

"Ley Hinzpeter": La Insuficiencia de la Mera Reforma Legal

La mera reforma legal no es suficiente sino es acompañada de mejoras en las estrategias de control policial en materia de orden público. También hay que considerar cómo desde los tribunales superiores de justicia se están fallando casos que apuntan a establecer la legitimidad de una serie de conductas ilícitas, por ejemplo, las tomas de establecimientos educacionales o un hipergarantismo a la hora de fallar en casos de desordenes públicos vinculados a marchas y protestas.

En esta edición:

"Ley Hinzpeter": La Insuficiencia de la Mera Reforma Legal

Actualización de Cifras Fiscales: Fin del Llamado "Súper Ciclo"

En días recientes ha sido aprobado en general en la Cámara de Diputados el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (Boletín Nº 7975-25), también conocido como "Ley Hinzpeter". Si bien se rechazaron en particular –la Concertación votando en bloque– la mayoría de las normas relevantes del proyecto, la aprobación genérica de la iniciativa permitirá una nueva discusión de este proyecto ante el Senado en segundo trámite.

Como sostuvimos en su momento¹, si bien la regulación propuesta originalmente debía ser objeto de varios perfeccionamientos –por aspectos de fondo y de forma, lo que se hizo a través de dos indicaciones del Ejecutivo²–, el fin que persigue es correcto. Busca establecer un equilibrio entre el ejercicio de los derechos de reunión y expresión asociados a una manifestación o protesta pública y los derechos de terceros (vecinos, comerciantes o transeúntes) mediante una serie de perfeccionamientos legales. Lo más importante de la iniciativa es que ha puesto en la discusión pública el viejo problema de cómo defender el derecho de reunión y expresión legítima y pacífica que tenemos los ciudadanos, de hechos de violencia. Se trata de una discusión de medios, no del fin, que es a todas luces compartido. Por eso es que a estas alturas parecen burdas las caricaturas en torno a que se trata de un proyecto de restricción al derecho de reunión –y expresión– o "criminalizar la protesta social".

Con todo, si bien algunas de las reformas legales propuestas en la iniciativa son relevantes para alcanzar el fin perseguido, ellas no son suficientes y no pueden esconder aspectos fundamentales de la discusión que no han estado presentes con la intensidad requerida. Primero, la necesidad de contar con una mayor eficacia policial en cuestiones de orden público, y segundo, la existencia de jurisprudencia activista por parte de algunos jueces, tanto penales como cortes de apelaciones.

Debate legislativo

En su versión original, la denominada “Ley Hinzpeter” proponía:

- Modificar el tipo penal de desordenes públicos ante la falta de tipos penales que describían adecuadamente las conductas ilícitas que buscaban ser abordadas (por ejemplo, participación en desórdenes, actos de fuerza o violencia que paralicen o interrumpan algún servicio público, también invadir, ocupar o saquear viviendas).
- Agravar las penas por delitos de desórdenes públicos cuando se actúa encapuchado o con otro elemento que impida, dificulte o retarde la identificación del hecho.
- Fortalecer la protección de la fuerza pública cuando actúa en resguardo del orden público.
- Facilitar la obtención de medios de prueba para acreditar la existencia de delitos o la participación en los mismos.

La necesidad de contar con este nuevo instrumental regulatorio se fundaba, a juicio del Ejecutivo, en que en ocasiones “el legítimo ejercicio pacífico del derecho de reunión que algunos realizan, es perturbado por otros que, sobrepasando el marco constitucional, provocan desórdenes, agreden y lesionan a los funcionarios policiales o a quienes se manifiestan tranquilamente, causan daños a la propiedad, portan y utilizan armas cortantes, contundentes, de fuego e incendiarias, y muchas veces ocultan su rostro para evadir la acción policial y asegurar sus ataques a los legítimos participantes de la reunión”³. A lo anterior, se suman “situaciones graves como saqueos y la afectación al desenvolvimiento normal de la vida diaria y la actividad del comercio en las zonas por la que transitan las marchas cuando ocurren situaciones que exceden el ámbito pacífico en que el derecho está llamado a ejercerse. Estos actos constituyen claras muestras de afectación a la seguridad y tranquilidad pública que, finalmente, importan una alteración directa del orden público y un menoscabo del legítimo ejercicio del derecho de reunión”⁴. Bajo este contexto, el fin del proyecto es claro y legítimo: defender el derecho de reunión –y expresión– de la violencia.

