la vida o supervivencia. En otras palabras, dicha causal de exculpación estaría reservada para casos en los cuales las reivindicaciones se circunscriben específicamente a la defensa inmediata de la vida. Si bien ésta consideración no puede extraerse directamente de los requisitos planteados por la norma, está en nuestra opinión implícitamente recogida en los criterios jurisprudenciales de aplicación de la causa de exculpación en estudio.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la aplicación del estado de necesidad exculpante en casos de injustos cometidos a la luz del artículo 268 septies en el contexto de manifestaciones cuenta con una desventaja relativa, en comparación a casos como el de mujeres

sometidas a violencia de género. Dicha desventaja es la carencia de una herramienta teórica interpretativa, asentada cada vez más en la jurisprudencia, como es la perspectiva de género.

No puede negarse que el uso de ésta causal exculpatória y el de otras causales de justificación en el contexto de mujeres que reaccionan ante escenarios de violencia está fuertemente influenciada por esta perspectiva teórica, que exige a los jueces incorporar en su razonamiento una multiplicidad de factores (tanto legales como sociológicos) que dan cuenta de las particulares dinámicas de género involucradas. Esta enfoque lejos de ser un eslogan, ha tenido un amplio desarrollo doctrinario<sup>249</sup> e incluso ha sido incorporado institucionalmente en el Poder Judicial de nuestro país, a través de la Política de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial y el Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias.

En definitiva, somos de la opinión de que es teóricamente posible concebir la concurrencia de los cuatro requisitos del estado de necesidad exculpante para casos en los cuales el injusto contenido en el artículo 268 septies de nuestro código penal es cometido en el contexto de manifestaciones. Sin embargo, dicha postura debe hacerse siempre con la prevención de que salvo en casos donde la particular naturaleza exculpante (es decir, en casos límites que impliquen la defensa inmediata de valores muy preciados) salte notoriamente a la vista, la apelación a dicho recurso supone una tarea de interpretación judicial cuyos márgenes son extremadamente acotados.

---

<sup>249</sup> Carola Rivas, “La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales” (Madrid: RIL Editores, 2022)

## CONCLUSIONES

La presente tesis supuso un ejercicio de análisis referido a los márgenes de punibilidad de la figura consagrada en el inciso primero del artículo 268 septies del Código Penal, a la luz de la teoría del delito. Lo anterior, tomando en especial consideración el contexto político-normativo de la creación de este nuevo tipo penal, que se puede circunscribir a un fenómeno de carácter general, llamado por algunos como criminalización del derecho a la protesta o criminalización de la protesta social. Es por ello que esta investigación dirigió sus reflexiones iniciales a este fenómeno, indagando primeramente acerca de la configuración jurídica del derecho a la manifestación, que tal como hemos establecido, no cuenta con un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento constitucional. No obstante, el resultado de este examen fue identificar la conformación y autonomía del mencionado derecho, a través de pronunciamientos de organismos internacionales de derechos humanos, que lo describen como el resultado de la comprensión conjunta de dos derechos fundamentales ampliamente reconocidos en los distintos ordenamientos nacionales e internacionales: el derecho de reunión y el derecho a la libertad de expresión.

Habiendo establecido la existencia autónoma de este derecho de manifestación, procedimos a referirnos derechamente sobre el mentado fenómeno criminalizador, el que no obstante exhibir claras manifestaciones en el Boletín N° 13.090-25, no entrega a nuestro juicio herramientas suficientemente claras para distinguir cuándo una determinada decisión legislativa (que implique la persecución penal de conductas realizadas en el marco de una protesta) es ilegítima o justificada. Esto debido a que de nuestro examen se desprende que la criminalización de ciertas acciones cometidas en el marco de manifestaciones no es en sí misma ilegítima, sino que su carácter se determina a partir del reconocimiento del conflicto de intereses creado por el respectivo injusto, y la forma en la que éste debe resolverse. De esta manera, fue necesario tratar de determinar, desde una perspectiva normativa, los límites del derecho a la protesta, impresos en instrumentos internacionales de derechos humanos, y en la legislación nacional y comparada, tanto desde el punto de vista constitucional como penal, con algunas referencias a la jurisprudencia que existe en este ámbito.

