

	<p>Informe sobre el Proyecto de ley que “Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal para sancionar como falta el ocultamiento del rostro con ocasión de alteraciones al orden público, y permitir la detención en caso de flagrancia (Boletín N° 10717-20)”</p> <p>Similitudes con Indicación al Proyecto de ley que “Fortalece el resguardo al Orden Público (Boletín N° 7075-25)”</p>
---	--

Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 13 de junio de 2016 – Sesión 307

I. Proyecto de ley que modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal para sancionar como falta el ocultamiento del rostro con ocasión de alteraciones al orden público, y permitir la detención en caso de Flagrancia (Boletín N° 10717-20) (Año 2016)

Ingresado a la cámara de Diputados con fecha 31 de mayo del año 2016, actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional en la comisión de Seguridad Ciudadana.

El mencionado proyecto establece dos modificaciones:

- 1) Incorpora una nueva falta al art 494 del CP, dirigida al que “con ocasión de alteraciones al orden público oculte su rostro para evitar su identificación, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito”
- 2) Agrega este tipo penal a aquellas faltas que están en el listado del art 134 del CPP en que se faculta para detener en flagrancia (Recordemos que por regla general las faltas no pueden ser objeto de detención por flagrancia).

Los fundamentos de la iniciativa legal están dados básicamente porque el ejercicio de los derechos fundamentales reconocería limitaciones, entre ellos el orden público, según se expresa. Igualmente, en el sentido que el derecho a la manifestación entendido como una proyección del derecho a la reunión y a la libertad de expresión colisiona con otros derechos.

Agrega que la iniciativa que busca incluir esta falta, persigue sancionar a encapuchados que “frecuentemente, con ocasión del legítimo ejercicio del derecho a la manifestación, se aprovechan de las circunstancias para destruir la propiedad pública y privada, o derechamente atentar contra la integridad personal de policías u otras personas”.

II. Indicación al “proyecto de ley que fortalece el resguardo al Orden Público (Boletín N° 7075-25)” (Año 2013)

La indicación sustitutiva de 20 de marzo del 2013 planteó diversas modificaciones en diferentes temas. Específicamente los que se transcriben a continuación están relacionado con la temática del proyecto de ley presentado el 31 de mayo de 2016:

II. A. “5) *Agrégase el artículo 410 bis, nuevo: “Artículo 410 bis: Constituirá una circunstancia agravante de los delitos establecidos en los párrafos I, III y IV de este Título, el haber sido cometidos con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas.*

Quienes incurrieren en las conductas descritas en el artículo 269 y en los párrafos señalados en el inciso anterior, con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas y cubran su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, serán sancionados con el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados.”

II.B. 6) *Agrégase el artículo 489 bis, nuevo:*

“Artículo 489 bis: Constituirá una circunstancia agravante de los delitos establecidos en este Título, el haber sido cometidos con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas.

Quienes incurrieren en las conductas descritas en este Título, con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congreguen la presencia masiva de personas y cubran su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, serán sancionados con el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados.”.

II. C. 7) *Agrégase el número 22, nuevo, al artículo 494:*

“N° 22: El que, en un desorden público, cubra su rostro con el propósito de ocultar su identidad, mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito.”

II. D Reemplázase el inciso 4° del artículo 134, por el siguiente:

“No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4, 5, 19 y 22; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26.

Sin embargo, en lo que respecta a los casos del artículo 496 N°19, se exceptúan de lo dispuesto en este inciso los hechos descritos en los artículos 189 y 233.”

III. Similitudes entre ambas iniciativas

Como se puede apreciar en el punto anterior, especialmente lo referente a las letras II.C y II.D guardan estrecha relación con el nuevo proyecto presentado. Por su parte, lo consignado en los apartados II. A. y II.B. hacen referencia a personas que cubran su rostro como agravantes, circunstancia que no se dispone en el nuevo proyecto.

- Respecto a la tipificación de una nueva falta, la nueva iniciativa hace referencia a que la acción sea cometida con ocasión *de alteraciones al orden público*, lo que marca una diferencia con la indicación sustitutiva que se remitía al que realizara la acción en un *desorden público*.
- Igualmente ambas propuestas indican que la acción de ocultamiento de rostro tiene como fin el ocultar la identidad.
- Un tercer punto se refiere a que la indicación sustitutiva ejemplificaba la forma en que dicha ocultación de identidad se efectuaba: *mediante el uso de capuchas, pañuelos u otros elementos análogos, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito*; tema que no es especificado por el nuevo proyecto de ley.

