

# **El Delito de Desórdenes Públicos en el Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público\***

Francisco Victorino Castillo Vera  
Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile  
Profesor de Derecho Penal de la Universidad Andrés Bello  
[fcastillo@bcbabogados.cl](mailto:fcastillo@bcbabogados.cl)

---

## **Resumen**

Los hechos de fuerza o violencia que han acompañado el desarrollo de las manifestaciones colectivas, motivaron al Poder Ejecutivo a presentar un proyecto de ley que busca fortalecer el resguardo del orden público mediante la modificación del delito de desórdenes públicos y otras normas relacionadas. Si bien es posible constatar un desajuste social que afecta el orden público y que justifica la modificación que se propone, la revisión del contenido de la propuesta legislativa de acuerdo a una metodología en la creación del derecho penal, basada en ciertos criterios mínimos que toda formulación de un delito debe respetar, nos permiten concluir que las inserciones y modificaciones propuestas requieren de una revisión exhaustiva por parte del Poder Legislativo, a fin de superar ciertas deficiencias que la propuesta contiene, al ser analizadas conforme a los criterios de capacidad comunicativa, economía legislativa, igualdad, seguridad jurídica, subsidiariedad, proporcionalidad, sistematicidad, que toda norma debe respetar, pudiendo concluir que la norma propuesta debe ser perfeccionada y sugiriendo algunos de esos mejoramientos a partir de derecho comparado.

## **Palabras claves**

Desórdenes públicos, Desajuste social y orden público, Técnica legislativa y criterios mínimos de formulación de delitos, Exigencias objetivas y subjetivas del delito, Problemas de superposición de normas.

## **Abstract**

The facts of force or violence that have accompanied the development of mass demonstrations, have led the Executive to submit a bill that seeks to strengthen the safeguarding public order by modifying the crime of public disorderly and other related rules. While it is possible observe a social imbalance affecting public order and that justifies the proposed amendment, the revision of the content of the legislative proposal in accordance with a methodology in the criminal law's creation, based on some minimum standards that any crime formulation must respect, should allow us to conclude that the insertions and amendment proposals requires a thorough review by the legislature, in order to overcome some shortcomings that the proposal contains, that when are analyzed according to the communication skills criteria, legislative economy,

equality, legal certainty, subsidiarity, proportionality, systematic, that any law must be respect, concluding that the proposed rule should be improved and suggesting some of these improvements starting from Comparative Law.

### **Key words**

Public disorders, Social Imbalance and Public Order, Legislative technic and minimum standards of crime formulation, Objective an Subjective crime requirements, Overlapping rules problems.

---

### **Introducción.**

Sin entrar a discernir sobre la legitimidad o no de algunas demandas sociales que en los últimos años se han colocado en la primera línea de la discusión pública,<sup>1</sup> atendido que no es el objeto del presente trabajo, algunas formas de expresión de dichos reclamos, aquellas que implican ejercicios de fuerza o violencia, han motivado que el Poder Ejecutivo presentara un Proyecto de Ley que busca fortalecer el resguardo del Orden Público,<sup>2</sup> principalmente a través de la modificación del delito de desórdenes públicos y otras normas relacionadas.

La presente investigación, busca llegar a tiempo en el debate que se desde ya se ha generado sobre el referido proyecto de ley, realizando un análisis acerca del nivel de racionalidad de dicha propuesta legislativa, basándonos para ello, en algunos de los criterios contenidos en el método de formulación de tipos penales propuesto por María Magdalena OSSANDÓN,<sup>3</sup> refiriéndonos a ellos, en donde nos parezca que sea preponderante su irrespeto, pero advirtiendo al lector, que en ocasiones cierto cuestionamiento a la norma propuesta, también podría reflejar el irrespeto de otros criterios, cuestión de la que se prescindirá para evitar reiteraciones. Junto con lo anterior, es importante no perder de vista al mismo tiempo que, el actual estado de la discusión está inmerso en un proceso de creación del derecho, que es dinámico y particularmente complejo cuando de legislación penal se trata, y del que esta presentación, también forma parte.<sup>4</sup>

---

\* **Publicado en Microjuris. Boletín N° MJD648. Doctrina. 15-11-2011**

<sup>1</sup> Destacan por tener relación directa - por su a veces particular forma de expresión - con el tema que el presente trabajo abordará, el movimiento estudiantil, la causa medioambiental, el conflicto mapuche, las demandas de zonas extremas como Magallanes, etc.

<sup>2</sup> El Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público, fue presentado mediante Mensaje del Presidente de la República N° 196-359 a la Cámara de Diputados con fecha 27 de septiembre de 2011. Boletín Legislativo (en adelante, BL) N° 7975-25.

<sup>3</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile, año 2009.

<sup>4</sup> DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*. Editorial Trotta, año 2003, pp. 17 y ss.

En otras palabras, el presente trabajo constituye una respuesta eminentemente práctica, al llamado que entre otros, realizara DÍEZ RIPOLLÉS, al advertir sobre la escasa atención que se presta al problema de creación de derecho en el ámbito de la investigación jurídica<sup>5</sup>, y la particular urgencia que aquello tiene en el ámbito del derecho penal debido a la acumulación de nuevas funciones sociales significativamente distintas que al mismo se le han atribuido,<sup>6</sup> y del que la mejor elaboración en el ámbito académico nacional, al día de hoy, ha sido entregada por OSSANDÓN.<sup>7</sup>

## **1. Verificación de un desajuste social y bien jurídico protegido.**

La aplicación de una metodología en la creación del derecho penal, que someta a evaluación las propuestas legislativas, a partir de ciertos estándares mínimos o básicos de formulación, para así asegurar el cumplimiento de las tan complicadas funciones y fines de esta rama del ordenamiento jurídico, es particularmente apremiante, no sólo porque ellas, en este caso, para conseguir sus objetivos se valen de los instrumentos de sanción más gravosos –pena y medidas de seguridad–, sino porque además en el marco de la legislación penal,

“resulta bastante evidente que las leyes adolecen de múltiples defectos y carencia, de una extensión desmesurada y falta de calidad técnica, en una situación que, lejos de mejorar, parece agravarse cada día más, pues se muestran cada vez más numerosas pero menos eficaces para el cumplimiento de sus objetivos”.<sup>8</sup>

Así entonces, no debemos esperar a que la norma se encuentre vigente, para recién allí desarrollar una labor interpretativa y crítica de la misma. Por el contrario, estamos llamados a desarrollar una labor crítica de las propuestas legislativas, precisamente para contribuir a evitar que nazcan a la vida del derecho penal productos deformes.

En ese orden de ideas, vale la pena advertir por enésima vez que, la misión del Derecho Penal consiste en la preservación de los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana y pacífica, lo que se traduce en garantizar los presupuestos necesarios de dicha convivencia, es decir, proteger aquellos bienes jurídicos

---

<sup>5</sup> Carencia que como bien se ha dicho: “...no se ha manifestado sólo en un nivel teórico, sino que la falta de control del producto legislativo es una constante en los sistemas democráticos occidentales, consentida por el predominio del poder legislativo por sobre los demás...” Cit. en OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 30.

<sup>6</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales...*, cit. nota n° 4, pp. 13 y 14.

<sup>7</sup> En efecto, lleva razón SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, quien al prologar el libro de la profesora OSSANDÓN, lo describiera en los siguientes términos: “...se trata de una de aquellas obras que los legisladores y sus asesores técnicos habrían de tener como referencia obligada a la hora de la elaboración de las leyes penales. ¡Quién no recurriría a una “manual de tipificación” si éste existiera! Pues, desde la publicación de este libro, existe”. Cit. en OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 8.

<sup>8</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 17.

fundamentales para el adecuado desenvolvimiento del individuo en sociedad.<sup>9</sup> Cada vez que el legislador, crea o modifica un delito, realiza una valoración acerca de cierto bien jurídico, determinando o ratificando, según sea el caso, su merecimiento y necesidad de tutela penal.<sup>10</sup> Dicha valoración, que en definitiva se traduce en una decisión legislativa, no surge de la nada, sino que emana o más bien se desencadena cuando un agente social

“logra hacer creíble la existencia de una disfunción social necesitada de algún tipo de intervención penal. Por tal disfunción social se ha de entender, en términos generales, una falta de relación entre una determinada situación social o económica y la respuesta o falta de respuesta que a ella da el subsistema jurídico, en este caso el derecho penal”.<sup>11</sup>

Para que el desajuste social detectado o creado,<sup>12</sup> avance en el dinámico proceso de creación del derecho penal, debe despertar la atención social y sectores sociales relevantes deben considerar de utilidad resaltar dicha disfunción, pues sólo allí, logra superar el primer umbral en este proceso, al situarse en la agenda temática social. Una vez que logra su inclusión, el desajuste social, debe lograr cierta estabilidad cognitiva en la agenda social y tener capacidad de involucramiento emocional con la población. Generalmente, una disfunción social que alcanza a desarrollar las características antes mencionadas, consigue llegar a convertirse en propuesta legislativa. En el caso del proyecto de ley que busca fortalecer el resguardo del orden público, el derrotero del proceso ha sido particularmente rápido, debido principalmente al grado de incidencia de los agentes sociales impulsores de la colocación del tema en la agenda, a saber, gobierno y medios de comunicación.<sup>13</sup>

A nuestro entender, la disfunción social que ha motivado la presentación del proyecto de ley que busca fortalecer el orden público, es real y no imaginaria, y en ese sentido la presentación de la propuesta es pertinente. En efecto, el desajuste denunciado, se manifiesta en la recurrencia de sectores minoritarios, surgidos a veces de forma organizada, otras tantas de forma espontánea, por aprovechar la realización de manifestaciones colectivas o simplemente utilizando por pretexto cierta demanda social, para perturbar el orden público.

