

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina

Eduardo Bertoni

COMPILADOR

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



¿Es legítima la criminalización
de la protesta social?

Este libro se publica gracias al apoyo financiero de la
Fundación Open Society Institute.

© 2010 Universidad de Palermo - UP

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires I Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 I Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu I www.palermo.edu/cele

Impreso en agosto de 2010 en
VOROS S.A. Bucearelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Es legítima la criminalización de la protesta social? :
derecho penal y libertad de expresión en América Latina /
compilado por Eduardo Andrés Bertoni. - 1a ed. - Buenos
Aires :

Universidad de Palermo - UP, 2010.
288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1716-13-5

1. Derecho Penal. I. Bertoni, Eduardo Andrés, comp.
CDD 345

Fecha de catalogación: 11/08/2010

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión
en América Latina

Eduardo Bertoni
COMPILADOR

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Índice

Introducción	
Eduardo Bertoni	I
ARGENTINA	
E. Raúl Zaffaroni	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	1
BOLIVIA	
Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela	
<i>Criminalización y derecho a la protesta</i>	17
COLOMBIA	
Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	47
CHILE	
Francisco Cox	
<i>Criminalización de la protesta social: “No tiene derecho a reunirse donde le plazca”</i>	75
ECUADOR	
Daniela Salazar Marín	
<i>El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías</i>	101
MÉXICO	
Miguel Rábago Dorbecker	
<i>La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”</i>	145
NICARAGUA	
Dayra Karina Valle Orozco	
<i>Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión</i>	163

PERÚ

Ronald Gamarra Herrera

<i>Libertad de expresión y criminalización de la protesta social</i>	183
--	-----

VENEZUELA

Carlos Ayala Corao

<i>La criminalización de la protesta en Venezuela</i>	209
---	-----

INFORME I

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	235
--	-----

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales	261
---	-----

Sobre las autoras y los autores	277
---	-----

Introducción

Eduardo Bertoni

I.

Este libro es uno de los frutos que produjo un proyecto de investigación¹ llevado a cabo por el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. El proyecto pudo llevarse adelante gracias al apoyo financiero de la Fundación Open Society Institute. Una de las actividades realizadas en el marco del proyecto fue un encuentro de profesores² provenientes de varios países latinoamericanos a fin de analizar cómo se trata la protesta social en las diferentes legislaciones penales de la región y su posible conflicto con estándares que protegen el derecho a la libertad de expresión. Este libro compila sus hallazgos y opiniones.

II.

La Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la regla general es que, por lo menos “en principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público”³. Además, la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferen-

¹ La investigación tuvo por objeto analizar distintos tipos penales contenidos en Códigos Penales latinoamericanos y su posible conflicto con los estándares internacionales de protección del derecho a la libertad de expresión. El investigador principal del proyecto fue Cristian H. E. Arévalo y la dirección estuvo a cargo de Eduardo Bertoni, director del CELE.

² Los profesores invitados fueron: Carlos Ayala Corao, Eduardo Bertoni, Francisco Cox, Ronald Gamarra Herrera, Miguel Rábago Dorbecker, Eduardo Rodríguez Veltzé, Farit Rojas Tudela, Daniela Salazar Marín, Luz María Sánchez Duque, Rodrigo Uprimny, Dayra Karina Valle Orozco y E. Raúl Zaffaroni. Sus afiliaciones universitarias y demás antecedentes académicos pueden consultarse en el apartado Sobre las autoras y los autores, al final de esta obra.

³ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Año 2010, párr. 31.

tes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁴.

Asimismo, y aun afirmando los principios antes expresados, es imprescindible destacar la especial protección que gozan determinadas expresiones o discursos en particular, por su *importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia*.

Sobre estas bases se debe analizar la problemática de las expresiones de protesta en la vía pública. De acuerdo con lo que se ha constatado en la investigación y que surge de los artículos que siguen, la mayoría de los casos constituyen manifestaciones críticas de determinadas prácticas de gobierno, o bien expresiones de sectores marginados que encuentran de este modo una vía para hacer escuchar sus demandas. En este punto, Salazar nos recuerda que “en el contexto ecuatoriano, es importante recordar que las movilizaciones sociales han sido, por lo general, la única forma a través de la cual ciertos grupos tradicionalmente excluidos han conseguido reivindicar sus derechos o, al menos, han logrado que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público”⁵.

En distintos países de la región, la reacción del Estado frente a la protesta social es con el Código Penal en la mano. Pero, como bien señalan Uprimny y Sánchez en este libro, “el uso del derecho penal frente a la protesta social encarna riesgos diversos en distintos niveles. De un lado, podemos encontrar peligros derivados de la ley penal misma y, de otro lado, podemos encontrar problemas en la aplicación de disposiciones penales, que podrían ser legítimas en abstracto, pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los órganos investigadores o los jueces”⁶.

En otras palabras, *el problema es que existen muchos delitos que se utilizan, o que podrían ser utilizados, para reprimir la protesta social. Muchos de estos tipos penales, a su vez, son de dudosa compatibilidad con el sistema interamericano de derecho humanos: algunos son imprecisos, o no protegen bienes jurídicos relevantes o concretos, o tienen un ámbito de prohibición demasiado amplio. A esto hay que agregarle la propia naturaleza del sistema penal, que no opera ante todos los casos, sino que es selectivo*⁷.

A poco de analizar los tipos penales que encierra cada Código Penal de los países estudiados, aparece una conclusión alarmante: muchos no protegen nin-

⁴ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa”, Sentencia de 2/7/2004. Serie C n° 107, párr. 113; Corte IDH, caso de “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile”, Sentencia de 5/2/2001, Serie C n° 73, párr. 69; Corte IDH, caso “Ríos y otros c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28/2/2009, Serie C n° 194, párr. 105; Corte IDH, caso “Perozo y otros c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28/1/2009, Serie C n° 195, párr. 116; CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17/2/1995.

⁵ Cf. *El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías*, p. 102, en esta misma obra.

⁶ Cf. *Derecho penal y protesta social*, p. 49.

⁷ Esta idea y otras que se exponen aquí pueden verse en Gargarella, Roberto (2008), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 845 y ss., capítulo “El derecho penal y la protesta social”, por María Luisa Pique y Marina Soberano.

gún bien jurídico concreto. Prueba de ello son las distintas conductas que pueden ser aplicadas en diferentes contextos, lo cual, como es obvio hasta para el penalista menos experimentado, atenta rotundamente contra el principio de legalidad⁸. Por otro lado, esta exigencia se relaciona con el principio de culpabilidad, dado que las personas sólo podrán orientar su conducta conforme a la norma prohibida o imperativa en la medida en que dicha norma describa claramente cuáles serán las conductas objeto de persecución penal.

En algunos países, además, queda en evidencia la discrecionalidad con la que actúan los operadores jurídicos para perseguir las manifestaciones sociales. Así, la existencia de tantos y tan vagos tipos penales, eventualmente aplicables a las conductas en las que suelen materializarse las expresiones de disconformidad con políticas públicas o con el gobierno de turno o alguna idea en particular, podría allanar el camino a la arbitrariedad. Esto es así, con independencia de la buena o mala fe con la que actuaran los operadores.

El intento de acotar la arbitrariedad no tiene que ver con las personas que, coyunturalmente, compongan el sistema, sino con la exigencia derivada de un Estado de derecho de que existan normas claras, que se apliquen igualitariamente⁹. Ayala Corao lo resume con claridad: “No obstante la generosa regulación constitucional del derecho a la manifestación pública o a la protesta, en la práctica sufre una serie de restricciones derivadas de la aplicación amplia a quienes lo ejercen, de delitos consagrados en la legislación penal. En este sentido, conforme a los estudios llevados a cabo en los últimos años, el Ministerio Público, los tribunales penales y los cuerpos de seguridad consolidan un ‘triángulo de poder’ utilizado para intimidar judicialmente a quienes manifiestan”¹⁰.

III.

Como nos enseña Gargarella, “no existe una relación natural entre la respuesta represiva y las manifestaciones populares. Tal vez pecamos de optimistas –o peor, de ingenuos–, pero el derecho penal tiene mucho más, y mejor, para decir, en materia de protesta social. Optimistas e ingenuos, pues, trataremos de analizar el derecho penal. Para ver qué tiene para ofrecernos y, con todo a la

⁸ Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Corte IDH. Sostuvo que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos concretos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles. Esta es la única forma de darle pleno sentido al principio de legalidad penal, el cual *implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales*. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan bienes fundamentales. Al respecto ver la doctrina de los casos “Castillo Petruzzi”, “Cantoral Benavides”, “Ricardo Canese v. Paraguay”, “Lory berenson Mejia v. Peru”.

⁹ Gargarella, Roberto (2008), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 850.

¹⁰ Cf. *La criminalización de la protesta en Venezuela*, p. 210.

vista, volver a preguntarnos si el derecho penal puede llegar a actuar como límite para los intentos de silenciar la protesta social”.

Los trabajos que se presentan en esta obra intentan responder a esa pregunta. Pero, además, exponen las situaciones que se están viviendo en distintos países.

Por Argentina, Raúl Zaffaroni nos ofrece en su trabajo un análisis dogmático del derecho penal habitualmente utilizado para silenciar las protestas sociales. En lo particular, realiza una división según la protesta sea de índole institucional o no, para concluir que la protesta institucional siempre es atípica. En este trabajo, el profesor argentino se preocupa por brindar una visión de la problemática comprensiva de las diferencias sociales y propia de un derecho penal de mínima intervención. Sostiene que el fondo de la materia con que se enfrenta el derecho penal en este punto es una cuestión de naturaleza eminentemente política. Afirma que quitar el problema de ese ámbito para traerlo al derecho penal es la forma más radical y definitiva de dejarlo sin solución.

Por Bolivia, Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela trataron la problemática de los delitos que atentan contra el orden público, con especial referencia a la criminalización del derecho de protesta. En ese orden, lo interesante que se menciona es que el análisis de los tipos penales que en concreto o potencialmente se apliquen, es un análisis que va más allá del sistema penal y la calidad de su funcionamiento. La cuestión tiene más que ver con la distinción entre criminalización primaria y secundaria. Y ello cobra relevancia desde que las manifestaciones de conflicto ciudadano a lo largo de las últimas décadas se han concentrado mayoritariamente en expresiones de descontento contra el Estado, sus diversas agencias y contra políticas públicas que afectan o excluyen a sectores importantes de una población empobrecida.

Por Chile, Francisco Cox nos ofrece en su artículo un trabajo de características cuantitativas, sin perjuicio de que filtra dichas constataciones fácticas con los parámetros normativos, en especial, los vinculados con la protección de la libertad de expresión. Por un lado, advierte el desinterés doctrinario por el análisis de tipos penales que protegen el orden público, y por otro, la evidente relevancia del tema sustentado en las estadísticas policiales.