IV. Diferencias entre ambas iniciativas

- La indicación sustitutiva del año 2013 incluía un nuevo artículo 269 del Código Penal con un nuevo tipo penal para quienes cometan desordenes públicos graves, especificando en sus numerales lo que se entiende bajo ese concepto en la misma disposición. Dicho tipo legal no se incorpora en la nueva iniciativa legal.
- Igualmente se agregaba una circunstancia agravante para los delitos de los párrafos I, III y IV¹ del título VIII que sean cometidos en actos, manifestaciones o espectáculos públicos. De este modo, se incorporaba un nuevo artículo 410 bis, el que establecía la agravación de determinados delitos si se cometiesen con ocasión de la celebración de actos, manifestaciones o espectáculos públicos que congregara la presencia masiva de personas. Conjuntamente agregaba una nueva regla de determinación de pena para estos casos y los del art. 269 si existían personas que ocultaban su rostro para ocultar la identidad por medio de capuchas, pañuelos u otros análogos, a quienes se les aplicaría *"el máximo de la pena establecida para el delito, si ésta constare de un grado de una divisible, o no se aplicará el grado mínimo, si constare de dos o más grados."*

¹ Párrafos que tratan del homicidio (I), lesiones corporales (3) y Duelo (4).

- En el mismo sentido que el punto anterior, la indicación del año 2013 proponía agregar un artículo 489 bis que establece similares disposiciones para el Título IX (crímenes y simples delitos contra la propiedad).

Ambos contenidos no están presentes en el nuevo proyecto de ley.

- Como se expresó otra diferencia está dada por la indicación sustitutiva que refería al que realizara la acción en un *desorden público* y el nuevo proyecto alude a que la acción sea cometida con ocasión *de alteraciones al orden público*.
- Una nueva diferenciación está dada porque la indicación sustitutiva del año 2013 disponía la posibilidad de conmutar la pena de la nueva falta por la de trabajos en beneficios de la comunidad, lo que no se consagra en el nuevo proyecto de ley.

V. Aplicación de la "Minuta sobre la indicación al Proyecto de Ley que Fortalece el Resguardo del Orden Público" (Boletín N° 7975-25) Aprobada por el Consejo de Instituto Nacional de Derechos Humanos el 20 de mayo de 2013 - Sesión 154.

Gran parte de lo establecido en la minuta en cuestión resulta aplicable al nuevo proyecto de ley especialmente lo referido al punto 3.

En primer lugar, el punto 3 hace referencia a la Minuta titulada "Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos" aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012 – Sesión 111. De ella destaca especialmente la reflexión sobre la colisión de derechos no necesariamente sacrificando un valor en favor de otro.

Dicho informe se refiere en el punto 3.2 lo referente a la nueva falta que se agrega. En tal sentido, si bien la indicación sobre que trata el informe se refería al que en un desorden público cubra su rostro y no a quien con ocasión de alteraciones públicas lo realice, las reflexiones de los párrafos cuatro y siguiente resultan del todo pertinente. Se transcriben a continuación:

Sobre estas modificaciones, lo primero que cabe señalar es que la pretensión de incluir la nueva falta no es necesaria, puesto que la actual regulación procesal penal y penal resuelven este tipo de supuestos. En efecto, el Código Procesal Penal en el artículo 85 ya contempla la facultad de controlar la identidad de quien “*se encapuche o emboce para dificultar o disimular su identidad, registrar vestimentas e incluso conducirlo a la unidad policial más cercana para fines de identificación*”, y el Código Penal también sanciona en el art. 496 núm. 5 al “*que ocultare su verdadero nombre y apellido a la autoridad o a persona que tenga derecho para exigir que los manifieste, o se negare a manifestarlos o diere domicilio falso*”.

Lo anterior implica que conforme al artículo 85 si *“la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el No 5 del artículo 496 del Código Penal”*. Por lo tanto, como se puede apreciar, las indicaciones propuestas en este sentido son absolutamente innecesarias puesto que existe actualmente una regulación legal que aborda esta materia con mayor respeto a los principios de gradualidad y proporcionalidad que deben estar presentes en cualquier restricción al derecho a la libertad personal.

En segundo lugar, es pertinente afirmar que desde los estándares de derechos humanos no cabe penalizar una circunstancia como puede ser la de tener cubierto el rostro o que ello pueda significar una pena más elevada en virtud de una regla de determinación. Con esta nueva normativa, podría incluso penalizarse el que se tenga cubierto el rostro sin que se haya cometido ningún otro ilícito. Esa sola circunstancia sería objeto de una falta.