---

<sup>9</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición ampliada, año 2005, p. 37. Tb. OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 23.

<sup>10</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 26.

<sup>11</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales...*, cit. nota n° 4, p. 20.

<sup>12</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales...*, cit. nota n° 4, p. 21, quien advierte que: “La disfunción social puede ser, en sus presupuestos fácticos, real o aparente, cualidad esta última de la que los agentes sociales activadores del proceso pueden no ser conscientes, serlo o justamente esta movidos por la intención de hacer pasar por real una disfunción aparente. La frecuencia con que en el ámbito políticocriminal se trabaja con disfunciones sociales aparentes, esto es, con representaciones de la realidad social desacreditadas por los datos empírico-sociales, no debería subestimarse”.

<sup>13</sup> Paradójicamente, el mantenimiento del conflicto estudiantil, que ha sido sin duda, el detonante de la inclusión en la agenda social del debate sobre la ineficacia del delito de desórdenes públicos, será factor acelerador del proyecto de ley que comentamos.

En el proceso constructivo de una norma penal, es fundamental dotar a la misma, como hemos dicho, de racionalidad, y esta, entre otras cosas, se consigue en la medida que podamos definir con precisión el bien jurídico que la misma busca proteger, pues de esa forma, la ley penal se encontrará legitimada. En efecto, y a la luz del *criterio de capacidad comunicativa*, toda norma penal debe ser capaz de transmitir a los destinatarios de la norma, cuál es la prohibición o mandato de cierta conducta, así como la amenaza penal por su incumplimiento, porque sólo así, logra realizar una valoración social significativa de aquello que es merecedor de protección penal.<sup>14</sup> Al respecto, es necesario considerar que un Estado de Derecho para dar cumplimiento al principio de lesividad sólo deberá amparar como bienes jurídicos, condiciones de la vida social, en la medida que afecten las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social.<sup>15</sup> Dichas posibilidades de participación no deben ser entendidas sólo como “...posibilidad de incidencia activa en la vida colectiva, sino también como posibilidad de vivir en sociedad confiando en el respeto de la propia esfera de libertad particular por parte de los demás”.<sup>16</sup>

Así las cosas, coincidimos en que el bien jurídico en el delito de desórdenes públicos es el orden público, pero atendiendo que “...pocos conceptos son tan confusos, oscuros y difíciles de precisar...”,<sup>17</sup> advertimos que dicha concepción, para que no afecte el principio de lesividad, no puede ser entendida en un sentido amplio, por cuanto a través de la misma, podríamos abarcar prácticamente todos los tipos penales, sufriendo entonces de un nivel de indeterminación con valor sistemático casi nulo,<sup>18</sup> a pesar que, a él hace referencia la rúbrica del Título VI “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, donde se ubica el ‘§ 2.

---

<sup>14</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 276. Como puede apreciarse, existe una íntima relación entre los criterios de formulación del tipo penal y los principios limitadores al ius puniendi, toda vez que, en este caso, al exigir de la norma la virtud de comunicar la prohibición o mandato y la sanción asociada a la infracción, también hemos de considerar que dicha comunicación debe darse respetando el principio de legalidad.

<sup>15</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor, 5ª edición, año 1998, pp. 92 y 93. Tb. GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, pp. 43 y 44. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales...*, cit. nota n° 4, p. 138 y ss., para quien al respecto: “La sociedad debe protegerse colectivamente frente a conductas que afectan a las necesidades de la convivencia social externa, conductas que en tal medida podrían considerarse como socialmente dañosas”, advirtiendo luego que ciertas conductas, podría estimarse que no son dañosas socialmente, porque, “...aun incidiendo en tales planes de vida, se estima que tales incidencias son inherentes a la interacción social y no exigen ningún tipo de reacción, o al menos ningún tipo de reacción colectiva.”

<sup>16</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 15, p. 92 y 93.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch, 17ª edición, año 2009, p. 815.

<sup>18</sup> En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 17, p. 815. Tb. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos realizados con ocasión de eventos deportivos*. Revista Andaluza de Derecho del Deporte. Sección Doctrinal, N° 4 – febrero – 2008, p. 36.

Desórdenes públicos' que contiene precisamente el artículo 269 de nuestro Código Penal en que se tipifica el delito de desórdenes públicos.<sup>19</sup>

Para que la norma tenga justificación, la noción de orden público ha de entenderse entonces, en un sentido restringido, como la "...tranquilidad o paz en las manifestaciones de la vida ciudadana".<sup>20</sup> El proyecto de ley al exponer sus antecedentes, si bien realiza una distinción entre la noción de orden público en un sentido material, entendiendo por tal "...un estado opuesto al desorden y que se integra por tres elementos fundamentales: la tranquilidad, la moralidad y la salubridad pública";<sup>21</sup> y, un sentido jurídico-formal, vinculado a "...la observancia de normas y principios esenciales para la convivencia pacífica en sociedad...",<sup>22</sup> advierte que busca fortalecer la protección del orden público, referido a la seguridad y tranquilidad pública, esto es, a uno de los elementos de la noción material antes expresada, y en ese sentido logra definir concretamente el bien jurídico que motiva la propuesta legislativa, cuestión conteste, en principio, con parte de las exigencias hacia la norma de *capacidad comunicativa* que hemos referido.

En efecto, al revisar los antecedentes por los que justifica la modificación legal que propone, el Ejecutivo pone especial énfasis en vincular el orden público con el derecho constitucional de reunión, relacionando claramente al primero como un límite necesario que perentoriamente todo ciudadano debe respetar en las manifestaciones colectivas de las que participe y a las que tiene un legítimo y constitucional derecho,<sup>23</sup> cuestión que coincide con la necesaria compatibilidad que entre una y otra debe existir y que a nuestro parecer correctamente EVANS DE LA CUADRA expresa en los siguientes términos:

"Toda garantía se ejerce legítimamente cuando se respeta el derecho ajeno. En las reuniones en lugares privados, la exigencia constitucional procedente es que se realicen pacíficamente y sin armas. En las reuniones públicas es necesaria una forma de regulación institucional, sea de la ley, idea que, preferimos, sea de la autoridad política, a fin de hacer posible adoptar oportunamente las medidas de ordenamiento público destinadas a *permitir* el expedito acceso de quienes no participen en la reunión a sus hogares, lugares de trabajo o sitios de esparcimiento,

---

<sup>19</sup> Lo mismo sucede con la rúbrica del Título XXII del Código Penal Español que aborda los 'Delitos contra el Orden Público'. Igual denominación hallamos en la rúbrica del Título XIV del Anteproyecto de Nuevo Código Penal Chileno (en adelante, ACP).

<sup>20</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 17, p. 815. Tb. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*, edición actualizada por Gustavo Balmaceda Hoyos y Carlos Guillermo Castro Cuenca (Coords.), Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2009, p. 750, para quien el orden público se define como "...la tranquilidad en las manifestaciones colectivas de la vida socio-política en conformidad a la organización institucional existente".

<sup>21</sup> Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público. BL N° 7975-25, p. 3.

<sup>22</sup> Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público. BL N° 7975-25, p. 3.

<sup>23</sup> Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público. BL N° 7975-25, p. 6.

y a impedir incidentes, excesos o abusos *que* deriven directamente de la reunión y *que* causen daños a las personas o perjuicios en la propiedad pública”.<sup>24</sup>

Alcance que en relación con el delito de desórdenes públicos, también recogen nuestros Tribunales de Justicia, al decir:

“Que si bien, toda persona tiene derecho a llamar la atención y manifestarse en contra de quien con sus actos contamina la ciudad y de esa forma se atenta gravemente su fuente de trabajo, no es menos cierto que tales expresiones deben encuadrarse dentro de las normas que establece todo Estado de Derecho”.<sup>25</sup>

Así entonces, la propuesta legislativa sí verifica y justifica su necesidad de intervención, cumpliendo entonces con el *criterio de subsidiariedad*, a partir del cual desde antiguo se reclama que,

“...sólo se puede intervenir penalmente allí donde es en absoluto necesario para la protección de bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia social, frente a los ataques más graves de que son objeto, cuando no pueden ser protegidos efectivamente por medios menos lesivos...”<sup>26</sup>

Pero la constatación de un real desajuste social y la decisión legislativa de enfrentarlo, a través de una modificación del instrumento penal, no es garantía de cumplimiento de los estándares mínimos que toda propuesta legislativa debe cumplir para satisfacer las funciones y fines propios del derecho penal. Por lo anterior, si bien coincidimos en la necesidad de realizar modificaciones en el ordenamiento punitivo a fin de fortalecer el orden público, entendido como la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, las siguientes líneas, están destinadas a contribuir al debate, explicando cómo el actual proyecto de ley puede ser perfeccionado.

## **2. Propuesta de reemplazo del actual delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal chileno.**

El proyecto de ley que busca fortalecer el orden público, propone reemplazar el actual delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal por el siguiente:

“Serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio quienes participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuera o violencia que importen la realización de alguno de los siguientes hechos:

---

<sup>24</sup> EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo II*, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Editorial Jurídica de Chile, p. 339.

<sup>25</sup> Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 611-2007 del 20 de noviembre de 2007.

<sup>26</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 425.

- 1.- Paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte;
- 2.- Invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales;
- 3.- Impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes;
- 4.- Atentar en contra de la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 o 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda;
- 5.- Emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad privada; ó,
- 6.- Causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular.

La pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia.

Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos”.