La segunda de las consideraciones generales desarrollada previo al análisis concreto de del artículo 268 septies inciso primero, fue referida al proceso de tramitación legislativa de la mentada disposición, pues a partir del estudio del mismo es posible ver reflejadas algunas de las tensiones y conflictos explorados en el primer capítulo de la presente investigación. Además de lo anterior, el análisis de dichas consideraciones permitió evidenciar la directa vinculación existente entre los sucesos ocurridos en la vía pública durante el marco del Estallido Social, y la decisión legislativa de reaccionar a los mismos a través de una respuesta penal. Esto permite determinar cuáles eran los casos que el legislador tenía en mente al momento de presentar las diversas propuestas de redacción de lo que hoy es el artículo 268 septies. A efectos de complementar el contexto normativo tras la Ley N° 21.208, repasamos las críticas formuladas por las organizaciones internacionales de derechos humanos y el proyecto de Ley Boletín N° 14.000-07, que pretende entre otras modificaciones, derogar el artículo en análisis.

Por su parte, el análisis de fondo de la presente memoria, desarrollado sucesivamente en el tercer, cuarto y quinto capítulo, nos condujo de lleno al estudio de los límites de punibilidad del artículo 268 septies del Código Penal. Tal reflexión fue llevada a cabo mediante el uso de la teoría del delito como un sistema de puertas o cerrojos escalonados y sucesivos (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que permiten delimitar el alcance del derecho penal en relación a determinadas acciones. Así, el examen de las eventuales conductas punibles a la luz de la tipicidad, la antijuricidad y culpabilidad, nos permitió excluir aquellas acciones que pareciendo a simple vista punibles, no lo eran por las exigencias propias de cada uno de estos niveles de la teoría del delito, que se encargan de restringir la responsabilidad penal sólo a aquellos casos en que sea estrictamente necesario, en concordancia el principio de proporcionalidad.

Respecto de la tipicidad, nuestras reflexiones giraron en torno a cómo entender las diferentes modalidades de comisión que integra el artículo 268 septies, y las exigencias que de ellas se derivan, limitando así el alcance de la punibilidad de este tipo penal en base a las particulares circunstancias fácticas que deben concurrir en su realización. Efectos que se retratan en relación a los requerimientos de completitud de la interrupción de la libre circulación de personas o vehículos, la inclusión del requisito que exige la presencia de violencia o intimidación en una de sus formas de comisión, la forma de entender la alusión a los obstáculos levantados en la vía pública, entre otras.

En relación al análisis de la antijuricidad y culpabilidad de las conductas asociadas al tipo penal en estudio, se pretendió satisfacer el objeto de esta memoria explorando el universo de casos en los cuales una determinada conducta típica pudiera estar en definitiva justificada o exculpada a través de las causales que nos entrega la teoría del delito: estado de necesidad justificante, ejercicio legítimo de un derecho o estado de necesidad exculpante. A partir de tal indagación pudo extraerse la conclusión general de que la posibilidad de justificar o exculpar una conducta típica de las incluidas en artículos 268 septies, no puede ser afirmada de forma genérica o en abstracto, sino que será un análisis contextualizado a la situación en particular, tomando en consideración cada uno de los elementos que rodean la acción típica, con especial referencia a aquellos que hemos propuesto, los que pueden servir de guía para determinar la concurrencia o no de estas compuertas de punibilidad.