Un ejemplo importante que menciona consiste en la clara contradicción que dentro del ordenamiento se genera, al momento que, por un lado, la Constitución de la República consagra la libertad de emitir opinión y de informar sin censura, pero por otro, con un decreto supremo, lo regula y lo sujeta a restricciones. El autor se preguntará si esta regulación cumple con las exigencias impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al revisar las restricciones legítimas a la libertad de expresión y lo dispuesto por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cox señala con preocupación que se violenta el carácter subsidiario del derecho penal, también conocido como el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. *Si bien es cierto que este principio o límite al poder punitivo del Estado está, en los hechos, en franca retirada en casi todas nuestras sociedades, todavía merece ser recordado especialmente cuando se corre el riesgo de penalizar el ejercicio de derechos.*

Por Colombia, respecto al trabajo de investigación que aportaron Rodrigo

Uprimny y Luz María Sánchez Duque, cabe destacar la preocupación de los autores por abrir el debate en torno a la utilización de tipos penales vinculados a la prevención de acciones terroristas para silenciar protestas sociales. En ese sentido, dada la ambigüedad de los términos normativos, los autores nos recuerdan que la definición jurídica del terrorismo y de las conductas cometidas con fines terroristas que ha estado vigente en Colombia durante los últimos veinte años fue establecida en un contexto de fuerte represión social y bajo una lógica de Estado de sitio que riñe abiertamente con el respeto de las garantías individuales. Una de las expresiones de dicha lógica de excepción es el uso de categorías indeterminadas en las definiciones de los delitos, tan proclives a favorecer formas abusivas de la criminalización.

Por Ecuador, Daniela Salazar Marín, entre otros hallazgos, nos comenta que en el Código Penal ecuatoriano se establece la pena de prisión a quienes, sin el permiso escrito de autoridad competente, promovieren, dirigieren u organizaren manifestaciones públicas en calles, plazas u otros lugares abiertos. Además, sanciona penalmente a los directores, promovedores y organizadores de dichas manifestaciones, por los impresos que publiquen o repartan, por las palabras de mando que pronuncien, por las insignias que luzcan, o “por cualquier otro hecho significativo”. La autora afirma que penalizar una manifestación pacífica que se realice en el marco del derecho a la libertad de expresión y de reunión, por el sólo hecho de no haber obtenido un permiso previo, resulta inadmisibles a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

Adicionalmente, el Código Penal sanciona con prisión el cierre de calle. Si bien esta norma no penaliza directamente el derecho a la manifestación pacífica, puede ser utilizada para reprimir a quienes manifiestan y su mera existencia puede tener por efecto inhibir a las personas de salir a ejercer su derecho a manifestar.

Por México, Miguel Rábago Dorbecker trabajó la problemática de la incitación a la violencia y a la comisión de delitos, con especial referencia a la órbita del derecho de protesta social. Con respecto a la situación de la problemática en su país, México, el autor nos aporta que pareciera no existir mucho interés en establecer un consenso sobre cómo limitar el ejercicio de la libertad de expresión en relación con los discursos que incitan al odio, a la violencia y, por lo tanto, a la comisión de conductas delictivas. Al respecto, lo interesante que se menciona es que en la mayoría de los medios de comunicación locales, se ve constantemente cómo el gobierno mexicano justifica y legitima la beligerancia interna del país, descalificando a todo aquel que exprese su disenso con el proyecto oficial, propagando así una atmósfera dominada por la estigmatización y la imposición de una visión única dentro de una sociedad llamada democrática.

Por Nicaragua, con el trabajo de Dayra Karina Valle Orozco, nos encontramos con que, aun con un marco normativo que permite a todos los ciudadanos/as ejercer la protesta social como una forma de libertad de expresión, el contexto actual que se vive en Nicaragua, marcadamente politizado y polarizado, pone en duda el ejercicio de este derecho que parece en ocasiones ser otorgado a algunos y restringido para otros quienes en su mayoría son opositores al gobierno actual, denominado de Unidad y Reconciliación Nacional, encabezado por el presidente Daniel Ortega Saavedra del Partido Frente Sandinista de Liberación Nacional.

En ese contexto, sumado a los hechos de violencia que han estado presentes en la mayoría de las marchas de oposición al gobierno, se cuestiona también la función de la Policía Nacional, que debe ser el de garante de la seguridad ciudadana y, por el contrario, en ocasiones ha permitido los enfrentamientos. De igual manera se cuestiona el papel del Ministerio Público, como representante de las víctimas, quienes, en varios casos, no han dado trámite a las denuncias interpuestas por las personas que resultaran agredidas en las marchas.

Por Perú, Ronald Gamarra Herrera, por su parte, aborda la cuestión del caso peruano de la siguiente manera. Nos comenta que existe una creciente tensión entre el ejercicio democrático de los derechos de libertad de expresión canalizados a través de las libertades de reunión, asociación y protesta para reivindicar legítimas demandas que sectores de la población civil sienten vulneradas, por un lado, y por otro, la represión penal de conductas que supuestamente encajarían como delitos atentatorios contra el orden público y aquellas que encajarían como criminalización de la protesta social. Dicha tensión, se ve manifestada en la sanción de 11 decretos a través de los cuales el Congreso le ha dado facultades legislativas al Poder Ejecutivo y, por medio de ellos, el Estado ha buscado reprimir el derecho a la libertad de expresión y derechos y libertades conexos, los cuales se encuentran no sólo reglados a nivel de instrumentos internacionales, sino también en la propia Constitución Política del Perú.

Por Venezuela, el trabajo de Carlos Ayala Corao pone de relieve el concepto de “triángulo de poder” para referirse a la represión del derecho a la protesta social en su país. Explica cómo ciertas leyes recientemente aprobadas, incluida la reforma del Código Penal en el año 2005, han consagrado nuevos tipos penales que están siendo aplicados a manifestantes pacíficos, criminalizando de esta forma el ejercicio de su derecho a manifestar.

Finalmente, cabe mencionar que en este libro se encuentran agregados dos informes publicados con anterioridad. Uno es un informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que se publicara en 2005 y que es específico sobre el tema que tratamos en esta obra. El otro corresponde a un trabajo realizado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de la Argentina que explica la legislación penal de ese país que se ha utilizado en el procesamiento de hechos de protesta en la vía pública.

ARGENTINA

E. Raúl Zaffaroni

Derecho penal y protesta social*

I. Delimitación del fenómeno

En los últimos lustros, y como consecuencia de la crisis del modelo de estado *social* (de *bienestar* o *providente*) que padece el mundo por las imposiciones de un creciente autoritarismo económico planetario montado sobre la globalización (y en ocasiones confundido con ella), se producen protestas o reclamos públicos de derechos, que asumen diferentes formas generadoras de situaciones conflictivas de dispar intensidad¹. En nuestro medio han llamado especialmente la atención los reclamos mediante cortes de rutas y las manifestaciones y reuniones públicas que obstaculizan el tránsito vehicular².

Aunque suele considerarse que se trata de un fenómeno nuevo, el reclamo de derechos por vías no institucionales y en ocasiones en los límites de la legalidad³ dista muchísimo de ser una novedad⁴.

* Texto ordenado de las notas de la intervención en la mesa redonda convocada por la Universidad de Salamanca (Sede de Buenos Aires) y de la teleconferencia con la Universidad Federal do Paraná (Curitiba), en agosto de 2005. Destinamos este trabajo al homenaje a nuestro querido colega chileno, el Prof. Juan Bustos Ramírez, que además de destacadísimo científico es un infatigable luchador que ha sufrido asilo diplomático en Chile, prisión en la Argentina y largos años de exilio en Alemania y España, por defender sus ideas y la dignidad de su Pueblo frente a una despiadada dictadura. Nos sentimos muy felices por su reincorporación a Chile, por su vuelta a la Cátedra y, especialmente, porque su Pueblo lo ha elegido y reelegido diputado, y nos alegra mucho más aún comprobar que estos hechos –ni los malos ni tampoco los buenos– le han hecho ceder en sus ideales.

¹ Desde las manifestaciones *antiglobalización* europeas hasta organizaciones mucho más específicas y articuladas, como en Brasil. Sobre ello: Mancano Fernández, Bernardo, *MST formacao e territorializacao em Sao Paulo*, Hucitec, San Pablo, 1999; García, José Carlos, *De sem-rosto do cidadao*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 1999; Salette Caldart, Roseli, *Pedagogia do Movimento Sem Terra*, Expressão Popular, Petrópolis, 2000.

² Sobre ello ver, CELS, *El Estado frente a la protesta social 1996-2002*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

³ Ver, por ejemplo, AA.VV., *Sobre la resistencia a las violaciones de los derechos humanos, Trabajos debatidos en la reunión de expertos celebrada en Freetown, Sierra Leona, del 3 al 7 de marzo de 1981*, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984.

⁴ No es posible olvidar la marcada tendencia del siglo XIX a criminalizar a los líderes de movimientos masivos, considerados *degenerados*: Lombroso, Cesare, *Gli anarchici*, Turín, 1984; Lombroso, Cesare y Laschi, Rodolfo, *Le crime politique et les révolutions*, París, 1892; Andrade, Benito Mario, *Estudio de antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899, ps. 203 y ss.; Le Bon, Gustave, *La psicología política y la defensa social*, Madrid, 1912; del mismo autor, *Psicología das multidoes*, Río de Janeiro, 1954; Sighele, Scipio, *I delitti della folla*, Turín, 1910; Ramos Mejía, J. M., *Las multitudes argentinas*, Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1912. En general, sobre la criminalización de multitudes y líderes, van Ginneken, Jaap, *Folla, psicologia e politica*, Roma, 1989.

Por un lado, puede afirmarse que es una aspiración de todo Estado de derecho lograr que sus instituciones sean tan perfectas que no sea necesario a nadie acudir a vías no institucionales para obtener satisfacción a sus reclamos; por otro, la misma aspiración parecen tener todos los ciudadanos que reclaman por derechos real o supuestamente no satisfechos. Pero como en la realidad histórica y en la presente, por cierto, los Estados de derecho no son perfectos, nunca alcanzan el nivel del modelo ideal que los orienta, de modo que ni el Estado ni los ciudadanos logran ver realizada la aspiración a que todos sus reclamos sean canalizables por vías institucionales.

Por otra parte, por lo general, los ciudadanos tampoco pretenden optar por caminos no institucionales para obtener los derechos que reclaman, sino que eligen éstos sólo para habilitar el funcionamiento institucional, es decir, que en definitiva *reclaman que las instituciones operen conforme a sus fines manifiestos*.

En la Argentina, especialmente los constitucionalistas y los organismos no gubernamentales que trabajaron el tema, han llamado *derecho a la protesta social* al que se ejercería con esta modalidad de reclamo, y al fenómeno de su represión *criminalización de la protesta social*. La denominación resulta bastante adecuada y, además, pese a ser reciente, está ya consagrada e individualiza bastante bien la cuestión.

Se justifica una denominación diferente, pues si bien en algunos puntos se superpone con otras formas de reclamo conocidas en el país o en el mundo, se distingue bastante de ellas y también es necesario diferenciarlas para acotar adecuadamente el campo de análisis.

En principio, debe distinguirse nítidamente del *derecho de resistencia al usurpador*, explícitamente reconocido por la Constitución Nacional a todos los ciudadanos⁵, pues la protesta se ejerce en el marco del Estado de derecho y con autoridades legítimamente electas.

Tampoco se trata del *derecho de resistencia al soberano* que nos remontaría al debate contractualista entre Hobbes y Locke, pues éste se ejerce para derrocar al opresor, o bien –según se entienda– a quien ha dejado de ser soberano por traicionar su mandato y se ha convertido en opresor⁶, es decir, que la resistencia al soberano es, en definitiva, un *derecho a la revolución*. La protesta social corriente en nuestro medio no pretende derrocar a ningún gobierno. Ni siquiera en algún caso muy excepcional –que ha dado lugar a intervención federal– se propuso desconocer el Estado de derecho, sino provocar el funcionamiento de sus instituciones federales para que sean éstas las que reemplacen al gobierno local. Aun para quienes simpatizan profundamente con Hobbes no les sería lícito invocarlo para criminalizar la protesta social, pues no puede argumentarse que ésta pretenda en modo alguno reintroducir el *bellum omnium contra omnes*.