### **2.1. Descripción del sujeto activo en el delito de desórdenes públicos.**

Un primer aspecto de relevancia para el análisis de la propuesta, lo constituye la descripción del sujeto de la acción prohibida. El delito de desórdenes públicos es delito común, es decir, puede ser cometido por cualquier persona, sin exigir una calidad especial en el sujeto activo.<sup>27</sup> Al mismo tiempo, podemos decir que mayoritariamente la doctrina lo define como un delito pluripersonal, específicamente, delito de sujeto plural de concurrencia necesaria,<sup>28</sup> en el sentido que necesariamente debe ser cometido “...por un grupo de sujetos, que actúan conjuntamente, normalmente en base a un acuerdo

---

<sup>27</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 290; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal...*, cit. nota n° 15, p. 55.

<sup>28</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 584.



previo, aunque es posible que dicho concierto surja espontáneamente durante la realización de los hechos aunque sea improvisado y súbito”,<sup>29</sup> cuestión que permite calificarlo además como un delito de consumación permanente, es decir, de aquellos

“...que dan lugar a un estado de consumación que subsiste en tanto no cesa la conducta. En el caso de este delito, de aquella que ha dado lugar a la alteración del orden orientada a la afectación de la paz pública. Ello implica que es posible la incorporación en concepto de autores de sujetos que no hayan participado en los actos iniciales, pero, sin embargo, asumiendo lo ya realizado y aceptando sus efectos, se unen a la ejecución, o bien contribuyen de forma relevante al mantenimiento de las conductas típicas, soportando con su aportación la pervivencia del desorden provocado e impidiendo la restauración de la normalidad...”<sup>30</sup>

Así entonces, desde el punto de vista de las exigencias del tipo objetivo es necesario hallar la intervención de al menos dos individuos, con independencia que la conducta haya sido iniciada tan sólo por uno, para posteriormente sumarse otros a la realización del tipo, cuestión que en doctrina se ha denominado, autoría sucesiva.<sup>31</sup>

Si bien la expresión que utiliza el proyecto de ley para definir al sujeto activo de la conducta, a saber, “...quienes...” permitiría comprender que el delito es pluripersonal, toda vez que su referencia es de carácter plural, y a pesar de ser cercana a la expresión actual del delito de desórdenes públicos en que la definición del sujeto, se manifiesta en la expresión “Los que...”,<sup>32</sup> no podemos desconocer que esta última expresión también ha sido empleada por el legislador para referirse a delitos unipersonales como ocurre por ejemplo con los delitos descritos en el artículo 470 del Código Penal, entre los que se encuentra la apropiación indebida.

Pues bien, conforme al criterio de *capacidad comunicativa* que la norma debe cumplir, la radical interpretación posible de un texto, al punto de debatir sobre su calidad de delito unipersonal o pluripersonal, no contribuye con dicha capacidad, porque no basta con que el mensaje sea *conocido*, sino que además, debe ser *comprendido* por el destinatario. A menos que el proponente, prefiera dejar la zona gris para que sea el juez quien la interprete al aplicarla, caso en el cual, se ha de tener presente que éste último, también es un destinatario del mensaje, y que el mensaje sólo “...podrá desplegar su eficacia tal como sean entendidas por los llamados a su aplicación, por lo que también resulta esencial la forma como se recibe el mensaje por los jueces e intérpretes de la

---

<sup>29</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 35. Tb. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas...*, cit. nota n° 20, p. 751, exige un mínimo de organización, aunque sea transitoria y circunstancial.

<sup>30</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español (en adelante, STS) Rol N° 167/2011 del 12 de enero de 2011.

<sup>31</sup> STS Rol N° 10096/1993 del 8 de mayo de 1993.

<sup>32</sup> Del mismo modo fue descrito el sujeto activo del delito de desórdenes públicos en el artículo 361 ACP.

ley...”, quien deberá considerar además que, “...la falta objetiva de claridad de la norma no puede resultar gravosa para el autor”.<sup>33</sup>

De allí entonces, la necesidad de complementar la expresión que el proyecto propone, a fin de evitar posibles interpretaciones extensivas que admitan la posibilidad de un autor único, puesto que, en aquellos casos en que nos hallemos frente a la intervención de un solo individuo, o bien la conducta quedará subsumida en alguno de los delitos previstos y sancionados en los números 1 y 2 de los artículos 494 y 495 del Código Penal, o bien, será reconducida a un delito contra las personas o contra la propiedad, puesto que difícilmente su pura e individual intervención sería suficiente para afectar el bien jurídico que el tipo busca proteger, estando comprendido el disvalor delictivo en el delito primario a que se reconduce. Lo anterior, no obsta a que digamos que, “...la responsabilidad penal posterior es individual y cabe la posibilidad de que se juzgue y condene por este delito a una única persona si se demuestra que actuó de acuerdo con otros sujetos aunque éstos últimos no pudieran ser identificados”.<sup>34</sup>

Ese complemento a la expresión que a nuestro entender mejor logra precisar el sujeto de la acción proscrita se halla en la definición del delito de desórdenes públicos del artículo 557 del Código Penal español, que al describir el sujeto, lo hace en los siguientes términos: “...los que, actuando en grupo...”. Así entonces, definir el sujeto de la conducta, ahora en el delito de desórdenes públicos de la propuesta, como “...quienes, actuando en grupo, participaren...”, tendría la virtud de especificar la categoría del delito precisamente como aquello que es, un delito de sujeto plural de concurrencia necesaria de convergencia.<sup>35</sup>

## **2.2. Descripción de la conducta prohibida por el delito de desórdenes públicos.**

Un segundo aspecto relevante para el análisis de la propuesta, lo constituye la forma elegida por el proponente para describir la conducta que quiere prohibir. El proyecto de ley optó por describir la conducta en términos semejantes a cómo fue descrita en el

---

<sup>33</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 281, 282 y 278, ésta última para comprender la referencia al juez como uno de los destinatarios de la norma penal.

<sup>34</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 35.

<sup>35</sup> Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1181-2007 del 13 de junio de 2007, que en su considerando 8° señala: “Sin embargo, como puede advertirse del análisis del señalado artículo, no obstante su redacción en plural, éste tipifica una figura penal que requiere que quien incurra en ella, esto es, el sujeto activo, sea necesariamente una persona o varias, pero singularizadas. Esto significa que en un proceso por esta clase de delitos, o en su caso por la falta correspondiente, debe quedar claramente establecida cada conducta individual, aunque se trate de un grupo de personas, como en el presente caso, en que se aprehendió a miembros de una agrupación cuya finalidad quedó previamente indicada”. Tb. Juzgado de Garantía de Victoria RIT N° 1137-2009 que en referencia al actual artículo 269 del Código Penal chileno en su considerando 9° señala: “Dicha disposición claramente sanciona a quienes perturben la tranquilidad pública, sea una o varias personas”.

ACP.<sup>36</sup> La particular forma como está propuesto el nuevo delito de desórdenes públicos, exige participar en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importe la realización de ciertos y determinados hechos, que luego están especificados en seis numerales. Lo anterior, nos obliga a realizar un análisis de la descripción que genéricamente realiza el proponente, para luego revelar, en general, las dificultades concursales que presentan los hechos referidos en los seis numerales.

#### 2.2.1. Expresión genérica empleada por el proponente.

En relación con la expresión usada genéricamente por el proponente, cual es que los individuos “participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia”, si bien opta por no hacer referencia al bien jurídico, esto es, al orden público entendido para estos efectos como tranquilidad o paz pública, como sí lo hace por ejemplo, el artículo 557 del Código Penal español o nuestro actual delito de desórdenes públicos en el artículo 269 del Código Penal chileno, es suficiente entenderlo incorporado en la expresión ‘desórdenes’, que en sus distintas acepciones significa: “Confusión y alteración del orden”; “Perturbación del orden y disciplina de un grupo, de una reunión, de una comunidad de personas”; y, “Disturbio que altera la tranquilidad pública”.<sup>37</sup>

Lo novedoso de la forma elegida para describir genéricamente la conducta, viene dado por el hecho de hacer equivalentes los ‘desórdenes’ a ‘cualquier otro acto de fuerza o violencia’, porque a partir de aquello, excluye de la categoría de desórdenes todo acto de carácter pacífico, incluidos aquellos que pudiendo adecuarse a los hechos posteriormente descritos en los distintos numerales del artículo propuesto, no sean ejecutados mediante actos de fuerza o violencia, a menos que la particular forma de ejecución incorpore en su estructura típica, esa fuerza o violencia, como ocurre por ejemplo con el numeral 4° referente al atentado contra la vida o la integridad física de carabineros, funcionarios policiales y gendarmes.<sup>38</sup>

Dicho en otros términos, la equivalencia entre la expresión ‘desórdenes’ con ‘cualquier otro acto de fuerza o violencia’ trae como consecuencia una restricción del ámbito de aplicación de la norma, sólo a aquellos casos en que el orden o tranquilidad pública, se

---

<sup>36</sup> El artículo 361 ACP preceptúa lo siguiente: “Serán castigados con reclusión menor en su grado medio y multa de cinco a diez unidades tributarias mensuales los que inciten, promuevan, fomenten o participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, comunicaciones o transporte, o impedir la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes...”.

<sup>37</sup> Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, 22ª edición (en adelante, DRAE).