De esta forma, hemos podido indagar en profundidad las consideraciones y elementos del inciso primero del artículo 268 septies, utilizando como herramienta teórica para ello, la teoría del delito, delimitando la extensión de punibilidad de las conductas tipificadas en esta disposición. Habiendo concluido la presente investigación, y confiando en su rigurosidad académica, es necesario destacar que el tratamiento que la doctrina ha hecho hasta ahora del artículo 268 septies no es extenso, lo que nos permite asumir que la trayectoria de su análisis doctrinal está recién comenzando, y contamos con que esta investigación pueda contribuir a la reflexión acerca de la norma y las consideraciones teóricas que la rodean, las cuales desde luego acarrearán elementos altamente controvertidos y polémicos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, Juan Domingo. 2013. «Artículo 10 Nos 7 y 11 del Código Penal.» En *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, de Alex Van Weezel. Santiago: Thomson Reuters.
- Alexy, Roberto. 2010. «Constitutional Rights and Proportionality.» *Seminario Internacional sobre Derechos Fundamentales y Argumentación Jurídica*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- Alexy, Robert. 2011. «Los Derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad.» *Revista Española de Derecho Constitucional* 11-29.
- Amnistía Internacional. 2020. «Arrested for protest. Weaponizing the law to crackdown on peaceful protesters in France.» Informe en Derechos Humanos, Londres.
- Biblioteca del Congreso Nacional. 2020. «BCN.» *Historia de la Ley 21.208*. Último acceso: 2024 de abril de 14. <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/7720/>.
- Bell, Mariana. 2021. «El derecho a manifestarse bajo la óptica de la ley antisaqueo.» *Anuario de Derechos Humanos* (17): 153-172.
- Bustos, Juan, y Hernan Hormazabal. 1997. *Lecciones de Derecho Penal: Volumen I*. Madrid: Editorial Trotta.
- Carbonell, Juan Carlos. 2015. «Fundamento, naturaleza y fuentes de la justificación penal.» *Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Madrid.
- Castillo, Juan Pablo. 2016. «El estado de necesidad del artículo 10 N°11 del Código Penal: ¿Una norma brifronte? Elementos para una respuesta negativa.» *Política Criminal* 11: 340-367.
- Corte Europea de Derechos Humanos. 1953. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Roma.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. 2003. *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cerezo, José. 1997. *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Madrid: UNED
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1985. «La Colegiación Obligatoria de Periodistas.» Opinión consultiva, San Jose.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2002. «Informe Anual. Relatoria para la libertad de expresión.» Informe en Derechos Humanos, San José.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005. «Informe Anual.» Informe de la relatoría para la libertad de expresión, San Jose.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. «Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos.» Informe en Derechos Humanos.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2019. «Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta Estatal.» Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Colomer, David. 2017. «Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos.» *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (19).
- Cuellar, Alberto. 1997. «El tipo penal de desórdenes públicos en Chile frente al derecho de reunión y a la libertad de expresión.» *Justicia do Direito* (31): 603-620.
- Cury, Enrique. 2020. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Santiago: Ediciones UC.
- Ducci, Carlos. 1995. *Derecho Civil Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Etcheberry, Alfredo. 1999. *Derecho Penal Parte General, Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Frisch, Wolfgang. 2020. «Teoría de la pena: Concepto de delito y sistema del hecho punible en transformaciones.» *Revista de Estudios de la Justicia* (32): 1-34.
- Fuenzalida, Fernando. 2020. «El bien jurídico protegido en los nuevos delitos de desórdenes públicos del artículo 268 septies del Código Penal.» *Revista jurídica del Ministerio Público* 204-228.
- García, María Paulina. 1999. *El estado de necesidad en materia penal*. Santiago: Editorial Jurídica.
- García, Gonzalo, Pablo Contreras, y Victoria Martínez. 2014. *Diccionario Constitucional Chileno del Tribunal Constitucional*. Santiago: Tribunal Constitucional.
- Gargarella, Roberto. 2005. *El derecho a la Protesta: El primer derecho*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Gargarella, Roberto. 2006. «El derecho a la Protesta Social.» *Derecho y Humanidades* (12): 141-151.
- Garrido Montt, Mario. 2016. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Global Freedom of Expression. Columbia University. s.f. *Caso Andoas*. Último acceso: 3 de junio de 2020. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/caso-andoas/?lang=es>.
- Gómez, José Manuel. 1984. *Teoría jurídica del delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Hefendehl, Roland. 2007. «El bien jurídico como eje material de la norma penal.» En *La Teoría del Bien Jurídico*, de Roland Hefendehl, Andrew Von Hirsch y Wolfgang Wohlers, 173-190. Barcelona: Marcial Pons.