Aunque en ocasiones puede superponerse con algunas manifestaciones de la llamada *desobediencia civil*, cuyos representantes más notables serían Thore-

⁵ Art. 36, párr. 4, CN: “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

⁶ En esta perspectiva, Feuerbach, P. J. A., *Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn*, Giessen, 1797.

au, Gandhi y Luther King⁷, lo cierto es que no se identifica –o aún no se identifica– del todo con ella.

En la desobediencia civil, los protagonistas enfrentan al Estado desobedeciendo y por lo general aceptan las consecuencias, porque éstas se convierten en bandera y publicidad de las injusticias que padecen. No siempre –ni mucho menos– en las protestas sociales se busca afrontar las consecuencias para evidenciar las injusticias, sino que se persiguen soluciones a los conflictos mediante la intervención de las propias autoridades. La protesta misma es la forma de llamar la atención pública y de las autoridades sobre el conflicto o las necesidades cuya satisfacción se reclama.

La *desobediencia civil* responde a una *táctica de no violencia* fuertemente disciplinada, entre cuyos principios es elemental no sólo no usar la violencia, sino extremar el cuidado para que *nada pueda interpretarse maliciosamente o proyectarse públicamente como uso de la violencia*, marginando rápida y cuidadosamente a cualquier exaltado, provocador o infiltrado. Cuando esta regla no es observada tan rigurosamente, la *no violencia* se combina con algún esporádico acto más o menos violento o con apariencias de tal, dando lugar a la *resistencia civil*, que puede tener éxito puntualmente, pero que no es la forma adecuada para movimientos de mayor alcance en el tiempo.

El modo en que se desarrolla la protesta social en nuestro medio puede decirse que se va desplazando de la *resistencia* hacia la *desobediencia*, aunque su progresivo corrimiento –y en ocasiones su identificación con la desobediencia– diste aun de importar la asunción e introyección de todas sus técnicas y reglas por parte de todos los protagonistas.

Es natural que, en un país cuya historia oficial siempre ha glorificado las acciones violentas y que, además, desde hace muchos años no conocía necesidades producidas por la violación de derechos sociales básicos, pues el Estado de bienestar había logrado un grado respetable de desarrollo (inferior por cierto a los países industrializados, pero por momentos cercano a éstos), no haya un profundo convencimiento del poder de la *no violencia* y mucho menos, por cierto, una práctica no violenta internalizada, con el grado de organización y disciplina que demanda⁸.

De cualquier modo, lo cierto es que la protesta social argentina, fuera de actos aislados, no asume en general formas violentas y, aún más, podría decirse que existe una relación inversa entre violencia y organización (menor violencia cuanto mayor organización de la protesta), lo que es explicable, pues de lo contrario los organizadores incurrirían en una táctica que estratégicamente acabaría siendo suicida.

Es natural que, donde la *cultura de la no violencia* no se ha extendido suficientemente, las primeras manifestaciones de protesta social sean inorgánicas y, por ende, puedan sufrir la intervención de exaltados, sin contar con que, cuan-

⁷ Ver Falcón y Tella, María José, *La desobediencia civil*, Madrid, 2000.

⁸ Sobre la no violencia en general, Michael N. Nagler, *Per un futuro nonviolento*, Milán, 2005; no obstante, en la Argentina existen ejemplos claros de no violencia, como las Madres y la Abuelas de Plaza de Mayo.

do se expresa masivamente y con escasa organización, también puede padecer la consabida *infiltración táctica* de provocadores orientada a justificar la represión. A medida que la protesta asume formas más orgánicas, también es sabido que va depurando su táctica y separándose cuidadosamente de otras manifestaciones ocasionales que usan la violencia y lamentando estallidos inorgánicos que le son ajenos y que corren el riesgo de contaminar su propia lucha.

Pero lo cierto es que de momento la protesta social más o menos organizada no conoce por completo la *táctica de la no violencia* y, como consecuencia, incurre en ocasiones en los errores que conspiran contra sus propios fines, pues neutraliza la publicidad que busca. De cualquier manera es necesario precisar que estas pocas contradicciones –como con frecuencia sucede frente a reclamos de derechos sociales– suelen ser magnificadas al extremo por quienes deslegitiman los reclamos y propugnan la represión indiscriminada de cualquier protesta social, pese a que la magnitud de la violencia contradictoriamente practicada no sea ni remotamente comparable con el grado de las violencias a las que *históricamente* se ha sometido a quienes protestaron, las que, como es de público y notorio, se han traducido en múltiples homicidios y todo género de arbitrariedades y maltratos.

Pero, desafortunadamente, todos los movimientos deben hacer su propia experiencia, que no siempre es susceptible de reemplazarse por completo con el consejo o experiencia ajena –o la de los propios protagonistas de otros reclamos–, de modo que, casi inevitablemente, su propia supervivencia está supeditada a que asuma las tácticas que en el mundo han sido propias de la *desobediencia civil* o terminen disolviéndose por efecto de sus propios errores. *Como no desaparecerán las necesidades tan rápidamente como es deseable, el espacio de la protesta seguirá abierto y, seguramente, se disolverán las organizaciones que no asuman la progresiva identificación con la desobediencia civil y subsistirán las que sigan avanzando hasta completarla.*

En tanto, los problemas jurídicos que plantea la protesta continuarán abiertos y será menester profundizar el análisis en el campo del derecho, donde no existen soluciones simplistas, dada la pluralidad de situaciones que se generan, particularmente mientras se opera o completa la señalada transición.

Si bien desde el derecho constitucional han sido varias las voces que se alzaron para el reconocimiento del derecho de protesta, casi no ha habido hasta el momento respuestas desde la dogmática jurídico penal. La complejidad de hipótesis y casos es considerable y no podemos agotarla en este breve trabajo, pero creemos necesario recordar las categorías de la teoría del delito y ponerlas en relación con el problema, para orientar el enfoque de los casos particulares, sin caer en el casuismo y sólo para destacar la necesidad de investigaciones más particularizadas. Simplemente nos limitaremos a señalar los temas sobre los que es menester reflexionar conforme a las tradicionales categorías de la teoría del delito.

No dudamos de la existencia de un derecho a la protesta y en tal sentido coincidimos con los trabajos de los constitucionalistas⁹. No obstante, con este

⁹ Por todos, Gargarella, Roberto, *El derecho de protesta: el primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

reconocimiento elemental avanzamos muy poco, especialmente cuando, de inmediato, se cae en la invocación de la gastada argumentación de que no existen derechos absolutos y con ello queda todo en una nebulosa que abre un espacio enorme para la arbitrariedad¹⁰. Es claro que no cualquiera que sufre una injusticia puede interrumpir una calle o una ruta y menos aún dañar la propiedad ajena o incurrir en ilícitos mayores. Si esta obviedad quiere expresarse con la llamada inexistencia de derechos absolutos, nos parece que la expresión es técnicamente defectuosa: lo correcto sería decir que si bien toda persona que sufre una injusticia tiene derecho de protesta, éste no la habilita a ejercerlo siempre de igual modo ni en la misma medida. Pero una obviedad no satisface ningún rigor jurídico elemental para resolver casos particulares, cuando lo que se pregunta es justamente en qué medida y forma es jurídicamente admisible que ejerza el derecho de protesta, según las particularidades del caso.

II. La protesta no institucional

El reconocimiento del derecho de protesta social dependerá de la respuesta que se dé a la pregunta acerca de *si un Estado de derecho debe aceptar reclamos por vía no institucional*.

Cabe entender que debe optarse por la negativa en el caso de un Estado de derecho perfecto: habiendo vías institucionales para reclamar derechos, no es admisible optar por las no institucionales. Pero lo cierto es que no existen Estados de derecho perfectos, y ninguno de los Estados de derecho históricos o reales pone a disposición de sus habitantes, en igual medida, todas las vías institucionales y eficaces para lograr la efectividad de todos los derechos.

El tercer considerando de la Declaración Universal de Derechos Humanos estima *esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión*. Habiendo un *régimen de Derecho*, tal como lo reclama la Declaración, no cabe la rebelión contra la tiranía y la opresión, pero también es de suponer que éste debe ser lo más perfecto posible en cuanto al funcionamiento eficaz de sus instituciones como proveedoras de los derechos fundamentales, a fin de que el hombre no sea vea compelido, no ya a la rebelión pues se presupone el marco del Estado de derecho, pero sí al uso de medios de protesta no institucionales.

El derecho de protesta no sólo existe, sino que está expresamente reconocido por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales universales y regionales de Derechos Humanos, pues necesariamente está implícito en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18, Declaración Universal de Derechos Humanos), en la libertad de opinión y de expresión (art. 19) y en la libertad de reunión y de asociación pacífica (art. 20). Estos dispositivos imponen a todos los Estados el deber de respetar el derecho a disentir y a reclamar públicamente por sus derechos y, por supuesto, no sólo a reservarlos en el fuero interno, sino a expresar públicamente sus disensos y reclamos. Nadie puede sostener juiciosamente que la libertad de reunión sólo se reconoce para

¹⁰ Tal parece ser el camino de algunas decisiones judiciales.

manifestar complacencia. Además, no sólo está reconocido el derecho de protesta, sino el propio derecho de reclamo de derechos ante la justicia (art. 8).

El problema se presenta cuando se reclaman derechos consagrados en el artículo llamado “14 bis” de la Constitución Nacional y en el Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, que como derechos llamados de “segunda generación” o propios del constitucionalismo social originado en la Constitución mexicana de 1917¹¹ y en la de Weimar de 1919¹², que no consisten en omisiones por parte del Estado, sino en acciones positivas u obligaciones de hacer, y las vías institucionales consistentes en la manifestación pública, el reclamo por los medios masivos, la petición a las autoridades y las propias acciones judiciales, resultan ineficaces para frente a la omisión reiterada y continua del Estado, es decir, que no son idóneos para obtener su efectividad o, por lo menos, para obtenerla en tiempo oportuno, impidiendo efectos irreversibles o interrumpiendo su progresión. Estas son las situaciones en las que, lo que genéricamente se ha denominado *derecho de protesta* plantea cuestiones al derecho penal, pues en tanto se mantenga dentro de las vías institucionales la cuestiones que puede plantear no son reales sino meramente aparentes, dado que *jamás un derecho constitucional e internacional ejercido regularmente puede configurar un ilícito*.

III. La protesta institucional siempre es atípica

El orden jurídico parte del reconocimiento de la dignidad de la persona y de la libertad de expresión que le es inherente. De poco valdría reconocer al ser humano su dignidad de persona, como ente dotado de conciencia, si no se le permite expresar su libertad de conciencia. Para ello se le reconoce el derecho a unirse con quienes comparten sus posiciones y a expresarlas públicamente. Existe, pues, una base general de libertad a la cual se sustraen sólo unas pocas conductas, previamente identificadas en las leyes penales mediante los tipos legales que, en caso de no estar amparadas por ningún permiso especial (causa de justificación) constituyen injustos o ilícitos penales. La protesta que se mantiene dentro de los cauces institucionales no es más que el ejercicio regular de los derechos constitucionales e internacionales y, por ende, nunca pueden ser materia de los tipos penales, es decir, que no es concebible su prohibición penal. En estos supuestos queda excluida la primera categoría específicamente penal de la teoría estratificada del delito, esto es, la misma tipicidad de la conducta.