Algunas normas controversiales de la discusión original quedaron en el camino –acumulación de penas o la regulación relativa a medios probatorios que podía ser obtenida de los medios de comunicación–, lo

cual fue muy sensato y parte del proceso de perfeccionamiento de cualquier iniciativa legal.

En la votación de esta semana en la sala de la Cámara de Diputados se rechazaron las normas más relevantes de la última versión del proyecto. La tipificación del delito de desórdenes públicos graves en caso de paralización de los servicios públicos de emergencia y el impedimento de la libre circulación de las personas, mediante fuerza en las cosas o violencia o intimidación a las personas, enfrentándose una pena entre 61 días y 3 años; la circunstancia agravante de delitos contra las personas o que afectaran los bienes (propiedad), ocurridas en una manifestación o acto de carácter público, aumentándose además la penalidad cuando se utilizare algún elemento con el propósito de esconder su identidad; y sancionar a la persona que concurra a una manifestación pública ocultando su identidad (encapuchado), regulándose como falta con multa de 1 a 4 UTM, quedando la fuerza pública facultada para detenerlos y ponerlos a disposición del Ministerio Público.

¿Estamos ante un instrumental regulatorio particularmente lesivo? La respuesta es negativa. Puede discutirse si la mejor forma de disuadir a los encapuchados es estableciéndolo como falta o mediante condenas más altas (al proponerse como agravante). Puede discutirse, como sugirió el diputado Felipe Harboe (PPD) que se debe ampliar la penalidad de los encapuchados no sólo a casos de orden público, sino de comisión de delitos en general. Lo extraño es que la totalidad de los perfeccionamientos a la normativa actual hayan sido rechazados en bloque.

Por otra parte, sí fueron aprobados perfeccionamientos menores. Entre ellos, incorporar dentro de las autoridades contra las que se comete delito a los integrantes de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a los funcionarios de Gendarmería de Chile que se encuentren en el ejercicio de sus funciones; y permitir al Ministro del Interior, Intendentes y Gobernadores, interponer querellas en caso de delitos de atentados contra la autoridad, atentados y amenazas contra los Fiscales del Ministerio Público y defensores penales públicos, y desórdenes públicos.

Bajo este contexto, el debate relevante en torno a la “Ley Hinzpeter” ha quedado en manos del Senado donde se volverán a discutir, mediante indicaciones, las reformas rechazadas en la Cámara.

Eficacia policial

En todo caso, la mera reforma legal es insuficiente. Aumentar la eficacia policial resulta clave para que la exigibilidad de la norma sea más factible y disuada comportamientos indeseados. La discusión en la Cámara ha girado en torno a la falta de aplicación del artículo 85 del Código Procesal

Penal (referido al control de identidad) existiendo una regla especial para el control de identidad de encapuchados⁵, argumento esgrimido por la oposición y rechazado por el Gobierno. Lamentablemente, no se ha presentado evidencia empírica que nos ayude.

No obstante, parece atendible que existiesen problemas de capacitación o interpretaciones diversas de la autoridad policial en la aplicación de la norma. Se trata de una falencia que la Comisión Asesora Presidencial de perfeccionamientos a la Reforma Procesal Penal detectó en otros ámbitos de la capacidad operativa de las policías, proponiendo reformas⁶.

Es basta la literatura que se ha referido a la cuestión del control “inteligente” o basado en la evidencia del orden público, desarrollándose una serie de buenas prácticas que buscan aumentar la eficacia policial y disminuir el conflicto con los manifestantes. En este sentido, el acopio intensivo y análisis de información (inteligencia policial); uso de estrategias de contención (detención proactiva o el uso de cercos de seguridad), y de arrestos concentrados (y a veces preventivos); incentivar la auto regulación de los manifestantes o el uso de técnicas de control consensuados (combinados con los coercitivos); son todos elementos que forman parte de estas buenas prácticas que se observan a nivel comparado⁷.

Esta literatura ha sido complementada con desarrollos de las ciencias sociales que analizan los factores que pueden incrementar o inhibir el comportamiento violento de los individuos más radicales de un grupo de manifestantes a partir de la interacción con la policía; y la importancia de que las estrategias policiales consideren esta dinámica potenciando el rol de los moderados en actos públicos, disminuyendo el rol de los más violentos⁸.