<sup>38</sup> Discutible será la posibilidad que entonces el delito pueda ser cometido a través de omisión, precisamente porque la inactividad no refleja fuerza o violencia alguna, al menos en principio. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas*...cit. nota n° 20, p. 751 quien refiere una caso jurisprudencial por el que se “...ha admitido en este delito la comisión por omisión, en un caso en que el sujeto, en su condición de alcalde, ostentaba la posición de garante respecto del orden público y no trató de impedir los daños causados por la manifestación en la que participaba”.

vea alterado producto de actuaciones de fuerza o violencia de las que están después descritas, sin incorporar los casos en que la alteración del orden o tranquilidad pública deriven de actos pacíficos, aun cuando se materialicen precisamente en esos hechos.<sup>39</sup>

La utilización de este criterio, a nuestro entender, en caso alguno suplirá la exigencia de ´gravedad´ que debe estar comprendida en el delito de desórdenes públicos, y que exige el actual delito, por cuanto es uno de los criterios para distinguirlo de las faltas contenidas en los numerales 1º y 2º de los artículos 494 y 495 del Código Penal chileno. Igual criterio permanece en la jurisprudencia<sup>40</sup> y doctrina española en que, sin haberse indicado expresamente en el delito de desórdenes públicos del artículo 557 del Código Penal español y a pesar de señalarse en otros, como por ejemplo el artículo 558 del mismo cuerpo punitivo, se coincide en señalarlo como requisito de diferenciación de las faltas. Dice al respecto MUÑOZ CONDE:

“Común a estos tipos delictivos es el carácter grave del desorden. La gravedad es el criterio que sirve para diferenciar estos delitos de la falta tipificada en el art. 663. Dicho criterio es puramente cuantitativo. Lo cual quiere decir que la perturbación del orden para ser delito debe ser trascendente y revestir cierta entidad. Se trata, pues, de un elemento normativo que requiere una valoración del juez o tribunal en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso”.<sup>41 42</sup>

---

<sup>39</sup> Lo dicho trae como consecuencia que entonces, algunos de los hechos descritos en los numerales deberán ser analizados, siempre considerando como límite, la necesidad que el hecho involucre fuerza o violencia, excluyendo por ejemplo los casos de invasión anormal o irregular. Criterio diferente utiliza el Tribunal Supremo Español, para quien, por no exigirlo expresamente la norma, a diferencia de la propuesta del Ejecutivo, ha dicho lo siguiente: “En cuanto a la concurrencia de violencia, que exige una parte de la doctrina como parte integrante del concepto de ‘invasión’ al que alude el tipo, debe señalarse, en primer lugar que, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, no todas las acepciones del término ‘invadir’ implican el uso de la fuerza, pues al lado de ‘irrumpir, entrar por la fuerza’, el DRAE recoge como segunda acepción ‘ocupar anormal o irregularmente un lugar’. En segundo lugar, que, así como las dos primeras conductas típicas (causar lesiones o producir daños) implican de alguna forma el uso de la fuerza o violencia, no ocurre lo mismo con la obstaculización de las vías públicas o de sus accesos, respecto de las cuales solo se exige la creación de peligro para sus usuarios, lo que se puede causar con o sin el empleo de fuerza o violencia, por lo que nada impide entender que la alteración del orden con la finalidad de afectar a la paz pública puede producirse mediante la invasión de instalaciones o edificios sin necesidad del empleo de una violencia específica” STS Rol 167/2011 del 12 de enero de 2011.

<sup>40</sup> STS Rol 10096/1993 del 8 de mayo de 1993, en que se indica entre los elementos integradores de la figura de desórdenes públicos: “...la alteración, en todo caso, tiene que ser ‘grave’, es decir, cuando se adopte una actitud abiertamente subversiva o se originasen vejaciones o daños de cualquier especie, o se promoviese incidente alguno, de especial cariz, con indudable alarma social. De no ser así, la poca entidad o intensidad del resultado y la escasa perturbación social, no obtendrá la repulsa que demanda la norma socio-cultural de la convivencia humana para la apreciación del ‘injusto delictual’, dejando así a la conducta vacía de contenido ‘antijurídico’ o, en su caso, degradado de tal manera, que únicamente pueda ser incardinable en infracción penal”.

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, cit. nota n° 14, p. 826. Tb. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas...*, cit. nota n° 17, p. 751.

<sup>42</sup> Ratifica lo anterior, el actual estado de la discusión en la jurisprudencia nacional. V. gr. Corte de Apelaciones de Copiapó de fecha 20 de junio de 2008, Rol Corte N° 78-2008, considerando 4º: “Luego, para estar frente a este delito se requiere que el sujeto activo turbe o altere, gravemente, es decir, mediante

Incluso es más, entendiendo que el delito de desórdenes públicos es un delito de resultado,<sup>43</sup> y que por tanto requiere para su consumación, de la efectiva afectación grave del orden público en los términos aquí entendidos, la incorporación de la noción de gravedad como elemento normativo del tipo, contribuiría a separar expresamente la consumación de las fases imperfectas, evitando dejar en impunidad comportamientos que si bien dolosamente causan una alteración del orden público, no tienen la entidad suficiente para ser entendidos como graves, pero alcanzando a ser subsumidos por las etapas de tentativa y frustración del mismo. Por lo demás, su incorporación expresa al texto de la norma propuesta, a nuestro parecer es requisito de cumplimiento del *criterio de capacidad comunicativa* ya referido,<sup>44</sup> íntimamente vinculado con el *criterio de seguridad jurídica*, concebido como la cualidad de certeza y confianza de los ciudadanos “...por conocer los límites de su libertad, dentro de los cuales no se verán sometidos a las injerencias del Estado”,<sup>45</sup> sin que exista dificultad en el hecho de ser, la noción gravedad, un elemento normativo del tipo, porque aquello en caso alguno puede ser sinonimia de inseguridad a priori.<sup>46</sup>

#### 2.2.2. Exclusión del régimen concursal común del delito de desórdenes públicos.

Junto con lo anterior, debemos destacar que el delito de desórdenes públicos que contiene la propuesta, es de aquellos que denominamos delitos de tipicidad reforzada, por cuanto considera “...varias posibles acciones, de manera que la ejecución de cualquiera de ellas lo satisface, pero, al propio tiempo, le es indiferente el que se realice más de una”.<sup>47</sup> Justamente, la propuesta del Ejecutivo, contempla seis numerales en los que se contienen diversas acciones, siendo suficiente para completar el tipo, la ejecución de cualquiera de ellas, e indiferente, la ejecución de varias de ellas.

Lo anterior, nos lleva perentoriamente a preguntarnos como cuestión relevante de la propuesta legislativa si es correcto describir entre las hipótesis del delito de desórdenes públicos, aquellos que ya están suficientemente narrados en otros delitos del nuestro ordenamiento jurídico, y por ende, cuál debe ser su tratamiento jurídico penal. Mayor relevancia tiene el punto cuando se trae a colación el penúltimo inciso del artículo 269 que se propone introducir, y en el cual se establece que la sanción por el delito de desórdenes públicos “...se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros

---

actos de una entidad importante, la tranquila convivencia de la comunidad, lo cual solo se puede determinar atendiendo a circunstancias de tiempo, lugar y personas que intervienen”; Tb. Corte de Apelaciones de Talca de fecha 20 de noviembre de 2007, Rol Corte N° 611-2007, considerando undécimo, cit. nota n° 25.

<sup>43</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas...*, cit. nota n° 20, p. 751.

<sup>44</sup> *Supra* 1 y 2.1.

<sup>45</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 523.

<sup>46</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 548.

<sup>47</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 653.

delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia”.<sup>48</sup>

La disposición propuesta, cuenta con respaldo en la legislación comparada, así como en los esfuerzos de los penalistas integrantes del Foro Penal que al regular el mismo delito utilizaron palabras semejantes, e incluso en la actual legislación del mismo delito.<sup>49</sup> Sin embargo, desde ya cabe hacer presente que:

“cuando existe una pluralidad de normas que regulan una misma materia..., puede plantearse el problema de la duplicidad de sanciones y de la aplicación del *non bis in idem*. La existencia de normas que coinciden sobre una *misma* conducta representa ya una deficiente regulación”.<sup>50</sup>

En efecto, la pretensión de la norma, de sancionar penalmente dos veces una misma conducta, tiene por objeto excluir del régimen concursal común, casos de clara concurrencia de delitos, que a nuestro entender, no puede ser admitido del modo como está propuesto, precisamente por sus dificultades para justificar el respeto al principio *non bis in idem* y en consecuencia al principio de legalidad,<sup>51</sup> con la consiguiente inconstitucionalidad de dicha parte del precepto,<sup>52</sup> comportamiento en todo caso de preocupante frecuencia por parte del legislador en el establecimiento de excepciones al régimen concursal común.<sup>53</sup>

El problema que se puede suscitar al permitir la aprobación de un inciso como el que estamos analizando, incluso es más complejo, aunque bien lo resume el Tribunal Supremo Español al exigir

“...partir del concepto de concurso de normas contraponiéndolo al de delitos. Como es sabido, el concurso de leyes o normas se aplica cuando uno o varios

---

<sup>48</sup> Proyecto de Ley que fortalece el resguardo del Orden Público. *BL N° 7975-25*, p. 16.

<sup>49</sup> V. gr. la parte final del artículo 557.1 del Código Penal preceptúa al respecto: “..., sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código”; la parte final del inciso primero del artículo 361 ACP señala: “..., sin perjuicio de las penas correspondientes a los daños causados o las violencias ejercidas, en su caso.”; el actual delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal chileno que indica: “..., sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados”.

<sup>50</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 413.

<sup>51</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y otro. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta, año 2004, p. 35; MATUS, Jean Pierre. *El Concurso Aparente de Leyes*, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2008, p. 302.

<sup>52</sup> En relación con el principio *non bis in idem* se ha dicho que constituye un principio general del ordenamiento, que configura un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional, pues, aunque no se encuentra expresamente previsto en el texto constitucional, constituye una manifestación tanto del principio de legalidad – y del conexo principio de proporcionalidad – como del principio de presunción de inocencia. Al respecto BRANDANA, José Ángel. *Sanciones administrativas y sanciones penales: La problemática del principio NE BIS IN IDEM*, en: MATUS, Jean Pierre (Editor). *Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y Propuesta para un Nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, año 2004, p. 155.