No tiene sentido alguno preguntarse en esos casos si se trata de conductas justificadas por el ejercicio regular de un derecho previsto como fórmula general de la justificación en el artículo 34 del Código Penal, porque directamente no pueden ser abarcadas por los tipos penales. Tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales prohíben a los Estados prohibir esas conduc-

¹¹ UNAM, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Rectoría, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985; Smith, James Frank, *Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos*, UNAM, México, 1990.

¹² Brunet, René, *La Constitution Allemande du 11 Aout 1919*, París, 1921.

tas, de modo que, aunque algunos tipos penales, en el plano del mero análisis exegético, puedan abarcar esas conductas, un análisis dogmático elemental descarta la tipicidad.

En consecuencia, el ejercicio del derecho de petición a las autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que por su número cause molestias, interrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucian la calzada, etc., estará ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional. Queda claro que en estos supuestos las molestias, ruidos, suciedad o interrupción de la circulación se producen como consecuencia necesaria (un número de personas reunidos o transitando provoca interrupciones) o usual (usan bombos, estallan cohetes pequeños, arrojan panfletos, etc.) del número de participantes y de la necesidad de exteriorización del reclamo y durante el tiempo razonablemente necesario para exteriorizarlo (transitar por calles, pararse y escuchar discursos, cantar).

Es lamentable que se pretenda rastrillar los códigos penales y contravencionales para proceder a la pesca de tipos y a su elastización con el objeto de atrapar estas conductas, que pertenecen al ámbito de ejercicio de la libertad ciudadana. “A praca, a praca é do povo como o céu é do condor”, escribió Castro Alves, el poeta antiesclavista del romanticismo del Brasil¹³.

IV. La protesta no institucional no siempre es típica

La circunstancia de que se excedan los límites de la protesta institucional no convierte automáticamente en típica la conducta. Cuando la protesta pasa los límites institucionales, es decir, excede el tiempo razonablemente necesario para expresarse (acampar o deciden pasar la noche en una plaza), no interrumpen la calle por el mero efecto del número de personas sino por acciones dirigidas a hacerlo, pequeños grupos prolongan sus gritos una vez concluida la manifestación, se reiteran los gritos en los transportes utilizados para volver a los hogares, etc., se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que no necesariamente es penal, porque sólo una pequeña parte de las conductas antijurídicas está tipificada penalmente. En efecto: quedarse a pasar la noche en una plaza no es una conducta antijurídica. Ruidos molestos innecesarios y una vez concluida la manifestación pueden ser antijurídicos, pero no son penalmente típicos, aunque pueden configurar una falta.

Este es el campo en que con mayor énfasis se intenta elastizar tipos penales o limitarse al puro análisis exegético, para abarcar las eventuales ilicitudes de la protesta no institucional por quienes procuran su criminalización y, por cierto, es el terreno en el cual el derecho penal debe reaccionar con el máximo de cuidado. La tipicidad penal sólo es legal, estricta, de interpretación restrictiva y no se conforma con la mera comprobación de los elementos del tipo objetivo legal. Nadie duda que la desconcentración de un acto deportivo (partido de fútbol) suele ir acompañada de gritos molestos de los asistentes que vuelven a sus hoga-

¹³ Cfr. Amado, Jorge, *ABC de Castro Alves*, San Pablo, s./d., p. 53.

res, pero no se está a la pesca de tipos contravencionales para incriminarlos, porque es consecuencia usual de una actividad fomentada por el Estado. Si bien la protesta no es una actividad fomentada por el Estado, es un elemental derecho constitucional e internacional, cuyas consecuencias tampoco pueden ser típicas ni siquiera contravencionalmente en estos casos.

Pero puede haber otros supuestos en que sea más o menos incuestionable la tipicidad contravencional, como cuando se interrumpe una calle por una acción que no es resultado necesario del paso de los manifestantes o de su reunión en razón de su número, aunque tampoco por ello corresponde sin más pretender su tipicidad penal. Siempre que, con relación a la protesta se rastrellan los códigos en busca de tipos penales y se trata de elastizarlos, necesariamente se pasan por alto los principios conforme a los cuales el derecho penal procura contener al poder punitivo mediante la interpretación estricta y los otros principios dogmáticos que deben aplicarse en la interpretación de cualquier tipo penal.

Dejando de lado que no es posible omitir la aplicación de los principios de legalidad estricta y de interpretación restrictiva, que son resultado de la naturaleza discontinua de la legislación penal o de la tipificación, tampoco pueden pasarse por alto o negar los principios de ofensividad, de insignificancia y de proporcionalidad.

El caso de interrupción o perturbación del tránsito en rutas es el supuesto que mayor frecuencia ha tenido en la práctica judicial, considerando que la interrupción de cualquier ruta o el impedimento de partida de cualquier transporte colectivo configuran la conducta típica del artículo 194 del Código Penal¹⁴. Se trata de un caso de interpretación extensiva de un tipo penal, pues si bien el artículo 194 tiene como condición la exclusión de creación de *peligro común*, no es correcto considerar que eso sea idéntico a la exclusión de *cualquier peligro*. El artículo 194 es un tipo de peligro y no un mero tipo de lesión al derecho de circulación sin perturbaciones. Si ese hubiera sido el sentido del tipo, su redacción hubiese excluido *todo peligro* y no sólo el *peligro común*.

Las perturbaciones a la circulación son materia de regulación nacional, provincial o municipal, dependiendo de la naturaleza del camino y, por ende, su sanción será materia de infracción legislada por estas competencias (si son ferrocarriles o rutas nacionales podrá ser materia de contravenciones federales, que no existen; si son provinciales, de contravenciones provinciales; si son calles, de ordenanzas municipales). La única posibilidad de interpretar el artículo 194 en forma constitucional es entendiendo que se trata de una conducta que con el impedimento, estorbo o entorpecimiento pone en peligro bienes jurídicos fuera de la hipótesis de *peligro común*.

La tipicidad no se agota en la mera comprobación de los extremos exigidos por el tipo objetivo legal, sino que es necesario, además, evaluar si esa tipicidad objetiva resulta *ofensiva* (por lesión o por peligro) para un bien jurídico (y tam-

¹⁴ “El que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”. En el sentido de la tipicidad, Sala 1, CN Cas.Penal, JA, 2002-IV, p. 375 y nuestra nota, p. 384.

bién si es imputable como obra propia al autor, lo que no está en cuestión en el caso). Olvidar esta premisa (no requerir peligro) o presumir el peligro (es decir, darlo por cierto cuando no se haya producido) es violatorio del *principio de ofensividad*, consagrado junto con el principio de reserva en el artículo 19 de la Constitución Nacional¹⁵, o bien es invasión federal de competencias contravencionales o de faltas de las provincias y municipios.

Otro principio que no puede obviarse es la romana máxima *minima non curat Praetor*, traducida hoy como *principio de insignificancia*: las afectaciones insignificantes o de bagatela no son suficientes para cumplimentar el principio de ofensividad, pues se entiende que los delitos deben afectar con cierta relevancia los bienes jurídicos, sin poder configurarles cuestiones más o menos baladías o que no guarden proporción elemental con la magnitud de la pena conminada. En otras palabras, la consecuencia jurídica del delito, esto es, la pena, indica con su magnitud que se requiere un grado respetable de afectación del bien jurídico, lo que no cumplimenta una lesión o puesta en peligro insignificante.

Esta es una cuestión que no sólo debe relevarse cuando se trata de interrupciones o estorbos a vías de comunicación, sino incluso en otros tipos penales. Por ejemplo, la extorsión configura un tipo pluriofensivo, que afecta tanto la propiedad como la libertad, pero la magnitud de la lesión a la libertad debe presentar cierta gravedad del contenido del mal que se amenaza. No es lo mismo amenazar con una protesta pública que con colocar un explosivo o provocar un incendio y menos con una amenaza de muerte, incluso admitiendo que la protesta no responda en todas sus características a los requerimientos institucionales. La magnitud de la *intimidación* requerida por el tipo de extorsión no se da con cualquier molestia o eventual perjuicio patrimonial. Por otra parte, no son aplicables en la ley vigente los análisis del tipo de extorsión que podían ser válidos en el texto original del Código Penal, pues la pena que actualmente se impone a la extorsión simple (que es nada menos que prisión o reclusión de cinco a diez años) está revelando que la intimidación demanda una amenaza de gravedad muy considerable.

En el clásico ejemplo de manual, no puede considerarse privación ilegal de la libertad la conducta del responsable de un transporte público que no detiene el vehículo en la parada solicitada por el pasajero y le permite apearse en la parada siguiente, aunque alguna sentencia nacional haya considerado lo contrario. En los casos de protesta el hostigamiento puede constituir una contravención, pero en modo alguno una acción típica del artículo 141 del Código Penal.

No son pocas las dificultades de otros tipos penales a los que puede apelarse en el rastillaje de tipos que suele hacerse en estas ocasiones. En toda manifestación de protesta pública se invoca al *pueblo*. No hay manifestante que, prácticamente, no lo invoque y peticione en su nombre. No obstante, no toda

¹⁵ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

manifestación puede considerarse una sedición conforme al inciso 1 del artículo 230 del Código Penal¹⁶, porque no basta con que se peticione en nombre del pueblo, sino que, además, conforme a la conjunción exigida por la Constitución y el Código, también es necesario que *se atribuya sus derechos*, lo que no hace cualquier manifestación, protesta o reclamo, por mucho que pretenda expresarse en nombre de éste, pues esto último no pasa de ser un recurso retórico de uso universal. Una interpretación diferente criminalizaría no sólo la protesta social, sino cualquier reunión de las que ocasionalmente se convocan para exigir mayor represión y que de hecho –a juzgar por sus desastrosos resultados en la legislación penal– suelen intimidar a los verdaderos y auténticos representantes del pueblo.

No menos problemas acarrea el tipo del artículo 239¹⁷ del Código Penal en la variable de *desobediencia* –no así de *resistencia*– *a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones*, cuya tipicidad debe ser meticulosamente reducida para evitar caer directamente en la inconstitucionalidad. La desobediencia a un funcionario público podrá acarrear sanciones administrativas, eventualmente contravencionales, puede pensarse que incluso pueda ser típica, pero sólo en casos en que ésta provoque lesión a otros bienes jurídicos de cierta magnitud y en casos muy puntuales y muy graves, pero no cualquier desobediencia a un funcionario en ejercicio de sus funciones, por legítimas que sean éstas, puede configurar un delito, porque el ámbito de esa tipicidad alcanzaría una extensión inaudita e incompatible con un Estado de derecho: sería delito negarse a mostrar la licencia de conductor requerida por el agente de tránsito, a entregar la documentación al policía que la requiere, a pagar un impuesto o una tasa ante requerimiento oficial, desobedecer la orden de no fijar carteles o la de dejar de fumar en lugar prohibido, etc. Por supuesto que cada una de estas conductas tiene consecuencias jurídicas, pero no es la del tipo del artículo 239 del Código Penal.

Algo parecido sucede con la apología del crimen del artículo 213 del Código Penal¹⁸. Ante ciertas formas de resistencia civil, llevadas a cabo incluso individualmente, por parte de personas que, siguiendo la línea que en el siglo XIX iniciara el famoso Thoreau¹⁹ en los Estados Unidos, arrostran las consecuencias jurídicas –penales– de sus actos justamente como forma de protesta y de crítica social. Cualquier expresión de admiración o de apoyo a la actitud de estas per-

¹⁶ “Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años: 1) Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste” (art. 2, CN). “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición” (art. 22, CN).