En Chile contamos con policías probados y de alto capital humano. Sin embargo, en cuestiones asociadas a estrategias de prevención del delito y a las de control de orden público, cada protesta –especialmente las estudiantiles– hace evidente que se puede avanzar en mejoras. Ello implica no sólo revisar estructuras institucionales, capacitación o coordinación con otros actores, sino la necesidad de contar con mayores recursos y tecnología de punta. Se trata de una cuestión que ha quedado demostrada cuando se ha actuado de manera proactiva en una fecha compleja en los últimos años: el día del joven combatiente. Se han utilizado estrategias inteligentes y preventivas, por tanto, los resultados han sido bastante positivos⁹.

Señales judiciales

Parece relevante considerar la perspectiva jurisprudencial y ciertas señales que se están enviando a los jueces. No se trata sólo de la actuación de los jueces penales –aludiendo a su garantismo excesivo en los casos de

manifestaciones de 2011 en números de prisiones preventivas y condenas irrisorias (7 condenas de 5.000 detenidos)¹⁰–, sino de las señales que se envían desde los tribunales superiores de justicia, en particular, desde las Cortes de Apelaciones, cuando se han analizado recursos de protección presentados por alumnos ante sanciones de tomas ilícitas de establecimientos educacionales, en los movimientos de 2006 y de 2011.

Un ejemplo contundente servirá para ilustrar esta cuestión. En una prevención del ministro Carlos Cerda, sumando al fallo de mayoría de la Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo en 2006 que: “forma parte del proceso educativo de un escolar no solamente el aprender modales, decoro social y respeto a las reglas que rigen la convivencia en su establecimiento, sino que mucho más y antes que eso, el asumirse como miembro de una generación de jóvenes que tiene la obligación de coparticipar en la construcción de la patria, sobre todo en lo que hace a las temáticas más compatibles con su edad y situación, en las cuales se va forjando su personalidad y madurez. Entre éstas, por supuesto la concerniente a la actualización de los esquemas de la educación del país, que es lo que, conforme a conocimiento público y notorio, gatilló las manifestaciones que (...) constituyeron el antecedente de las sanciones (...) Parece al autor de esta prevención que es ésta la manera correcta de poner en el sitio que corresponde a la libre manifestación de ideas (...) y que no hace falta convencer es consubstancial a una república democrática. Cuando quienes se ven más directamente involucrados en ella –para estos efectos, dígame alumnos– utilizan vías ortodoxas para ejercer esa crítica y demandar las innovaciones, hasta que se convencen de la ineficacia de su rutina y se valen, por decisión muy mayoritaria, de ejercicios de presión colectiva, sometidos nada más que a las acciones por los delitos que cometan (...)”¹¹.

El activismo del juez Cerda queda en evidencia, no sólo por el razonamiento amplio, poco predecible y retórico que emplea utilizando valores que le parecen importantes en contra de lo que dicta el ordenamiento jurídico, sino también por la existencia de lo que se explica en la disidencia¹². Este tipo de opiniones parecen reconocer que la toma es un acto político que no le compete a los tribunales revisar (salvo que exista delito, y se explica que para eso no es el recurso de protección).

La jurisprudencia de las Cortes de Apelaciones frente a las tomas de 2011 y sus consecuencias se pronunciaron en un sentido similar.

El razonamiento que subyace a esta jurisprudencia no es original. Muchos de los fundamentos esgrimidos en el debate se asocian a las tesis esgrimidas por el académico Roberto Gargarella, quien ha profundizado en torno a la cuestión de la “criminalización de la protesta social” en Argentina. Para este autor, la primera función de los jueces “es la de proteger a las minorías, y especialmente a las minorías que critican a la

autoridad pública, y más todavía a aquellas que lo hacen a partir de una situación de serias dificultades expresivas¹³; y que éstos –los jueces– “en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de ese modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la paz social que la vitalidad del sistema democrático”¹⁴.

Conclusión

La “Ley Hinzpeter” avanza en el Congreso. Si bien, la reciente votación en la sala de la Cámara de Diputados sólo tuvo de positivo que se aprobara el proyecto en general –enfrentando el rechazo de las normas más relevantes–, constituye un avance y generará una discusión en el Senado. Parece haberse instalado en la sociedad la legitimidad de fines que persigue el proyecto y queda todavía una discusión más profunda respecto de perfeccionamientos al instrumental regulatorio propuesto.