<sup>53</sup> POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, año 2004, p. 465 y ss.

hechos puede insertarse en varios *preceptos penales de los que sólo uno* puede aplicarse, ya que es suficiente por sí solo para comprender o abarcar todo el desvalor del hecho o de los hechos que concurren en el caso concreto. De modo que si se penaran los dos tipos delictivos se incurriría en un *bis in idem*, vedado por el principio de legalidad...En cambio, se está ante un concurso de delitos, ya sea en su modalidad real o ideal, cuando se precisa aplicar dos o más tipos penales para penar debidamente todo el desvalor de la conducta integrante de uno o varios actos del acusado”.<sup>54</sup>

Como anticipamos, la formulación de tipos penales con superposición de sanciones penales, sin duda tiene potentes reparos, no sólo en cuanto técnica legislativa, sino también al contrastarla con los límites al *ius puniendi*, sobre todo cuando la duplicidad de normas sanciona un mismo desvalor del injusto, pero es precisamente la consideración del desvalor del injusto el instituto que contribuirá a desentrañar cuál es a nuestro entender la formulación correcta del tipo penal de desórdenes públicos.

a) *Uno o varios hechos de desórdenes públicos, sin intersección fáctica con delitos primarios.*

*Cuando un comportamiento se adecúe a una de las hipótesis del delito de desórdenes públicos propuesto, y no alcance a adecuarse a ningún otro delito, la solución no genera dificultades, por cuanto sólo se debe sancionar por el delito de desórdenes públicos conforme a lo dispuesto en el artículo 50 del Código Penal chileno. A igual solución llegamos cuando estemos frente a varios comportamientos que se adecúen a dos o más hipótesis del delito de desórdenes públicos propuesto, y que no alcancen a adecuarse a ningún otro delito, puesto que, como ya dijéramos, se trata de un delito de tipicidad reforzada y en ese sentido, es indiferente la ejecución de dos o más conductas descritas por el mismo tipo de injusto pero que no se adecúan a ningún otro. Tales hipótesis podrían presentarse, por ejemplo, en los casos en que los individuos únicamente realicen desórdenes contra la tranquilidad pública paralizando o interrumpiendo algún servicio público, hipótesis a la que hace referencia el numeral 1° del artículo 269 propuesto, o bien agregando a ello como comportamiento adicional, el impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos, contenida en el numeral 3 de la propuesta. Los casos sugeridos responden a la lógica de unidad jurídica de acción como consecuencia de tratarse de un caso prototípico de tipicidad reforzada.*<sup>55</sup>

b) *Un hecho de desórdenes públicos, con intersección fáctica con un delito primario.*

Los problemas se comienzan a presentar, *cuando un solo comportamiento, junto con adecuarse a una de las hipótesis del delito de desórdenes públicos propuesto, al mismo tiempo alcanza a subsumirse en otro delito de diferente desvalor delictivo*. Dicha situación, podría darse, por ejemplo, en los casos en que individuos realicen desórdenes públicos a través del saqueo de viviendas, oficinas o establecimientos comerciales, por

---

<sup>54</sup> STS Rol N° 5338/2011 del 20 de julio de 2011.

<sup>55</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 651.

cuanto, la misma conducta se adecuaría al delito de robo con fuerza en las cosas, previsto y sancionado en sus distintas variantes en los artículos 440, 442 y 443 del Código Penal chileno. Igual situación, puede suceder cuando, por ejemplo, los desórdenes públicos se verifican a través de la causación de daños a la propiedad ajena, considerada en el numeral 6 del artículo 269 propuesto, conducta que también alcanza a subsumirse en el delito de incendio, estragos o daños a que se refieren los artículos 474 y siguientes del Código Penal chileno.

Podemos decir que las hipótesis recién sugeridas, constituyen casos de concurso ideal heterogéneo de delitos, por cuanto, "...con un solo hecho se satisfacen las exigencias de distintos tipos penales".<sup>56</sup> Descartada queda la posibilidad de situarlos como casos de concurso aparente de leyes penales, atendido que, por consideraciones de índole valorativa, no existe coincidencia en el disvalor delictivo. No es posible desplazar uno de los tipos penales, prescindir de su consideración, y dejar con ello sin sanción cierto disvalor delictivo que contiene precisamente el tipo penal desplazado, atendida la diferencia de bienes jurídicos protegidos por los tipos interpretados.<sup>57</sup> Sin embargo, tampoco la solución del proponente, esto es, la de excluir del régimen concursal común, hipótesis de concurso ideal exasperando las sanciones por la vía de la acumulación material de penas, es la más idónea, atendido que en dicha política criminal se oculta una utópica pretensión por parte del Estado de pretender rebajar los índices de delitos a través del aumento de las penas por sobre los índices de sanción aconsejables a la luz de los fines del derecho penal y el respeto al principio de proporcionalidad, cuando en verdad, son otros los mecanismos de control social, específicamente los informales, los llamados a regular buena parte de los comportamientos violentos derivados de manifestaciones masivas ciudadanas.<sup>58</sup> No desconociendo que existe un mayor disvalor delictivo, a pesar de provenir de un puro hecho, lo cierto es que, precisamente el régimen concursal común, a nuestro entender, regula adecuadamente aquel mayor disvalor que afecta más de un bien jurídico, puesto que conforme al artículo 75 del Código Penal chileno, al momento de la determinación de la pena, en estos casos, *se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave*.

De hecho, la regla recién escrita, modifica las reglas generales de determinación de la pena, en el sentido que ahora, el marco penal a partir del cual el juez está llamado a resolver, varía sustancialmente en términos más gravosos para el sujeto responsable. Pretender exacerbar aún más la pena, a través de la acumulación material, en

---

<sup>56</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 665.

<sup>57</sup> En un sentido similar CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p. 670, quien señala: "Para la apreciación relativa a si un tipo de los concurrentes contiene el disvalor delictivo del otro u otros, es decisiva la consideración de los bienes jurídicos protegidos por cada uno de ellos, su magnitud y su conexión, así como del modo que asume el ataque en las distintas figuras en conflicto...".

<sup>58</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan y otro. *Nuevo Sistema...*, cit. nota n° 51, pp. 19 y ss. Tb., y especialmente referido a las regulaciones de policía, ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, año 1997, pp. 65 y ss.



circunstancias que sólo nos enfrentamos a un hecho que coincide con la descripción de dos tipos de injusto, incorpora una desigualdad en el tratamiento de distintas formas de criminalidad que no tiene justificación razonable.

c) *Varios hechos de desórdenes públicos, con intersección fáctica con uno o varios delitos primarios.*

Otro grupo de casos, relevantes de analizar para evaluar la norma propuesta, hallamos cuando varios comportamientos, junto con adecuarse a varias hipótesis del delito de desórdenes públicos propuesto, al mismo tiempo, algunas alcanzan a subsumirse en otro u otros delito(s) de diferente disvalor delictivo. Acá la situación es de mayor complejidad, precisamente porque el incremento del disvalor delictivo, tiene su origen por un lado, en el número de acciones desplegadas por el sujeto activo, y por otro, en la afectación de más de un bien jurídico, cuestiones que necesariamente deberán verse reflejadas en un tratamiento penal más gravoso que el indicado en el grupo de casos anteriores. Aparentemente para estos, la norma encontraría cierta justificación, toda vez que resulta necesario a través de la pena alcanzar a abarcar el disvalor del injusto que afecta a ambos bienes jurídicos. Respaldo del tratamiento más gravoso, de este grupo de casos, es posible encontrar en la jurisprudencia española, donde se ha dicho que:

“...la autonomía entre los tipos penales de desórdenes públicos y de daños con fines terroristas queda avalada tanto en lo que se refiere a los bienes jurídicos que resultaron afectados, como por el dato objetivo de que resulta totalmente factible dañar arrojando cócteles molotov los cajeros automáticos y las fachadas de dos sucursales bancarias sin necesidad de obstruir el paso de vehículos por una vía pública”.<sup>59</sup>

En igual sentido, también el Tribunal Supremo Español ha advertido que:

“...hay que comenzar señalando cómo la compatibilidad entre el delito de desórdenes públicos del artículo 574 y el de posesión y empleo de artefactos o sustancias incendiarias del 573 está inicialmente reconocida por la doctrina de esta Sala...toda vez que ninguna de ambas figuras abarca, por sí sola, la totalidad del injusto de *comportamientos* con la complejidad del que es aquí objeto de condena. Evidentemente, la posibilidad tanto de la comisión del delito de desórdenes sin necesidad de la utilización de artefactos inflamables, como de la mera tenencia de éstos, contemplada como acción típica incluso sin su empleo alterando el orden público, revela la autonomía de ambas conductas, cuya presencia conjunta lleva a la integración diferenciada de ambas y, por ende, a la configuración del concurso real, máxime cuando, como en el presente caso acontece, el delito de desórdenes

---

<sup>59</sup> STS Rol N° 5336/2011 del 20 de julio de 2011. Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 39, para quien en el derecho penal español: “La cláusula concursal específica del último inciso del párrafo primero del art. 557 CP resulta innecesaria, ya que de acuerdo con las reglas generales habrá que aplicar un concurso ideal de delitos entre la alteración del orden público y el delito de lesiones, daños o tenencia de armas o explosivos correspondientes”.

públicos causantes de daños en el patrimonio se vería también suficientemente colmado sólo con la fractura, utilizando unas piedras, del escaparate de la entidad bancaria, al igual que la tenencia de artefactos inflamables se cometió, al margen del uso de uno de ellos para incendiar la oficina bancaria, mediante la posesión previa de otro, que a su vez fue también empleado posteriormente para amenazar a los viandantes...”<sup>60</sup>

Con todo, la estructura de este grupo, perfectamente puede ser vista como la ejecución de conductas fáctica y jurídicamente independientes entre sí, pero relacionadas en función de medios a fin, y en ese orden de ideas, la regla aplicable seguiría siendo el artículo 75 del Código Penal chileno, es decir, imponiendo *la pena mayor asignada al delito más grave*.<sup>61</sup> Así entonces, la propuesta también implica establecer una excepción para este grupo de casos, que si bien cuenta con una justificación razonable frente a los casos presentados anteriormente, para ser llevados al sistema de acumulación material de penas, a nuestro entender debe incorporar cierto correctivo o sistema de compensación, que considerando que entre los delitos ejecutados, ciertamente existirá una relación de medios a fin, morigere la aplicación del sistema de acumulación, por cuanto el desarrollo de las distintas conductas que afectan a varios bienes jurídicos, se dan en un mismo contexto.