¹⁷ “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la persona que le presta asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

¹⁸ “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito”.

¹⁹ Thoreau, Henry D., *Desobediencia civil y otros escritos*, Madrid, 1994.

sonas resultaría inculpada, cuando en realidad no se trata más que de una manifestación de crítica social. Diferente sería el caso en que se hiciese la apología de delitos de otra naturaleza, como delitos sexuales, violencia familiar, asesinatos múltiples o en serie, genocidios, etc. El tipo del artículo 213 es otro que debe interpretarse restrictivamente para compatibilizarlo con la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

No menor es el riesgo de que, a medida que la protesta social se organice y se perfeccione, se procure incluir a los participantes en estas organizaciones en el tipo de asociación ilícita, que es otra figura que plantea serios problemas constitucionales no suficientemente resueltos²⁰.

El tipo de asociación ilícita fue profusamente empleado contra las reivindicaciones laborales cuando las huelgas eran consideradas delitos en las luchas de los gobiernos europeos contra los socialdemócratas. Por arrastre llega a las legislaciones modernas con penas relativamente bajas. Por efecto de reformas puntuales en momentos de violencia política y social, las penas fueron aumentadas hasta los extremos actuales y no han vuelto a las tradicionales, por mucho que esas circunstancias hayan sido superadas hace décadas. Se trata de un tipo que adelanta la tipicidad a actos claramente preparatorios, esto es, muy anteriores a la tentativa y ni siquiera contempla el desistimiento: quien se pone de acuerdo con otras dos personas para cometer hurtos simples (propone la organización de pequeños ladrones o *mecheras* de tiendas), resulta penado con el equivalente a la suma de los mínimos de la pena de treinta hurtos, pese a que pasada la velada nada haga ninguno de los participantes en el futuro. El principio republicano indica que este tipo –y con las debidas reservas– sólo podría compatibilizarse con la Constitución cuando se trate de asociaciones que se propongan la comisión de delitos muy graves, como los de destrucción masiva e indiscriminada de bienes jurídicos, sin contar con que sería discutible que pueda configurarse con el solo acuerdo sin ninguna actividad posterior.

Valgan estos ejemplos para demostrar que es necesario que el derecho penal, en su función de contención jurídica frente a las pulsiones del Estado de policía, observe con mucha atención las tentativas de forzar tipos penales no sólo en los casos en que la protesta social se mantiene en los cauces institucionales, sino incluso cuando excede este marco, penetrando ámbitos de ilicitud eventualmente emergentes de la infracción al orden administrativo o contravencional.

V. La protesta que se manifiesta en conductas típicas y la justificación

Hasta aquí nos hemos ocupado de la protesta que no incurre en tipicidad (prohibición) penal, aunque exceda el marco institucional y aunque pueda incurrir en otras ilicitudes. No obstante, la protesta puede configurar tipicidades, tales como delitos de daños no insignificantes, lesiones, resistencia a la autoridad, etcétera.

²⁰ “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.

Por supuesto, descartamos de este análisis los casos en que la protesta sólo sea la ocasión para la comisión de delitos de mayor gravedad. Si bien no parece ser ésta la característica de la protesta social dominante, no presentaría ningún problema la solución penal al caso de quien sólo aprovecha la protesta para cometer un homicidio, una violación o un robo. Nos limitamos, por ende, a los delitos que puedan cometerse en el curso y por efecto de la protesta misma, de los cuales parecen ser los más frecuentes los antes mencionados (daños, lesiones y resistencia).

En estos supuestos corresponde analizar si la conducta típica está amparada por una causa de justificación. Para ello no cabe apelar a la fórmula del legítimo ejercicio de un derecho más que como definición general de todas las causas de justificación, pues la fórmula legal del artículo 34, en este caso, no es más que una remisión a todo el orden jurídico para determinar si existe en él alguna disposición particular que permita la realización de la conducta típica. El derecho de protesta constitucional no entra en esta fórmula del Código Penal, pues es el que directamente garantiza la atipicidad a que nos hemos referido antes. Los casos que están necesitados de preguntarse sobre la justificación son, justamente, los que han caído dentro de la tipicidad. En tales supuesto, por regla general, cabe preguntarse en cada caso si pueden encuadrarse dentro de la legítima defensa o dentro del estado de necesidad justificante.

No es posible considerar aquí toda la casuística hipotética ni reiterar el desarrollo de la teoría de la justificación, sino sólo insistir en la necesidad, en cada caso, de analizar si la conducta típica no se encuentra amparada por alguna de estas justificaciones.

En cuanto a los participantes de protestas sociales que sean ajenos a las necesidades o a la conducta justificada por legítima defensa, cabe observar que también los cubren estas justificaciones cuando realmente operen según las circunstancias del caso, pues quien coopera con alguien que actúa justificadamente, también lo está haciendo amparado por la causa de justificación de que se trate y, en el caso de la legítima defensa, está especialmente regulada la legítima defensa de terceros.

Ésta última presenta la particularidad de que, en caso que el agredido hubiese provocado suficientemente al agresor, el tercero puede igualmente defenderlo legítimamente, a condición de que él no haya participado en la provocación. Esto es importante en los casos de represión violenta de manifestaciones o reuniones públicas: quien defiende a un manifestante que es agredido físicamente después de insultar o provocar de otra manera, está actuando legítimamente, aunque el manifestante no estuviera amparado por esa causa de justificación en razón de la previa provocación.

El estado de necesidad presenta también problemas interesantes y complicados frente a los casos particulares. Ante todo, el mal que se causa debe ser menor que el que se quiere evitar, de modo que debe tratarse de una protesta que reclame por un derecho fundamental. No habilita a ninguna conducta típica la exigencia de vacaciones, por ejemplo, pero puede habilitarla el derecho a la alimentación o a la salud, según las circunstancias, o sea, según la gravedad y cercanía del mal que se quiere evitar. No puede tratarse de males remotos o hipotéticos, sino relativamente cercanos y urgentes.

En segundo término, no debe haber otra vía idónea, esto es, razonablemen-

te transitable, para neutralizar el mal amenazado. La idoneidad de la vía de reclamo alternativa no puede ser meramente formal o hipotética, sino que debe tratarse de una idoneidad real y efectiva. Nadie puede cometer una conducta de daño para obtener alimentos, si le bastase con convocar a la autoridad para que se los provea en tiempo razonable.

Además, la conducta típica debe ser conducente a ese resultado, sea porque es la menos lesiva y la más adecuada para llamar la atención pública, porque no hay medios de hacerlo por otro camino, porque los medios de comunicación hacen caso omiso del reclamo, porque las autoridades no quieren reparar en la necesidad, etc. Si en una comunidad no se atienden necesidades elementales de alimentación ni sanitarias, si peligran vidas humanas, si no se atiende la contaminación del agua potable o la desnutrición está a punto de causar estragos irreversibles, si la comunidad está aislada y las autoridades no responden a las peticiones, no será lícito destruir la sede del municipio, pero estaría justificado que con un corte de ruta se llame la atención pública y de las autoridades, aunque éste tenga una duración considerable y ocasione algún peligro para la propiedad o los negocios. Se trata del empleo del medio menos ofensivo que queda en manos de las personas para llamar la atención sobre sus necesidades en situación límite.

Se ha planteado muchas veces la pregunta acerca del estado de necesidad creado por carencias que son generales. Por regla, las necesidades que se hallan generalizadas no habilitan el estado de necesidad, pero en un país con considerables diferencias sociales, será menester siempre establecer cuál es el estándar medio de satisfacción de las necesidades sociales y, por ende, atender a ese estándar para establecer la naturaleza de las carencias. Es natural que inmediatamente después de un terremoto haya carencias y nada habilita a cometer conductas típicas mientras se procura resolverlas en un tiempo razonable y con la urgencia del caso, puesto que se trata de padecimientos que están soportando todos los habitantes de la región o del lugar.

No obstante lo anterior, en el marco de carencias generales pueden suscitarse situaciones de necesidad particulares. Si en el ejemplo del terremoto, nadie, por el hecho de haberse quedado sin techo, tiene derecho a ocupar el hospital, no puede negarse que si un niño está a punto de perecer de sed o de hambre, pueda apoderarse de bebida o alimentos que se hallan entre los escombros del almacén.

No es posible, pues, agotar aquí todas las hipótesis de eventual justificación de la protesta social que incurra en conductas típicas, pero bastan las anteriores consideraciones para señalar la dificultad de la cuestión.

VI. La protesta que se manifiesta en conducta ilícitas y la culpabilidad

Cuando la conducta sea típica y antijurídica, es decir, constituya un ilícito o injusto penal, aun restan los problemas que la protesta social plantea a la culpabilidad. Entendida ésta en el sentido normativo tradicional de juicio de reproche o reprochabilidad, se plantean problemas que hacen a la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad y a la necesidad exculpante.

En principio, cuando la protesta adopta la forma de un injusto porque la justificación de necesidad se excluye en razón de que existían caminos institu-

cionales viables y realmente idóneos para satisfacer las necesidades, puede operarse un error de prohibición, si estos caminos eran ignorados por los protagonistas de la protesta o si éstos creían no poseer a su alcance los medios para encaminar por ellos sus reclamos o no los creían eficaces con motivos fundados en experiencias anteriores.

Dado que las protestas suelen ser masivas, este desconocimiento no tiene por qué ser general, sino que puede haber un error de prohibición invencible respecto de algunos o de la mayoría de las personas que participan en ella, en tanto que otros pueden caer en un error vencible o bien directamente no estar en situación de error, por conocer los medios institucionales disponibles y eficaces. Esto significa que no es posible criminalizar por igual a todos los que participan de la protesta, sino que la culpabilidad debe valorarse respecto de cada persona y en la medida en que ésta individualmente podía comprender la ilicitud penal de su comportamiento.

En cuanto a la necesidad exculpante, las hipótesis son más remotas y no parecen compadecerse con los casos de protesta social conocidos en nuestro medio, aunque no cabe descartar la posibilidad de una situación que encuadre en la exculpación. Quienes ante la total inacción de las autoridades y la indiferencia pública absoluta, en la inminencia de pérdida de sus cosechas por falta de agua, interrumpido el riego por actos arbitrarios o falta de atención, desvían aguas que no les pertenecen para salvar lo que es su único medio de vida y el de sus familias, amenazados por la miseria y el hambre y, en tal caso, afectan un derecho de propiedad ajeno para salvar el propio. Se trata de dos bienes jurídicos de pareja entidad y, por ende, no media justificación, pero existe necesidad exculpante, sin perjuicio de que deban reparar al propietario afectado.

Todo lo dicho respecto de la culpabilidad debe complementarse, incluso en caso de que el delito se complete, con una cuantificación adecuada de ésta, no sólo en base a la culpabilidad tradicional, que no marcaría más que el límite máximo, sino como culpabilidad por la vulnerabilidad, es decir que será menester medir el esfuerzo que haya realizado la persona para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad que, en el caso de protestas sociales, suele ser mínimo, dada la atención especial de las autoridades en algunos de estos casos.