- Hernandez, Hector, y Jaime Couso. 2011. *Código Penal Comentado*. Santiago: Legal Publishing.
- Herzog, Félix. 1992. «Límites al control penal de los riesgos sociales.» *Derecho Penal y Criminología* (14).
- Honorable Cámara de Diputadas y Diputados. 2019. «Primer Informe que recae sobre el boletín 13.090-25.» Informe Legislativo Comisión de Seguridad Ciudadana, Valparaíso.
- Human Rights Watch. 2019. *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas*. 26 de Noviembre. Último acceso: abril de 2024. <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>.
- Instituto de Derechos Humanos. 2012a. «Minuta Sobre las Manifestaciones Públicas y la Protesta Social: Consideraciones de una perspectiva de Derechos Humanos.» Minuta de circulación pública, Santiago.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos. 2012b. *Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos*. Minuta de Circulación Pública, Santiago: INDH.
- Jescheck, Hans-Heinrich. 2002. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Granada: Comares.
- Kaiser, Günther. 1992. «La Función de la Criminología con respecto a la política legislativa penal.» *Eguzkilorre: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología* (6).
- Kuhlen, Lothar. 2012. «Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito.» En *Límites al derecho penal*, de Ricardo Robles, 225-235. Barcelona: Atelier.
- Landa, Jon. 1996. «La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva ley de Lucha contra la criminalidad.» *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (49): 529-591.
- López González, José Luis. 1997. «El Derecho de reunión y manifestación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.» *Revista de estudios políticos* (96): 175-194.
- Lopez, Diego, y Mercedes Garcia Aran. 1996. *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*. Madrid.
- Lovera, Domingo, y Cristian Apiolaza. 2011. «Protesta Social y Derechos Humanos.» En *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, de Instituto Nacional de Derechos Humanos. Santiago.
- Lovera, Domingo. 2015. «Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución.» En *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, de Jaime Bassa, 99-120. Santiago: LOM.
- Luzon Peña, Diego. 1985. «Legítima defensa y estado de necesidad defensivo.» En *Comentarios a la legislación penal, Tomo V.*, de Manuel Cobo, 223-270. Madrid: Edersa.

- Mañalich, Juan Pablo. 2013. «El estado de necesidad exculpantes: Una propuesta de interpretación del artículo 10 no. 11 del Código Penal chileno.» En *Humanizar y Renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, de Alex Van Weezel. Santiago: Thomson Reuters.
- Martín-Retorillo Baquer, Lorenzo. 1987. «Notas para la historia de la noción de orden público.» En *Estudis i recerques. Policia y Constitución. Serie Protección Ciudadana*. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona.
- Matus, Jean-Pierre. 1997. «El concurso (aparente) de leyes en la reforma penal latinoamericana.» *Revista chilena de Derecho* 423-446.
- Matus, Jean Pierre, y María Cecilia Ramirez. 2021. *Manuel de Derecho Penal chileno*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, Santiago. 2008. *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Reppertor.
- Muiznieks, Nils. 2013. «Informe del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras su visita a España en 2013.» Informe en Derechos Humanos, Estrasburgo.
- Muñoz Conde, Francisco. 1993. *Derecho Penal, Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Nikken, Pedro. 1994. *El Concepto de Derechos Humanos*. San Jose: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Nogueira, Humberto. 2008. *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo II*. Santiago: Librotecnia.
- Organización de Estados Americanos. 2019. «Protesta y Derechos Humanos: Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta.» Relatoría Especial para la Libertad de expresión.
- Onfray, Michel. 2020. *Grandeur du petit peuple: heurs et malheurs des Gilets jaunes*. Paris: Éditions Albin Michel.
- Organización de Naciones Unidas. 2013. «Medidas efectivas y mejores prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos humanos en el contexto de las protestas pacíficas.» Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra.
- Organización de Naciones Unidas. 2019. «Informe sobre la misión a Chile entre el 30 de octubre y 22 de noviembre del 2019.» Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Ortigosa, Iñigo. 2017. *Delitos de desórdenes público*. Navarra: Universidad de Navarra.
- Pardo, Joaline. 2013. «Reseña La Protesta social en América Latina: Cuaderno de Prospectiva Política.» *Perfiles Latinoamericanos* (21): 211-218.