La mera reforma legal no es suficiente sino es acompañada de mejoras en las estrategias de control policial en materia de orden público. También hay que considerar cómo desde cierta jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia se están fallando casos que apuntan a establecer la legitimidad de una serie de conductas ilícitas, por ejemplo, las tomas de establecimientos educacionales o un hipergarantismo a la hora de fallar en casos de desordenes públicos vinculados a marchas y protestas.

En breve...

- El fin que persigue la "Ley Hinzpeter" es correcto. Busca establecer un correcto equilibrio entre el ejercicio de los derechos de reunión y expresión asociados a una manifestación o protesta y los derechos de terceros (vecinos, comerciantes o transeúntes) mediante una serie de perfeccionamientos legales.
- Si bien la votación en la Cámara de Diputados sólo tuvo de positivo que se aprobara el proyecto en general –con el rechazo de normas relevantes–, constituye un avance. Parece haberse instalado en la sociedad la legitimidad de fines que persigue el proyecto. Queda pendiente una discusión respecto de perfeccionamientos al instrumental regulatorio propuesto.

¹ Ver Tema Público Nº 1.070, Libertad y Desarrollo, 13 de julio de 2012, “Ley Hinzpeter sobre Orden Público: Perfectible y Necesaria”.

² Presentadas el 19 de enero de 2012 y el 9 de abril de 2013. Ver tramitación legislativa en : http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25

³ Boletín N° 7975-25, p. 7.

⁴ Idem.

⁵ El inciso primero del referido artículo establece que: “Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos”.

⁶ Ver Tema Público N° 1.088, Libertad y Desarrollo, 16 de noviembre de 2012, “Perfeccionamiento al Sistema Procesal Penal: Evaluación del Informe de Expertos”.

⁷ Ver Willem De Lint y Alan Hall (2009): *Intelligent Control. Developments in Public Order Policing in Canada* (University of Toronto Press), y Lawrence Sherman (ed.) (2002): *Evidence-Based Crime Prevention* (Routledge).

⁸ Ver Stephen Reicher (2007): “*Knowledge-Based Public Order Policing: Principles and Practice*”, en *Policing*, Vol. 1 (4): pp. 403-415.

⁹ Así, por ejemplo, el 28 de Marzo de 2012, un día antes de la fecha referida, los detectives de la Policía de Investigaciones (PDI) habían arrestado a 1.302 personas en el marco de un operativo nacional para sacar de circulación a individuos buscados por la justicia, de los cuales 588 tenían órdenes de detención pendientes por diferentes delitos. Esta acción se enmarcó en el Plan Antidelincuencia Selectivo (PLAS), el que en esta oportunidad coincidió con la cercanía de la conmemoración del “Día del joven combatiente”. Las consecuencias, en términos comparativos respecto de años anteriores fueron relativamente positivas, aunque en ningún caso aceptables: hubo 22 lesionados leves, 7 de ellos Carabineros. El Gobierno llamó la atención sobre “el profuso uso de armas de fuego por parte de menores”. Villa Francia, Peñalolén y San Bernardo concentraron los disturbios. 206 buses del Transantiago y algunos autos quemados resultaron dañados. En efecto, útil resulta comparar lo sucedido en 2012 CON, por ejemplo, en 2008, cuando la cifra final de detenidos por los incidentes registrados fue de 232 a nivel nacional, pero más grave aún fue el asesinato en Villa Francia, René Fernando Palma Mancilla de 24 años ocurrido luego que un grupo de encapuchados le disparara a mansalva por creer que se trataba de un infiltrado. En 2007, 603 personas fueron detenidas a raíz de los desmanes ocurridos, mientras que 30 carabineros resultaron lesionados, dos de ellos en estado grave.

¹⁰ Ver Tema Público N° 1.070, Libertad y Desarrollo, 13 de julio de 2012, “Ley Hinzpeter sobre Orden Público: Perfectible y Necesaria”.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago (2006), rol 5.751-2006.

¹² Hubo disidencia en la sentencia de la Corte de Apelaciones (Ángela Radovic) y en la sentencia confirmatoria de la Corte Suprema (ministro Gálvez). Ver Corte de Apelaciones de Santiago (2006), rol 5.751-2006, de 22 de diciembre de 2006 y Corte Suprema (2007), rol 720-2007, de 19 de abril de 2007

¹³ Gargarella, Roberto (2007): *El derecho a la protesta* (Adhoc). p. 57.

¹⁴ Idem.