En otros, por el contrario, la atención de las autoridades favorece los errores de prohibición invencibles. Ello obedece a que los reclamos sociales son, en el fondo, problemas políticos o de gobierno, lo que hace que, con harta frecuencia, éstos sean atendidos por las propias autoridades políticas, que los resuelven en ocasiones *in situ*. Es pensable que, cuando una autoridad ejecutiva o legislativa acude al lugar y resuelve el conflicto (se levanta la reunión, cesa la protesta, etc.), los participantes no tengan la posibilidad de comprender la antijuridicidad de su conducta, pues el propio Estado concurre a resolver el conflicto. Más aún, tratándose de cortes de rutas o de concentraciones, el Estado suele estar presente para garantizar la integridad física de los participantes. Daría la impresión de que la policía cuida a los pretendidos delincuentes. Ante la opinión lega, resulta incomprensible que el Estado, por un lado, concorra a resolver el conflicto o a cuidar a los reclamantes y, por el otro, pretenda criminalizarlos. En tales eventualidades es muy difícil pretender que exista una posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad.

VII. Algunas reflexiones políticas

Lo señalado en el párrafo anterior indica que el fondo de la materia con que se enfrenta el derecho penal en este punto es una cuestión de naturaleza eminentemente política. Nadie puede negar que la realización de los derechos humanos de segunda generación es de esa naturaleza. Quitar el problema de ese ámbito para traerlo al derecho penal es la forma más radical y definitiva de dejarlo sin solución. Siempre que se extrae una cuestión de su ámbito *natural* y se le asigna una naturaleza *artificial* (como es la penal) se garantiza que el problema no será resuelto. *Esto indica que la mejor contribución a la solución de los conflictos de naturaleza social que puede hacer el derecho penal es extremar sus medios de reducción y contención del poder punitivo, reservándolo sólo para situaciones muy extremas de violencia intolerable y para quienes sólo aprovechan la ocasión de la protesta para cometer delitos.* De ese modo, el derecho penal se preserva a sí mismo, devuelve el problema a su naturaleza y responsabiliza por la solución a las agencias del Estado que constitucionalmente no son sólo competentes, sino que tienen el deber jurídico de proveer las soluciones que, desde el principio, sabemos que el poder punitivo no podrá suplir. En términos de distribución de competencias y de poderes, es obvio que pretender la criminalización de la protesta social para resolver los reclamos que lleva adelante, es exigir a los poderes judiciales una solución que incumbe a los poderes estrictamente políticos del Estado y, por ende, cualquier omisión del esfuerzo de contención del derecho penal resulta no sólo inconveniente, sino también inconstitucional desde la perspectiva de la separación e independencia de los poderes del Estado.

BOLIVIA

Eduardo Rodríguez Veltzé
y Farit L. Rojas Tudela

Criminalización y derecho a la protesta

I. Introducción

La criminalización de la incitación o inducción a la comisión de un delito está prevista en el Código Penal boliviano entre los delitos que afectan la *tranquilidad pública*. La sanción prevista se agrava si la instigación se refiere a un delito contra la *Seguridad del Estado*. El capítulo respectivo comprende también otros tipos penales afines como la *apología pública de un delito*, la *organización criminal*, el *terrorismo* y los *desórdenes o perturbaciones públicas*.

Se trata de tipos penales cuya valoración resulta compleja, más aún desde la perspectiva del ejercicio de la libertad de expresión. El análisis trasciende al sistema penal y la calidad de su funcionamiento, abarca un complejo entramado cultural, social y político en el que la libertad de expresión recupera con contrastes los valores y problemas que la sola criminalización primaria pretende atender sin mayor efectividad.

Estos delitos no son precisamente los que más ocupan al sistema, aunque aquellos vinculados con el *terrorismo* han cobrado nuevos impulsos por acción refleja más coyuntural y foránea.

Este documento analiza los procesos de criminalización primaria, judicialización y desarrollo político de los movimientos de protesta social ocurridos en los últimos años en Bolivia, particularmente aquellos que provocaron transformaciones estructurales en el Estado. Describe los efectos diferenciados y contradictorios en el sistema judicial penal, según el momento histórico o los actores involucrados, revelando la profunda crisis institucional del poder punitivo del Estado y sus manifestaciones en torno a la protesta social, sus emergencias y la transformación de los paradigmas del orden público y la institucionalidad democrática.

II. Breve descripción del sistema penal respecto a la criminalización de la protesta social

La criminalización de la incitación o inducción a la comisión de un delito está prevista en el Código Penal boliviano que fue aprobado a comienzos de la década de los 70, como parte de los denominados *Códigos Bánzer*¹, que venían a transformar la denominada *legislación Santa Cruz*², de principios de la República.

¹ Se denominan *Códigos Bánzer* debido a que fueron promulgados mediante decretos-ley durante la dictadura del militar Hugo Bánzer Suárez, es decir, entre 1971 y 1978.

² Se denomina *Legislación Santa Cruz* a aquella que fue promulgada durante el gobierno del Mariscal Andrés de Santa Cruz, es decir, entre 1829 y 1839.

El Código aprobado mediante el decreto-ley 10.426 de 23 de agosto de 1973 durante el período de la dictadura del militar Hugo Bánzer Suárez fue elaborado sobre la base de un anteproyecto de 1943, redactado por Manuel López Rey. En el año 1997 fue parcialmente enmendado y aprobado como Ley de la República, ley 1768 del 11 de marzo de 1997, entonces se realizaron derogaciones e inclusiones de nuevos tipos penales a los que paralela y gradualmente se fueron sumando otros a través de leyes secundarias en diversas materias, tal es el caso de los delitos ambientales, sobre narcotráfico y los tributarios.

En agosto de 2003, se promulgó la Ley del Sistema de Seguridad Ciudadana que, además de crear un organismo burocrático y normas administrativas, modificó el Código Penal, precisamente en el Capítulo referido a los Delitos contra la Tranquilidad Pública que incorporaba los tipos de *apología pública de un delito*, la *organización criminal*, el *terrorismo* y los *desórdenes o perturbaciones públicas*, incrementado por tres las penas previstas para el tipo de *la instigación pública a delinquir* y se agregaron otros vinculados al régimen de la seguridad ciudadana como el de *atentado contra la seguridad de medios de transportes, los servicios públicos y la fabricación o tenencia de explosivos*.

Estas prácticas legislativas no cesaron de ampliar y enmendar el catálogo punitivo del Estado. En prácticamente todos los casos las reformas se produjeron no como resultado de una política criminal elaborada y debidamente informada, sino reactivamente a episodios coyunturales de enfrentamiento social y político que despiertan la tentación de utilizar la vía de la criminalización³ muchas veces selectiva y la persecución judicial para intentar respuestas a los problemas suscitados ya con propósitos de prevención o de vindicación⁴. Este apunte cobra especial significación cuando, a tiempo de cerrarse este documento, la Asamblea Legislativa Plurinacional apura el tratamiento de un paquete de disposiciones judiciales de transición, que invocan la “emergencia” de la inseguridad ciudadana y la corrupción para introducir enmiendas al régimen penal especial y procesal, lo que ha abierto un creciente debate sobre su constitucionalidad y conveniencia como política pública.

La reforma procesal penal fue tal vez uno de los cambios estructurales más significativos en el ámbito judicial y que tiene directa relación con el estado de

³ Para una mayor información véase Binder, Alberto y Obando, Jorge, *De las “repúblicas aéreas” al Estado de Derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

⁴ Sobre estos procesos de emergencia, Binder y Obando señalan: “El retroceso y la desconfianza ante el discurso político, produce el avance de los discursos morales (corrupción) o económicos (eficiencia) y distorsionan el discurso jurídico, que muchas veces es utilizado para reemplazarlo (judicialización de la política). Ello finalmente debilita la idea misma de la razón jurídica, a la que se le pide más de lo que puede dar, mientras no se la acepta en lo que sí puede fundar. De este modo, aquello que se debe hacer para ‘preservar el Estado de derecho’ aparece como debilidad, concesión injustificada o capricho de los juristas (...) La vida institucional es percibida finalmente como una serie de situaciones de emergencia, que se suceden sin solución de continuidad. La emergencia (económica, social, política o de seguridad) impone sus reglas de excepción. La secuencia ininterrumpida de emergencias y su justificación de excepción terminan configurando la vida normal del sistema institucional. La imposición de la lógica de la emergencia afecta de raíz a la idea y a las funciones del sistema normativo y judicial” (p. 121).

situación de la seguridad ciudadana. El camino recorrido en el proceso de gestación, aprobación e implantación de la reforma procesal penal, que entró en vigencia en 1999, no fue sencillo; surgieron críticas a su implantación y se discutió un proyecto que alteraba significativamente el régimen de garantías procesales⁵.

Informes de seguimiento a la implementación del Nuevo Código Procesal Penal boliviano dan cuenta de las dificultades de orden institucional y funcional en la Judicatura, en el Ministerio Público y la Defensa Pública, cada uno con distintas intensidades, pero comunes en materia de asignación de recursos, capacidades gerenciales y de gestión para el cumplimiento efectivo y eficiente de tareas, ausencia de coordinación con otros organismos críticos como la Policía y el Régimen Penitenciario, y ausencia de políticas públicas estructurales.

La jurisdicción penal en Bolivia representa aproximadamente el 14% del total de la demanda de servicios judiciales en el país, con tendencia a reducirse gradualmente por la vigencia del nuevo sistema procesal penal y la extinción de causas del antiguo sistema. Según el Informe de Monitoreo de la Administración de Justicia Penal de 2005⁶, en el Distrito Judicial de La Paz, que es el más grande de la República, los juzgados cautelares ingresan en promedio anual alrededor de 14.000 causas, de las que el Ministerio Público rechaza el 96%. Del volumen de causas que ingresan a los Juzgados de Sentencia, se resuelven en el mismo período sólo el 6%; el delito de apropiación indebida es el más frecuente. En los Tribunales de Sentencia, en donde se incorporan jueces ciudadanos, el nivel de resolución es más alto: alcanza el 15%, y el delito más frecuente es el tráfico de sustancias controladas. Los tiempos para la resolución de las causas oscilan el año para los Juzgados de Sentencia, y el año y medio, para los Tribunales de Sentencia. Estos indicadores son preocupantes, reflejan una limitada capacidad del Ministerio Público en el tratamiento de las denuncias. Tampoco el desempeño de los juzgados es eficiente en términos de celeridad.

Pero otra dimensión del problema surge cuando se advierten los altísimos niveles de rechazo de causas penales a nivel de Ministerio Público y la ausencia de espacios de jurisdicción alternativa para resolverlos, lo que incluye la persecución de delitos contra la seguridad y el orden público. La mayor parte de los casos tiene relación con lesiones, hurtos, violencia intrafamiliar, obligaciones patrimoniales, etc. Este “vacío” de servicio jurisdiccional para miles de causas que son desestimadas por el nuevo sistema procesal penal constituye uno de las debilidades más grandes de la reforma.

Si bien el sistema logró incorporar mecanismos y modalidades de salidas alternativas para que el juzgamiento se concentre únicamente en aquellas situa-

⁵ La Asamblea Legislativa Plurinacional aprobó en abril de 2010 una ley anticorrupción que incorpora tipos penales referidos al fenómeno de la corrupción con penas agravadas y en algunos casos con características de retroactividad e imprescriptibilidad. Paralelamente se encuentra tratando un proyecto de ley de juicio de responsabilidades. En ambos casos, se han producido debates en torno a la vigencia efectiva de las garantías del debido proceso y la vulneración de principios universales del derecho previstos en instrumentos internacionales.