- Paredes Castañón, José Manuel. 2010. «El orden público como bien jurídico autónomo y legítimo.» En *Derecho Penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, de Diego Luzón Peña, 911-986. Madrid: La Ley.
- Pawlik, Michael. 2017. «Solidaridad como categoría de legitimación jurídico penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante.» *Revista de Estudios de la Justicia* (26): 222-247.
- Pérez, Esteban. 1995. «La causa de justificación de cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: propuesta de derogación de un precepto superfluo y contraproducente.» *Cuadernos de Política criminal* (56): 623-650.
- Perret, Sabrina. 2021. «La Responsabilidad penal del Superior por los delitos de sus subordinados cometidos en Dictadura.» En *Justicia Criminal y Dogmática Penal en la era de los Derechos Humanos*, de Jaime Couso, Hector Hernandez y Fernando Londoño. Santiago: Thomson Reuters.
- Pique, María Luisa, y Marina Soberano. 2008. «El derecho penal y la protesta social.» En *Teoría y Crítica del derecho Constitucional*, de Roberto Gargarella. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Planas, Ricardo. 2011. «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos.» En *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho: libro homenaje a Santiago Mir Puig*, de Diego Luzon Peña, 445-474. Madrid: La Ley.
- Politoff, Sergio, Jean-Pierre Matus, y María Cecilia Ramírez. 2004. *Leciones de Derecho Penal chileno*. Santiago: Editorial jurídica.
- Quintero Olivares, Gonzalo. 2018. «La Tipicidad Penal.» En *Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena.*, de Gonzalo Quintero Olivares, 47-52. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- Rivas, Carola. 2022. *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*. Madrid: RIL Editores.
- Roxin, Claus. 2014. «Una vez más: Sobre el tratamiento jurídico-penal del hecho de conciencia.» *Derecho Penal y Criminología* 35 (98): 13-38.
- Roxin, Claus. 2015. *Derecho Penal Parte General: Volumen I*. Thomson Reuters.
- Sainz Moreno, Fernando. 1977. «Orden Público económico y restricciones de la competencia.» *Revista de Administración Pública* (84).
- Silva Bascuñan, Antonio. 1997. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . 1997. *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Slater, Tom. 2011. «From Criminality to marginality: rioting against a broken State.» *Human Geography* (4): 106-115.

- Stratenwerth, Günter. 2005. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Uprimny, Rodrigo, y Luis Sanchez. 2010. «Derecho penal y Protesta Social.» En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?*, de Eduardo Bertoní. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Van Weezel, Alex. 2012. «Estructura y alcance del injusto típico del delito de desórdenes público.» Informe en Derecho, 99-137.
- Vargas, Tatiana. 2013. «¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante a la luz del artículo 10 N° 11.» En *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, de Alex Van Weezel. Santiago: Thomson Reuters.
- Villegas, Myrna. 2011. «Homicidio de la pareja en violencia intrafamiliar: Mujeres Homicidas y exención de responsabilidad penal.» *Revista de Derecho Valdivia* 149-174.
- Von Beling, Ernst. 2002. *Esquema de Derecho Penal: La doctrina del delito tipo*. Buenos Aires: El Foro.
- Welzel, Hans. 1956. *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Roque de Palma.
- Wilenmann, Javier. 2014. «Introducción al problema de la dogmática del estado de necesidad en Chile.» *Revista de Derecho Universidad Austral* 220.
- Young, Jock. 2002. «El Fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical.» En *Criminología Crítica y Control Social: El Poder Punitivo del Estado*, de Alejandra Rodenas, Enrique Andres Font y Ramiro Sagarduy, 7-41. Rosario: Juris.
- Zafforini, Eugenio Raúl. 2006. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. 2010. «Derecho Penal y protesta Social.» En *Es legítima la criminalización de la protesta social*, de Eduardo Bertoní. Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. «Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos.» Informe en Derechos Humanos.
- Zuñiga, Francisco. 2013. «Los derechos de asociación y reunión: nuevas perspectivas dogmáticas y jurisprudenciales.» *Revista de Derecho Público* 79: 207-228.