Por lo señalado, la referida indicación carece de fundamentación desde el punto de vista del derecho penal moderno, toda vez que se ven infringidos los principios que limitan la facultad punitiva del Estado, como son los principios de lesividad y mínima intervención. Lo anterior debido a que en este caso, cuando expresamente la conducta reprochada no sea constitutiva de crimen o simple o delito, configurará la falta. Ello carece de sentido puesto que la conducta que ya no es constitutiva de delito sigue siendo desvalorada sin que exista ninguna lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, cuestión que resulta abiertamente contraria a la misión actual derecho penal.

A lo anterior, se agrega que en la Indicación se logra reconocer la intención de sancionar a personas respecto de las cuales se sospecha que pueden cometer un delito, cuestión que hoy en día en nuestro ordenamiento jurídico es insostenible desde que se derogara el antiguo artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, que establecía legalmente la detención por sospecha. En efecto, dicha norma derogada entregaba una facultad discrecional indeterminada a las policías que les permitía detener a cualquier persona cuando su criterio les indicara que se encontraban en una actitud sospechosa de cometer alguna infracción. En la Indicación en cambio, si bien la facultad no es tan amplia pues se determina específicamente la conducta sancionada, estamos ante la tipificación de una nueva falta que permite detener por la presunción que una persona se encuentre dispuesta a cometer un delito, pretendiéndose establecer una hipótesis específica de “sospecha” por el mismo legislador.

Todo lo señalado anteriormente, es todavía más reprochable si se considera que la falta propuesta podría motivar una restricción o privación al derecho a la libertad personal (detención). Lo anterior en virtud de otra modificación contemplada en la Indicación en virtud de la cual esta nueva falta estaría incluida entre las que permiten que la persona imputada de la misma sea detenida. En efecto, en el nuevo

numeral 2 del artículo 2 del Proyecto se establece que se reemplaza el inciso 4° del artículo 134, por el siguiente: “*No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4, 5, 19 y 22; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26. Sin embargo, en lo que respecta a los casos del artículo 496 N°19, se exceptúan de lo dispuesto en este inciso los hechos descritos en los artículos 189 y 233*”.

Al respecto, es pertinente señalar que la posibilidad de restricción del derecho a la libertad personal exige la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, cualquier privación de la libertad física tiene como primer requisito su legalidad². Dicho requisito se cumpliría solo en parte pues en este caso se trata de tipificaciones excesivamente amplias.

El segundo requisito para la restricción de este derecho, dice relación con que, junto a la legalidad, es necesaria la exigencia de ausencia de arbitrariedad. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos, en el caso Van Alphen c. Holanda³, estimó que “la detención que sigue a un arresto legal debe ser razonable y necesario en todas las circunstancias, condición que no se daba en el caso, por lo cual declaró que Holanda había violado el artículo 9 del Pacto Internacional”⁴.

La jurisprudencia de la Corte IDH, ha recogido claramente este último requisito y cita expresamente la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, afirmando en el caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, que “(...) el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y (...) denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria. Según el Comité la detención es arbitraria cuando a) se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley; b) confirme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad”⁵.

Reafirmando lo anterior, también la Corte IDH ha sostenido que “*una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley*”⁶.

² Vid., en ese sentido, Corte IDH: Caso Gangaram Panday, párr. 47; caso Bámaca Velásquez, párr. 139; caso Duran y Ugarte, párr. 85, entre otros.

³ CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

⁴ En el sistema interamericano existe una tercera limitación: sólo se permiten restricciones “*necesarias en una sociedad democrática*”. Este requisito se establece libertad de asociación y libertad de movimiento. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito (MEDINA, ob., cit., pág. 267).

⁵ CIDH, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párr. 68.

⁶ Corte IDH, caso Castillo Pezo c. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 102.

En cuanto a las finalidades por las cuales se puede proceder a limitar el derecho a la libertad personal, cualquiera sea la forma que adopte dicha limitación -arresto, detención, prisión preventiva-, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconoce a la prevención de la fuga, de la alteración de pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención⁷.

Todo lo anteriormente dicho lleva a concluir que la sola circunstancia de tener cubierto el rostro en los términos establecidos en la Indicación, no puede desde los estándares de derechos humanos ser tipificada como falta ni menos ser objeto en sí misma de una privación o restricción de libertad. Tampoco se cumpliría con el principio de proporcionalidad en la inclusión de esta circunstancia como nueva agravante respecto de algunos delitos.

⁷ 10 CIDH, caso Giménez c. Argentina, 1 de marzo de 1996, párr. 84.