⁶ Nos referimos a los datos que se consignan en USAID, *Monitoreo de Calidad de la Administración de Justicia en el Área Penal*, Compañeros de las Américas, Red de Participación y Justicia, La Paz, 2005.

ciones o hechos que así lo ameritaban, no contempló la solución o el remedio para el tratamiento de los asuntos “desestimados, que al carecer de atención por el sistema penal, tampoco podían –por su naturaleza– ingresar al sistema de justicia civil, familiar, comercial que es formalista, escrito y requiere de patrocinio de abogado. Desde ya esta jurisdicción comprende el 83% de la atención del sistema.

Los ciudadanos cuyos asuntos son rechazados por el sistema penal no tienen alternativas de atención a sus conflictos. No existe Jurisdicción de Paz no letrada y los mecanismos de justicia comunitaria pertenecen a las comunidades indígenas originario campesinas, cuyas jurisdicciones son rurales.

A esta compleja situación del sistema penal se añaden otros factores:

- ausencia de una política criminal elaborada sistemáticamente que oriente las políticas públicas de seguridad y las transformaciones del sistema penal;
- el sistema penitenciario adolece de gravísimas deficiencias en infraestructura y en el tratamiento a internos;
- creciente incremento de prácticas delictivas en ciudades y áreas rurales vinculadas a fenómenos como el narcotráfico, prostitución, mafia organizada y que tienen como consecuencia índices alarmantes y crecientes de linchamientos con víctimas mortales.

Estas dificultades en el sistema penal boliviano, conjugadas con la permanente conflictividad social e inestabilidad política, facilitaron la instalación de un estado de anomia casi permanente, que la sola inflación normativa y la débil estructura institucional aún no puede revertir, la *opacidad del derecho* es manifiesta y los espasmódicos intentos de reformas tropiezan con una cultura jurídica poco afecta al cambio de los formalismos y prácticas rituales y sobre todo un *habitus*⁷ orientado a preservar los espacios de poder.

Al mencionado *habitus* de prórroga de las relaciones de poder, debe sumarse el *habitus* jurídico que tiende a reproducir una cultura adversarial y litigante, que criminaliza lo que no puede resolver de otra manera. El *habitus* jurídico se reproduce en las percepciones de la población y los medios de comunicación que tienden a alentar una criminalización de la protesta social sin el correspondiente análisis de las razones por la cuales se desarrolla.

Asimismo las universidades, y específicamente las carreras de Derecho y de formación jurídica, no han podido responder a estos dilemas jurídicos, en todo caso han tendido a reproducir las fallas del sistema penal, la cultura adversarial y litigante y, a la vez, no han logrado responder con programas de investigación que develen las faltas y carencias del sistema jurídico.

La población ante la falta de respuesta del sistema jurídico ha encontrado en las movilizaciones sociales una puerta y una herramienta no formal de gestión de la conflictividad, con los riesgos que supone la corporativización para la práctica informal del reclamo. Esta situación devela la precaria construcción de un *habitus* de ciudadanía, es decir de una práctica ciudadana que pone en ries-

⁷ El *habitus* es una categoría sociológica trabajada por Pierre Bourdieu, se refiere a un modo de ser, de comportarse determinado por un conjunto de fuerzas sociales. El *habitus* jurídico no necesariamente obedece a las determinantes jurídicas sino al campo de fuerzas, generalmente político.

go las instituciones básicas de la democracia liberal. Es más se acusó a las instituciones de la democracia liberal de insuficientes en la gestión de la conflictividad y se visibilizó un horizonte en el que la conflictividad social sería la única alternativa para llegar a un Estado y administración sorda y sin capacidad de respuesta ante las demandas sociales crecientes.

II. La protesta social en Bolivia: causas, alcances y efectos

Las manifestaciones sociales de protesta social en Bolivia han sido muy frecuentes, forman parte, casi cotidiana, de la vida política, social y económica; tienen relación con la situación de varios sectores que expresan su descontento por exclusión, pobreza, marginalidad, desatención del Estado y otras que se han visibilizado a partir de la recuperación de la democracia hace casi tres décadas⁸. Durante ese período y hasta hoy, el Estado es el destinatario principal de las demandas, reclamos y protestas⁹.

El sistema democrático es aún frágil, pero vigoroso en el propósito de avanzar en cambios estructurales que no son sencillos de administrar, en consecuencia surgen nuevos conflictos de los que surgen nuevos problemas y nuevas demandas.

La tentación de criminalizar la conflictividad no se ha disipado y las tensiones por el uso legítimo de la fuerza pública para controlar las movilizaciones, también legítimas, no tiene salidas sencillas; de hecho, las debilitadas estructuras judiciales no son precisamente la respuesta a estos problemas. En consecuencia se refuerzan y retroalimentan opciones de emergencia para fortalecer la seguridad policial¹⁰, la presencia militar¹¹ y el poder punitivo del Estado.

Dos estudios sobre los conflictos sociales en Bolivia¹², que cubren un período de 38 años (1970-2008) y abarcan 13 períodos presidenciales, establecen que

⁸ La Unidad Democrática Popular (UDP) comenzó a gobernar el país el 10 de octubre de 1982, fecha en que Bolivia recuperó la democracia, con un gobierno amparado en la Constitución y la ley.

⁹ Durante el período 1985-2003, el Estado boliviano llevó a cabo una serie de reformas destinadas a disminuir sus responsabilidades sociales, este período se denomina en el vocabulario político boliviano “neoliberalismo” y supuso la privatización de las empresas estatales y el intento frustrado de desarrollar una actividad sólo regulatoria de la actividad privada.

¹⁰ Se debe anotar que la reforma a la Policía Boliviana (antes denominada Policía Nacional) es un reiterativo discurso en casi todos los gobiernos democráticos, sin embargo, a la fecha de facción del presente documento, el discurso continúa como discurso y no se conoce acerca de un proyecto o programa serio que desarrolle la mencionada reforma.

¹¹ En varias ocasiones, se ha movilizó a la Policía Militar (PM) en busca de desarrollar programas de lucha contra la delincuencia e inseguridad. El último Plan instaurado en Bolivia se denominó Ciudad Segura y fue llevado a cabo en noviembre de 2009 en Santa Cruz. Para mayor información puede revisarse: www.la-razon.com/versiones/20091110_006907/nota_256_907450.htm.

¹² Para mayor información véase: Laserna, Roberto y Villarroel, Miguel, *38 años de conflictos sociales en Bolivia, 1970-2008*, y Laserna, Roberto; Evia, José Luis y Skapedra, Stergios, *Conflicto social y crecimiento económico en Bolivia*, Serie Documentos de Trabajo, CERES, COSUDE, Instituto para la Democracia, La Paz, 2008.

los conflictos sociales están estrechamente relacionados con los diferentes momentos históricos del país; el tipo de gobierno y su forma de gestionar los conflictos; el desempeño de la economía; las condiciones laborales; el debilitamiento o desaparición de algunos actores sociales y la aparición o fortalecimiento de otros afectan tanto al número de eventos como a su intensidad y las consecuencias que de ellos se desprenden.

Los estudios de Laserna, Villarroel *et al.* comprenden una descripción de tres etapas:

a) 1970-1982, gobiernos militares, en los que la visibilidad de los conflictos fue menor por la censura a los medios de comunicación y la libertad de expresión como parte de las restricciones a las libertades civiles, en ese período los conflictos colectivos se enfocaron a la recuperación de derechos democráticos y comprometieron un amplio espectro de actores.

b) 1982-2000, retorno a la democracia y cambios estructurales e institucionales, período en el que las protestas se vincularon a las sucesivas crisis económicas y los impactos de los ajustes macroeconómicos orientados al modelo neoliberal que comprendía la transferencia al sector privado de los negocios públicos. En este período, surgen y se multiplican modalidades alternativas de protesta social para visibilizar demandas, principalmente de reivindicación económica, como las marchas, los bloqueos y la toma física de instituciones. También se producen conflictos por determinadas coyunturas o políticas aisladas asumidas por cada gobierno.

c) 2000-2008, período de profunda crisis de Estado, luchas identitarias indígenas, regionalista y la transformación del orden constitucional y político. La frustración por la falta de legitimidad de la representación política y la ineficacia del modelo económico, combinadas con una frágil legitimidad política e institucional, abren un proceso de profundos cambios que se operan a partir del cambio del gobierno en 2006 con la asunción de Evo Morales y la transformación del orden constitucional con la Asamblea Constituyente y la aprobación de la Nueva Constitución a comienzos de 2009. Los conflictos responden tanto a viejos problemas de reivindicaciones sociales y económicas como al impacto y reacción que surgen de las reformas políticas, se producen enfrentamientos de orden regional, político y étnico.

Otro estudio del PNUD¹³ informa que entre los años 2000 y 2005 se registró un elevado índice de conflictividad social, con un promedio entre 40 y 50 conflictos nuevos por mes, cuando la *normalidad* anterior en períodos democráticos registraba entre 20 y 25. El rango analizado por el PNUD se caracteriza por la demanda de nuevas leyes, modificaciones legislativas, derogaciones que, según el análisis del PNUD, manifiesta la rebeldía de los bolivianos al cumplimiento de la ley, y es a la vez, un indicador del grado de fragmentación y descomposición de la unidad de la sociedad boliviana.

De acuerdo con estos estudios, los costos directos e indirectos del conflicto representan varios puntos porcentuales del PIB en algunos años cercanos al

¹³ Para una mayor información puede revisarse: PNUD, *Informe sobre el Estado de la Información en Bolivia*, La Paz, 2006.

10%, lo que marca un impacto importante, no sólo a nivel de indicadores macroeconómicos, sino también respecto de los incentivos para la inversión y el crecimiento. En los últimos años, pese a la mutación de los actores tradicionales de la protesta, surgen nuevos frentes de conflicto que tienen relación con la distribución de recursos de la renta pública de los hidrocarburos, como con la distribución de las competencias entre el Estado central y las entidades territoriales autónomas establecidas y a establecerse en el país¹⁴.

Los cambios impulsados por el gobierno a partir del año 2006 y que culminaron con la aprobación por Referéndum de una Nueva Constitución que define un nuevo modelo de Estado y profundiza el proceso de reversión de la marginalidad y exclusión en la que se encontraban los sectores indígena, originario y campesinos, provocó la reacción de algunos sectores, particularmente en el oriente del país, generando protestas sociales con episodios de violencia en varias ciudades (cabe como ejemplo Cochabamba, Sucre, Santa Cruz y Cobija). De acuerdo con el Informe del Relator Especial, Rodolfo Stavenhagen¹⁵, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, se dijo al respecto: “La confrontación entre estos sectores y el Gobierno Central hunde sus raíces en pautas históricas de diferenciación entre las distintas regiones y pueblos de Bolivia y ha generado un muy preocupante re-brote del fenómeno del racismo, incluyendo ataques físicos y verbales contra dirigentes indígenas y defensores de derechos humanos”.

Finalmente, cabe mencionar a los seis últimos informes del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional (correspondientes los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 y 2008), que poseen una parte dedicada específicamente a la intervención de la Institución en la pacificación de los Conflictos Sociales¹⁶.