La razón de lo anterior, estriba en que existirá cierto grado de intersección del disvalor delictivo entre la conducta que afecta el orden público usando como medio, la afectación de otro bien jurídico distinto, y que a nuestro entender debe verse reflejado en el resultado final.

Al respecto, creemos que es ahora, en el proceso de incriminación primaria cuando deben construirse los instrumentos de morigeración o compensación a utilizar durante el proceso de incriminación secundaria, o incluso el proceso de incriminación terciaria o de ejecución de las penas impuestas.

Coincidiremos que muchos de los casos de desórdenes públicos, traen como consecuencia junto con la alteración del orden público, incalculables daños para la propiedad pública y privada. Pues bien, quizás sea éste proyecto de ley el invitado a dar cabida a lo que en doctrina llamamos ‘tercera vía’ del derecho penal, concepto con el cual se hace referencia a un sistema que incorpora la reparación del daño como mecanismo real y efectivo para solucionar conflictos de connotación penal, atendido que a través de él, es posible de mejor forma satisfacer los intereses de la víctima, que con una pena privativa de libertad, que muchas veces, en vez de contribuir a resolver el problema desde la perspectiva de la víctima, contribuye precisamente a que ésta se vea

---

<sup>60</sup> STS Rol N° 5164/2010 del 8 de octubre de 2010.

<sup>61</sup> En el mismo sentido, CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, pp. 662 y 663, quien definiendo los casos como de concurso real, advierte que si uno es el medio necesario para cometer el otro, su regla de aplicación será la absorción de penas del artículo 75 del Código Penal.

afectada, sin posibilidad alguna de obtener un resarcimiento. Como bien lo indica ROXIN, a propósito de la ‘tercera vía’ del derecho penal:

“Tiene un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima. Puede ser experimentada por él, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo y puede fomentar un reconocimiento de las normas. Por último la reparación del daño puede conducir a una reconciliación entre autor y víctima y, de ese modo, facilitar esencialmente la reintegración del culpable. Además, la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora..., al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada – a menudo incluso independientemente de un castigo – la perturbación social originada por el delito”.<sup>62</sup>

En fin, las distintas dificultades interpretativas expuestas en este apartado, dicen relación con la decisión del proponente de optar por un sistema híbrido de referencia genérica y casuística para intentar comprender los distintos actos atentatorios del orden público, en circunstancias que conforme al *criterio de seguridad jurídica*,

“...no puede afirmarse sin más que una ley detallada *casuísticamente* será *lex certa*, sino que, por el contrario, el exceso casuístico puede ser contraproducente para estos efectos. En primer lugar, porque una descripción que fragmenta el precepto en una serie de hipótesis corre el riesgo de hacer indescifrable el sentido de la norma y, en consecuencia, compromete la función de orientación social que a ésta corresponde. En segundo lugar, porque una tal factura casuística obstaculizaría la articulación con otras normas del sector jurídico, provocando una falta de armonización del conjunto normativo que se traduciría en dificultades para advertir defectos lógicos del sistema, provocando casos de incerteza. Por último, porque la casuística generalmente no agota las posibilidades fácticas de la descripción, lo que puede conducir, en definitiva, a interpretaciones forzadas dirigidas a evitar lagunas de punibilidad”.<sup>63</sup>

Precisamente esa falta de armonización es la que denota cualquier exclusión del sistema concursal general, así como la equiparación de comportamientos de diferente disvalor delictivo a que nos referiremos a continuación<sup>64</sup>, con las consiguientes dificultades que además tendrá la norma para respetar el *criterio de igualdad*, conforme al cual, “...cuando no hay diferencias relevantes, el tratamiento debe ser igual, y cuando las hay, debe ser desigual”.<sup>65</sup> Dicho en otros términos, lo importante es la definición de la relevancia de la diferenciación que justifica cierta desigualdad y que en esta propuesta

---

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 58, pp. 108 y ss.

<sup>63</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 547 y 548.

<sup>64</sup> *Infra* 2.2.3.

<sup>65</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 445.

no existe, y de allí la necesidad del alambicado análisis para intentar encontrar coherencia a lo propuesto.

### 2.2.3. Equiparación de conductas de diferente disvalor delictivo.

Una de las grandes dificultades que presenta la propuesta legislativa, dice relación con la equiparación que realiza de distintas conductas en los numerales que sugiere, que analizadas en concreto y cotejadas entre sí, dan cuenta de comportamientos que difícilmente pueden reflejar un mismo disvalor delictivo. Si bien, la diferenciación de disvalor, viene dada por el delito primario al que se hace referencia, y así por ejemplo, las hipótesis contenidas en el numeral 4° del artículo propuesto, contienen como bien jurídico protegido, la vida o integridad física de ciertas autoridades; las hipótesis contenidas en el numeral 6°, hacen referencia como bien jurídico protegido, a la propiedad, ya sea pública o privada, cuesta comprender que desde el punto de vista del orden público en cuanto bien jurídico afectado, sea lo mismo, interrumpir algún servicio público que privar de la vida a un carabinero o un miembro de la Policía de Investigaciones, como resulta del cotejo de los numerales 1° y 4° propuesto.

Dicho en otros términos, la afectación del orden público a través de un acto que simplemente interrumpe un servicio, y otro que, implica matar a una persona, no pueden tener el mismo disvalor delictivo, porque el bien jurídico protegido, en este caso el orden público, no se ve afectado con idéntica intensidad en uno y otro, cuestión que exige también una revisión del contenido del artículo, o bien la generación de otro u otros adicionales que mediante una pena diferenciada, sancione aquellos que, dentro de la gravedad para todos los casos exigida, se tornen derechamente intolerables, como ya ha sido recogido por lo demás por el Código penal español.<sup>66</sup>

### 2.3. Exigencias subjetivas del delito de desórdenes públicos.

Desde el punto de vista de las exigencias del tipo subjetivo, un primer aspecto relevante del análisis lo constituye el hecho que, siendo a nuestro entender el delito de desórdenes públicos, un delito de sujeto plural de concurrencia necesaria,<sup>67</sup> obligándonos a encontrar al menos dos o más individuos, desde el punto de vista subjetivo, es necesario precisar que estos, deberán intervenir concertadamente, es decir, debe existir una convergencia de voluntad y actuación común, quienes habiéndose dividido el trabajo, ejecutan conductas diferentes o bien repiten una misma, lo que lo transforma además, en un delito de convergencia.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> El delito de desórdenes públicos en el ordenamiento español, está tratado con diferente penalidad entre los artículos 557 a 561 del Código penal español, pudiendo ser una buena guía del tratamiento por el que en esta materia abogamos.

<sup>67</sup> *Supra* 2.1.

<sup>68</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Español por CORDOBA RODA, Juan, Ediciones Ariel, Barcelona, España, año 1962, pp. 351 y ss.

Ahora bien, dicha convergencia se traduce en que los distintos sujetos que intervienen en el delito de desórdenes públicos deben actuar con la finalidad de atentar contra el orden público. El artículo 557 del Código penal español, señala expresamente la finalidad al describir el tipo penal. Al respecto cabe hacer presente que, la finalidad de alterar la paz pública, es compatible con "...la concurrencia de una finalidad legítima, que por otra parte es habitual que exista en algunas clases de manifestaciones que suponen, al menos, una cierta alteración del orden..."<sup>69</sup>.

La propuesta del Ejecutivo, no incorpora expresamente un especial elemento subjetivo como el existente en el Código Penal español. Sin embargo, estimamos que no existe dificultad en su omisión, atendido que su inclusión, sólo vendría a manifestar textualmente, el contenido del dolo exigido por esta figura, en que el sujeto debe conocer y querer la provocación de desórdenes públicos a través de alguno de los hechos descritos por la norma.<sup>70</sup>

Un segundo aspecto de trascendencia, dice relación con que el delito de desórdenes públicos, por las expresiones que genéricamente emplea el proponente, y que limita en su alcance a los hechos luego narrados en los posteriores seis numerales, desde el punto de vista de las manifestaciones subjetivas, sólo admite la concurrencia de dolo, mas no de culpa, puesto que, el hecho de exigir que los desórdenes sean de aquellos que impliquen un ejercicio de fuerza o violencia, sumado que se trata de un delito de convergencia, no admitiría la posibilidad de la realización negligente de desórdenes.

Refuerza el argumento, aquella parte de la norma ya criticada parcialmente por la que se excluye del régimen general de concursos, el delito de desórdenes públicos, y que en nuestra opinión sólo tiene cierta razonabilidad para el tercer grupo de de casos expuesto,<sup>71</sup> toda vez que en ella, al referirse a los delitos primarios con los que se producirá la acumulación material de penas, lo hace usando la expresión "con motivo u ocasión de los desórdenes". Las mismas palabras empleó el legislador en el delito de robo con homicidio en el artículo 433 N° 1 CP. Al respecto se ha dicho, por un lado, que la expresión 'con motivo' hace referencia a esos casos en los que existe una relación de medio a fin entre la muerte que se provoca y la apropiación que se persigue por parte del hechor, considerando el fallecimiento de la víctima, como una forma de facilitar o llevar a efecto el apoderamiento de la cosa mueble. Pues bien, en el caso del delito de desórdenes públicos propuesto, la expresión 'con motivo' no podría entenderse de un

---

<sup>69</sup> V. gr. STS Rol 10717/1994 del 19 de enero de 1994; STS Rol 167/2011 del 12 de enero de 2011; STS Rol 2303/2011 del 5 de abril de 2011.

<sup>70</sup> En el mismo sentido, en la doctrina española, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal...*, cit. nota n° 17, p. 827. Así entonces, la omisión de un especial elemento subjetivo, permite evitar la discusión que en la doctrina y jurisprudencia española ha llevado a calificar por algunos al delito de desórdenes públicos como un delito de tendencia interna trascendente, lo que "...se ha plasmado en una fluctuante línea jurisprudencial...". V. gr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 37; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras Completas...*cit. nota n° 20, p. 751, para quien estamos frente a un delito de tendencia interna trascendente.

<sup>71</sup> *Supra* 2.2.2.c)

modo diferente, es decir, también deberá existir entre los delitos primarios concurrentes y el delito de desórdenes públicos dicha relación, con la consiguiente exclusión de comportamientos culposos o accidentales.<sup>72</sup> Por su parte, respecto de la expresión ‘con ocasión’ se ha dicho que apunta a los homicidios ejecutados no para satisfacer el robo, sino mientras se ejecutaba o inmediatamente después de cumplida la apropiación, buscando en este último caso, la impunidad del hecho. Aquí, el alcance de la expresión ‘con ocasión’, no puede ser traído al delito de desórdenes públicos en idénticos términos empleados en la norma de referencia, pues la ejecución posterior del delito primario, no puede ser entendida como una forma de asegurar la impunidad del hecho, ya que el delito primario, precisamente se transforma en el hecho a través del cual se completan los desórdenes públicos, o bien, habiendo comenzado la ejecución de este último por alguna de las hipótesis que no configuran un delito en particular, el delito primario ejecutado de forma coetánea o posterior sigue estando entre las hipótesis planteadas por el proponente para alcanzar el mismo delito.<sup>73</sup>

Así entonces, la única utilidad práctica de la incorporación de la expresión ‘con motivo’, pues a la otra expresión, ‘con ocasión’, no le hallamos funcionalidad, viene dada por contribuir a comprender la necesaria vinculación que debe existir entre el delito de desórdenes públicos y el delito primario, cuestión que entonces, nos permitirá excluir del delito de desórdenes públicos, sujetando a la sanción únicamente por el delito primario, los casos en que algunos individuos aislados aprovechen una pacífica reunión de personas para cometer ciertos delitos, no así los casos en que por la ocurrencia de un delito de desórdenes públicos, individuos que no han intervenido en aquel, deciden sumarse a través de la ejecución de alguno de los delitos primarios. La doctrina ha separado los ejemplos referidos entre ‘delitos cometidos por la muchedumbre’ y ‘delitos cometidos dentro de la muchedumbre’, siendo sólo posible aplicar el delito de desórdenes públicos en el primer caso.<sup>74</sup>

#### **2.4. Delito preparatorio de desórdenes públicos.**

El artículo 269 propuesto por el Ejecutivo, incorpora un inciso final, particularmente delicado de tratar a la luz del contexto en que se presenta, y que a pesar de encontrar su fuente de inspiración en el delito de desórdenes públicos del artículo 361 ACP, no estará exento de polémica por la delgada línea que pudiere separarlo de un atentado estatal a la libertad de opinión. En efecto, el inciso final del artículo que se propone, establece idéntica pena que la prevista para los autores del delito de desórdenes públicos, a quienes los hubieren incitado, promovido o fomentado, y siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por estos.

---

<sup>72</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 15, p. 196.

<sup>73</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo IV*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, p. 195; Tb. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit. nota n° 53, p. 369.

<sup>74</sup> ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 35 y 38.

A partir de los verbos rectores que emplea el proponente, podemos concluir que todos ellos, implican la transmisión de una idea, ya sea verbalmente o por escrito, tendiente a la obtención de un resultado, que en este caso, dice relación con la causación de desórdenes públicos. De hecho, al revisar el alcance de los verbos empleados, en la acepción pertinente al tema, verificamos que incitar significa “mover o estimular a alguien para que ejecute algo”; promover significa “iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro”; fomentar significa “atizar, dar pábulo a algo”.<sup>75</sup> Cualquiera sea el caso, elemento común a los verbos sugeridos, es “...la comunicación de una idea como medio idóneo para producir la lesión de un bien jurídico merecedor de tutela...a través de la palabra..., medio intelectual para realizar un hecho que, considerado en sí mismo, se estima socialmente dañoso”.<sup>76</sup>

Dicho en otros términos, lo que se busca reprimir, a través del inciso final propuesto, es la exteriorización de ciertas ideas, por considerarse aptas para crear un ambiente criminógeno, lo que se traduce entonces en que, la libertad de opinión encuentra uno de sus límites, cuando la comunicación de la idea, a través del empleo de la palabra, oralmente o por escrito, promueve la violencia.

La pregunta que quizás el lector se hace al respecto es, si la sanción de aquello no importaría una clara sanción a un acto preparatorio, con los consiguientes reparos que pudieran realizarse a causa de la anticipación punitiva que ello exige. Pues bien, la respuesta a dicha interrogante, la encontramos preclara, superando la inicial confusión de la pregunta en POLITOFF:

“Pero la incriminación...de una manifestación verbal que, en sí misma, se considere socialmente dañosa o peligrosa y que haya sido acuñada, por ello, en la forma de un tipo delictivo autónomo (como acontece con diversas figuras de la Ley sobre Seguridad del Estado, en que la conducta descrita consiste en ‘incitar’, ‘promover’, ‘fomentar’, etc.), es algo muy diverso de anticipar la punibilidad de cualquier delito cuya consumación se encuentra tipificada por la ley...aunque no se pueda anticipar discrecionalmente el comportamiento delictivo respecto de un bien jurídico, es posible definir un injusto precozmente, es decir, anticipar la lesión misma de un bien jurídico...”<sup>77</sup>

En efecto, nos encontramos aquí con que el proponente, más que pretender anticipar punitivamente un delito de desórdenes públicos mediante la sanción de actos preparatorios, busca construir un delito preparatorio, que en rigor no pertenece a las fases del iter criminis, por el contrario se alza como una figura especial y diferente,<sup>78</sup> sancionable por estimarse que ya la incitación, promoción o fomento de desórdenes públicos, en este caso reducidos sólo a actos que involucren fuerza o violencia, afecta al

---

<sup>75</sup> DRAE.

<sup>76</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustración. Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, año 1999, p. 34.

<sup>77</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los Actos Preparatorios del Delito...*, cit. nota n° 76, p. 41.

<sup>78</sup> POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. *Los Actos Preparatorios del Delito...*, cit. nota n° 76, p. 42.

bien jurídico que con el tipo se busca proteger, de allí la coincidencia de penas propuestas para uno y otro caso, cuestión inadmisibles si entendiéramos que la sanción está referida a un acto preparatorio, por la consiguiente gradualidad en la pena que las distintas fases del derrotero del delito debieran tener.

Aclarado el hecho de estar frente a la sanción de un delito preparatorio y no de un acto preparatorio, queda por abordar dos puntos que la propuesta contiene y que son de especial relevancia. Por un lado, la forma como está redactada la propuesta, implícitamente contiene, en nuestra opinión, una condición objetiva de punibilidad, es decir, una condición que no dependiendo de la voluntad de autor, en este caso del delito preparatorio, sino que de la voluntad de terceros, debe concurrir para justificar la necesidad en la imposición de la pena.<sup>79</sup> Efectivamente, para que pueda castigarse el delito preparatorio de desórdenes públicos, necesariamente debe verificarse la ocurrencia del delito de desórdenes públicos incitado, promovido o fomentado. Así debe entenderse a nuestro parecer la redacción en tiempo pretérito que utiliza el proponente y la forma como dicho tiempo verbal se relaciona con la expresión ‘importen’ utilizada en el mismo inciso en análisis, cuya única acepción posible para el tema, es sinónimo de ocasionar o causar.<sup>80</sup>

No queda claro, a qué se refiere el proponente cuando en la parte final del inciso que analizamos incorpora una segunda condición para la sanción al señalar que el delito preparatorio de incitación, promoción o fomento de desórdenes públicos se castigará ‘siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquellos’, toda vez que, si el delito de desórdenes públicos incitado, promovido o fomentado ocurre en definitiva y eso fue previsto por el sujeto activo del delito preparatorio, más bien estamos peligrosamente cerca de la inducción, es decir, frente a un caso de autoría.

Los comentarios ya señalados a propósito del inciso final que se propone, invitan a revisar exhaustivamente la redacción de la norma, ya sea sincerando el establecimiento de una condición objetiva de punibilidad, del todo necesaria para el conflicto penal que se busca regular, toda vez que sin discutir sobre el *merecimiento* de sanción penal, el debate polímicocriminal es sobre la *necesidad* de sanción penal, cuando no se ha conseguido el resultado promovido;<sup>81</sup> ya sea, eliminando aquella parte de la norma de confusa interpretación, operaciones que ejecutadas debieran llevar a un texto para el inciso final del artículo 269 propuesto, del siguiente tenor:

“Se aplicará la pena de presidio menor en su grado mínimo al que hubiere incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia, siempre que estos se hubieren efectivamente realizado”.

---

<sup>79</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001, p. 249 y ss.

<sup>80</sup> DRAE.

<sup>81</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 79, p. 249.



Dicha corrección, por un lado cumpliría con las exigencias de claridad comunicativa que se exigen a toda norma, así como con el *criterio de subsidiariedad*, por cuanto el derecho penal intervendría frente a “...supuestos en que verdaderamente exista una *necesidad de pena*”, cumpliendo por lo mismo, con el *criterio de proporcionalidad*, del que para algunos el primero constituye un elemento subsumible si se concibe en un sentido amplio.<sup>82</sup>

### **3. Redundancia de la agravante de actuación con el rostro cubierto.**

Un aspecto interesante del proyecto de ley dice relación con proponer la construcción de una circunstancia agravante especial, a través de la agregación de un artículo 269-B al actual articulado del Código Penal, en los siguientes términos:

“En los delitos previstos en los párrafos 1, 1 bis y 2 del presente título, se impondrá el máximo de la pena, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados, a los responsables que actúen con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor”.

Por un lado, la norma propuesta tiene la virtud de corregir, la limitada aplicación de la circunstancia agravante de empleo de disfraz, hoy contemplada en el artículo 12 N° 5 CP, y circunscrita únicamente a los delitos contra las personas. Al agravar el delito de desórdenes públicos y otros delitos contra el orden público, por ejecutarse con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hechor, el proponente está haciendo referencia, con otras palabras por cierto, a esa circunstancia agravante, que como bien sabemos, quedó agrupada a la agravante de premeditación conocida, y por ello, reducida a los delitos contra las personas, sin que tengamos mayores noticias de las razones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno para tomar dicha decisión, pues el Código Penal español de la época, inspirador de nuestro actual Código Penal, las trataba separadamente.

Dicho reduccionismo en la aplicación de la circunstancia, es sin duda injustificado, y siempre se ha reclamado lo insostenible que resulta ser que sólo agrave los delitos contra las personas, y no otros en los que también puede llegar a tener relevancia el empleo de disfraz.<sup>83</sup>

De allí entonces que la norma, corrige en parte la restricción de la agravante, que se ha entendido presente no sólo por la utilización de “...un traje o vestimenta completos, sino también en otros más modestos encaminados a ocultar la identidad, como un antifaz, un pañuelo que cubre parte del rostro...”.<sup>84</sup> El fundamento de la agravación del delito, viene

---

<sup>82</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 426.

<sup>83</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p...531.

<sup>84</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p...532. Limitación que no existe en el Código Penal español, pues en su artículo 22 circunstancia 2ª, expresamente se contempla como una

dada por el aumento de la indefensión de la víctima frente al ataque que lo encuentra desprevenido y en la facilitación de la impunidad, y que sin mayor dificultad hallamos en la circunstancia agravante propuesta, por estar expresamente señalados, cuestión que por tanto, en este aspecto, no transgrede el *criterio de economía legislativa*, en el sentido de estar justificada la necesidad de una norma, como análisis previo a su regulación.<sup>85</sup>

Sin embargo, por otro lado, al momento de expresar la forma en cómo incide la circunstancia agravante en la determinación de la pena, el proponente incurre en una redundancia,<sup>86</sup> impropia de una correcta técnica legislativa, pues al señalar que se impondrá el máximo de la pena, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados, no hace sino repetir lo que expresamente ya está regulado para las circunstancias agravantes en general, en los incisos segundos de los artículos 67 y 68 del Código Penal chileno.

En efecto, conforme al *criterio de economía legislativa*, toda legislación debe ser capaz de expresar su contenido de forma breve y precisa, evitando confundir al ciudadano, el principal destinatario de la norma sobre lo que se prohíbe o manda y cómo se sanciona la infracción de aquello. Con acierto escribe sobre el criterio de economía legislativa, OSSANDÓN en los siguientes términos:

“Toda regulación jurídica debe ser expresada del modo más breve y preciso posible. Los objetivos legislativos propuestos deben conseguirse por medio de un número restringido de normas, cada una expresada de forma concisa y rigurosa. Es decir, la economía legislativa se refiere tanto al número de preceptos por los que se regula una materia como a la descripción contenida en cada uno de ellos. Dice relación con textos menos numerosos, más duraderos y breves, y con la necesaria eliminación de las redundancias normativas”.<sup>87</sup>

Así entonces, el artículo 269-B propuesto satisface mejor los criterios de formulación de tipos penales, simplemente señalando:

“Será circunstancia agravante en los delitos previstos en los párrafos 1, 1 bis y 2 del presente título, ejecutarlo con el rostro cubierto o utilizando cualquier otro elemento que impida, dificulte o retarde su identificación”.

---

circunstancias agravante genérica, pudiendo entonces, ser aplicada directamente, v. gr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos...*, cit. nota n° 18, p. 40.

<sup>85</sup> Como bien lo indica OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 305: “...fomentar la economía normativa requiere efectuar una acabada investigación sobre la necesidad de la norma, así como sobre la intensidad y extensión de la regulación. En el ámbito penal, en virtud de los principios de intervención mínima, fragmentariedad y *última ratio*, este examen debe ser especialmente exhaustivo, pues sólo una vez comprobados el merecimiento y necesidad de pena para un determinado comportamiento, quedará justificado el recurso a este instrumento sancionatorio del Estado”.

<sup>86</sup> Sobre las redundancias en materia de técnica legislativa penal véase MATUS, Jean Pierre. *El Concurso Aparente...*, cit. nota n° 51, p. 364.

<sup>87</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 303.

La agravante de actuar con el rostro cubierto, se presentará del mismo modo que la agravante de empleo de disfraz, como objetiva, pudiendo entonces agravar la responsabilidad únicamente de aquellos que tuvieren conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, es decir, se comunica en la medida que se cumpla con aquello a que se refiere el inciso segundo del artículo 64 de nuestro actual Código Penal.<sup>88</sup>

## Conclusiones

La revisión de parte de las normas que se proponen por el Ejecutivo para hacer frente a los actos de violencia que se presentan cada vez con mayor frecuencia en las manifestaciones colectivas de los ciudadanos, y que se ha traducido en un proyecto de ley que propone modificar el delito de desórdenes públicos, así como otras normas relacionadas, si bien encuentra justificación y respaldo en el desarrollo doctrinario y legislativo comparado, no es obstáculo para que a partir de la revisión de lo propuesto, hayamos podido constatar que la propuesta es perfectible.

Para intentar alcanzar la perfección de la propuesta, a fin de que esa sea la forma como se convierta en ley, y sin perjuicio que siendo ello imposible, por las deficiencias del instrumento comunicativo, el lenguaje, erigiendo aquello entonces, como un principio inspirador de la construcción o formulación de tipos penales, la invitación es a que las normas propuestas sean revisadas a las luz de una metodología de creación del derecho penal, particularmente necesaria en esta rama del derecho, que considerando ciertos criterios, aspire a estándares mínimos que le den razonabilidad a la misma, para que el destinatario de la norma, precisamente la conozca, comprenda y se convenza del merecimiento y necesidad de sancionar penalmente comportamientos que en este caso implican ejercicios de fuerza o violencia contrarios a la tranquilidad o paz pública.

En todo caso, incluso el proyecto de ley propuesto, puede ser la ventana de un tratamiento más ambicioso por parte del Estado, que impulse un tratamiento penal coherente y conteste con el *criterio de sistematicidad*,<sup>89</sup> que aborde de una sola vez, las distintas manifestaciones colectivas violentas, que van más allá de las que alcanzan a ser cubiertas por los desórdenes públicos, a fin de evitar "...la multiplicación y dispersión normativas que generan graves inconvenientes para la correcta comunicación del mensaje prescriptivo".<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 9, p...473; POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno...*, cit. nota n° 53, p. 424; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal...*, cit. nota n° 73, p. 330 y ss.

<sup>89</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 313 y ss.

<sup>90</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales...*, cit. nota n° 3, p. 291.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Los delitos de desórdenes públicos realizados con ocasión de eventos deportivos*. Revista Andaluza de Derecho del Deporte. Sección Doctrinal, N° 4 – febrero – 2008.
- BRANDANA, José Ángel. *Sanciones administrativas y sanciones penales: La problemática del principio NE BIS IN IDEM*, en MATUS, Jean Pierre (Editor). *Derecho Penal del Medio Ambiente. Estudios y Propuesta para un Nuevo Derecho Penal Ambiental Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, año 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y otro. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*, Editorial Trotta, año 2004.
- \_\_\_\_\_. *Obras Completas, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III*, edición actualizada por Gustavo Balmaceda Hoyos y Carlos Guillermo Castro Cuenca (Coords.), Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2009.
- CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ediciones Universidad Católica de Chile, 8ª edición ampliada, año 2005.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*. Editorial Trotta, año 2003.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales, Tomo I - III*, 3ª edición actualizada por Eugenio Evans Espiñeira, Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I - IV*. Editorial Jurídica de Chile, año 2001.
- MATUS, Jean Pierre. *El Concurso Aparente de Leyes*, Ediciones Jurídicas de Santiago, año 2008.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Español por CORDOBA RODA, Juan, Ediciones Ariel, Barcelona, España, año 1962.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor, 5ª edición, año 1998.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Editorial Tirant lo Blanch, 17ª edición, año 2009.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. *La Formulación de Tipos Penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*. Editorial Jurídica de Chile, año 2009.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Editorial Jurídica de Chile, 2ª edición actualizada, año 2004.
- \_\_\_\_\_. *Los Actos Preparatorios del Delito Tentativa y Frustración. Estudio de Dogmática Penal y de Derecho Penal Comparado*. Editorial Jurídica de Chile, año 1999.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, año 1997.