El Defensor del Pueblo interviene en la pacificación de la sociedad plural, desde su aparición institucional, en el escenario de conflictividad. Si bien la ley 1818 del 22 de diciembre de 1997, Ley del Defensor del Pueblo, no señala ninguna atribución en este sentido, el mandato amplio de defender, proteger y promover la vigencia de los derechos humanos comprende el rol de facilitador o mediador en busca de la realización de diálogos entre los sectores enfrentados. En algunos países, como Francia, la institución del Defensor del Pueblo lleva el nombre de *Mediateur*, es decir *mediador*. En este sentido, los Informes al Congreso del Defensor fue mostrando, y a la vez advirtiendo, la compleja trama

¹⁴ Sobre un análisis económico del conflicto sobre la distribución de los recursos de la renta pública puede revisarse: Morales, Juan Antonio, *Política del populismo boliviano del siglo 21*, IESEC, UCB, La Paz, 2008.

¹⁵ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Misión a Bolivia, 2008. A/HRC/91/11 /Add.2.

¹⁶ En el informe del Estado denominado *Derechos Humanos en Bolivia: Procesos y Desafíos* (2003), la referencia a los movimientos sociales, a los conflictos sociales como dinámicas generadoras de reflexiones en materia de derechos humanos es muy pobre, y sólo las considera como nuevas identidades sociales. Lo que nos permite señalar que es durante 2003-2008 los conflictos sociales y el descentramiento de la política se convirtieron en productores de demandas de derechos humanos y en constructores de la agenda pública y política sobre la cual se realizan una serie de complejas reformas.

social que llevó muchas veces a los sectores sociales, a la población civil, a un fraccionamiento cada vez más violento de la sociedad y, en consecuencia, a más intervenciones del Defensor del Pueblo.

El Informe 2003 registra la experiencia del Defensor del Pueblo ante una serie de jugadas político-partidarias en busca de lograr la descalificación del Defensor del Pueblo. El poder político de turno posesionó a un nuevo Defensor, quien recibió el rechazo de la Comunidad de derechos humanos (y podríamos aventurarnos en decir que de la colectividad boliviana casi en su conjunto). El Defensor elegido por la conveniencia política ocupó el cargo del 6 al 21 de octubre de 2003, y tuvo que renunciar ante los acontecimientos de la llamada “guerra del gas”, dejando un interinato que hizo todo lo posible por contener y colaborar ante las innumerables violaciones de derechos humanos que se produjeron durante los días de agitación social. Ese año la institución tuvo 226 intervenciones en conflictos sociales, y las más destacadas fueron las llevadas a cabo durante los conflictos del 12 y 13 de octubre, en los que hubo 67 muertes y cientos de heridos. El Defensor tuvo que enfocar su estrategia tanto en el rechazo a un Defensor impuesto por los arreglos políticos, como en el escenario de conflictividad. Tuvo que trabajar con distintos agentes sociales (Iglesias, ONG, Juntas de Vecinos, etc.) en la prevención y auxilio de los heridos de la masacre referida. Una vez más el activismo en derechos humanos tuvo muchos rostros, muchas acciones en el terreno, en el espacio mismo de la conflictividad.

El informe 2004 hace un énfasis en la legitimidad que fue obteniendo el Defensor del Pueblo como facilitador y mediador en conflictos sociales; ese año intervino en más de 50 conflictos sociales. El informe también advierte el desplazamiento de los conflictos sociales hacia el seno de la sociedad: “El fenómeno inquietante, sin embargo, ha sido la escalada de la violencia horizontal, es decir aquella que no proviene de los agentes del Estado, sino de la población civil, y que se inflige también, sobre otros miembros de esa población” (Resumen Ejecutivo, VII Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, 2005:49). Advierte sobre el descentramiento de los espacios de la política; sobre las posibilidades beligerantes que se pueden añadir al desplazamiento de los espacios de la política y las posibilidades de violación de derechos fundamentales y humanos entre la misma población.

El Informe 2005 enfatiza la existencia del conflicto en el seno mismo de la sociedad, se hace referencia a las movilizaciones durante la administración del presidente Mesa y del presidente Rodríguez Veltzé, así como los efectos de los conflictos que no fueron solucionados o fueron insuficientemente solucionados. En el año 2005, el Defensor del Pueblo participó como facilitador en 209 situaciones de conflicto social, como en otras oportunidades promoviendo el diálogo, preservando la vigencia de los derechos fundamentales de los actores involucrados en el conflicto social y facilitando el auxilio humanitario.

El Informe 2006 continúa con el énfasis acerca del desplazamiento de la conflictividad a la población civil; sin embargo, llama la atención un nuevo énfasis sobre la *escalada de violencia*, es decir el informe señala que los conflictos sociales poseen una intensidad y una violencia cada vez más manifiesta y expuesta. “Ya en los Informes Anuales al Congreso el Defensor del Pueblo había manifestado su gran preocupación por el avance de la violencia horizontal, es decir la que se produce entre grupos de la sociedad. En aquellas oportunidades la institución señalaba que la violencia en los conflictos sociales empezaba a tener otros actores,

diferentes a los históricamente confrontados –agentes del Estado, por un lado, y ciudadanos y organizaciones sociales, por el otro–. Los nuevos sujetos del conflicto pasaban a ser indígenas contra colonizadores, empresarios hacendados contra indígenas y campesinos, mineros asalariados contra mineros cooperativistas, etc.” (Resumen Ejecutivo, IX Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, 2007, p. 59). Y en estos conflictos entre agentes de la sociedad civil, el del Centro minero Huanuni se cobró la muerte de 16 personas. En la gestión 2006, cabe destacar la presencia de una pugna Estado contra Estado, es decir, Prefectura contra Gobierno Nacional, generando no sólo un descentramiento y un desplazamiento de la política a escenarios no formales, sino la partición de la institucionalidad estatal generando mayores conflictos a momento de determinar a los responsables en la violación de derechos humanos.

El Informe 2007 registra 146 conflictos atendidos por el Defensor del Pueblo, sin embargo se sucede un dato que empezó a presentarse desde el año 2006, y es el descentramiento del escenario del conflicto, por ejemplo, según el Informe 2007 se atendieron 16 casos de conflicto social en La Paz, pero también se atendieron 16 casos en Yacuiba, 9 en Tarija y 9 en Oruro. Antes los casos se concentraban generalmente en La Paz. Se apuntan dos apartados específicos, el primero respecto a la conflictividad en Cochabamba en enero de 2007 entre los cocaleros y la Prefectura, en el que se lamenta la muerte de tres personas, y respecto al conflicto suscitado por la Asamblea Constituyente en Sucre, pues éste marcó una parte de la agenda política y de conflictividad en el país. El tensionamiento entre los prefectos y el gobierno encontraron en Sucre su campo de batalla con lamentables muertes aún no esclarecidas.

En el Informe 2008 ha sido más que evidente el desplazamiento del espacio formal de la política al espacio informal, se han territorializado y desterritorializado constantemente los ejercicios fácticos de poder, se ha intentado numerosas veces avanzar hacia un diálogo nacional inexistente. El conflicto mayor del año 2008 se generó en las ciudades de Santa Cruz, Cobija, Tarija, en las que se llevaron a cabo tomas de las instituciones públicas hasta el fatídico enfrentamiento en Pando con una decena de muertos y el establecimiento del Estado de sitio.

El Informe 2009 aun se encuentra en preparación; sin embargo, es posible que traten temas relacionados a los conflictos suscitados en Santa Cruz, por los operativos que denunciaron un posible caso de terrorismo y que se reflejan en las tres muertes de ciudadanos extranjeros a quienes se atribuyen afanes terroristas vinculados con movimientos separatistas en el oriente del país, entre ellos Eduardo Rosza Flores.

La conflictividad social se ha convertido en un dato muy importante al momento de evaluar el estado de los derechos humanos en Bolivia. El incremento de la conflictividad, el acrecentamiento de la violencia está tratando de comunicarnos algo.

El descentramiento de los conflictos, el hecho de su traslado a Santa Cruz, a Tarija, a Pando, está mostrando y revelando que lo que se encuentra en juego es el ejercicio de poder, por ello en los informes del Defensor del Pueblo se habla de una crisis¹⁷ que atraviesa no sólo la forma o la manera de organización del

¹⁷ Como señala Luciano Elizalde: “La crisis es una situación en la que alguien puede cambiar su posición relativa de poder (...) la crisis es una experiencia que afecta el poder relativo

poder en el plano gubernamental (tanto nacional como departamental), sino la manera de organización estatal de las relaciones de poder, generando un enfrentamiento *Estado versus Estado*, como es el caso del enfrentamiento entre el gobierno nacional y las Prefecturas opositoras.

La violencia está revelando una sociedad construida sobre una serie de relaciones de poder establecidas, muchas de ellas que se expresan en su lado violento tanto en la discriminación y el racismo. Bolivia está recontando su historia, intentando recrear su institucionalidad, aún sin mucho éxito. Y cabe para la anécdota que el año 2006, muchos seguidores del partido político MAS (actualmente gobernando) habían señalado que ya no eran necesarios derechos humanos *porque el pueblo había tomado el poder*. Con el tiempo se dieron cuenta que no se trata de un ejercicio simple del poder, un poder que se encuentra en las estructura de la sociedad, como señala Foucault¹⁸, que está en todas partes y recrea los elementos estructurantes que organizan como “normalidad” las relaciones de poder, de subordinación, de discriminación.

IV. Selectividad y efectividad de la persecución penal respecto de la protesta social

A pesar de la notable cantidad de conflictos sociales que se desarrollan en Bolivia, es significativa la inexistencia de casos que se hubiesen procesado hasta la obtención de resoluciones finales. Como anota la jurista Elizabeth Santalla Vargas: “Bolivia no se caracteriza por tener una historia de procesamiento y sanción a las violaciones de la ley por agentes estatales”¹⁹. A tiempo de reconocer la selectividad de la persecución penal, Santalla enfatiza que ésta alcanza “límites incontrastables”, particularmente cuando se trata de persecución de delincuencia de Estado o violaciones a los derechos humanos por excesos cometidos por la fuerza pública. Asimismo destaca la ineficacia de los sucesivos gobiernos para conducir y completar los procedimientos investigativos que den lugar a procesos judiciales sometidos a estándares y principios del debido proceso. Santalla advierte también que esta capacidad y decisión de persecución penal es distinta cuando se trata de perseguir y sancionar a quienes infringen o atentan contra el orden público.

Esta tónica de vocación selectiva tiene una estrecha relación con los factores de poder y su relación con los movimientos sociales o grupos de interés que pue-

de aquellos que se encuentran implicados (...) el pago que se pone en juego en la crisis es el cambio de posición de poder o el cambio en el grado de autonomía que tiene un agente, de ahí su gravedad” (*Crisis y conflictos sociales*, La Crujía, Buenos Aires, 2004, ps. 19-20).

¹⁸ “El poder debe analizarse como algo que circula o, mejor, como algo que funciona en cadena. Nunca se localiza aquí o allá, nunca está en manos de algunos, nunca se apropia como una riqueza o un bien. El poder funciona. El poder se ejerce en red y, en ella, los individuos no sólo circulan, sino que están siempre en situación de sufrirlo” (Foucault, Michel, *Defender la Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000, p. 38).

¹⁹ Para una mayor información, véase: Santalla Vargas, Elizabeth. “Persecución penal nacional de crímenes internacionales, *Informes Nacionales*, Bolivia, KAS, Montevideo, 2003, p. 107.

den marcar diferencias en la reacción de los organismos públicos como la policía, el ministerio público y en muchos casos los propios órganos jurisdiccionales.

Es ilustrativa, como ejemplo de la *selectividad coyuntural*, la determinación que asumió el poder político en octubre de 2003, luego de producido uno de los episodios de protesta social con mayor número de víctimas mortales, lesionados y daños materiales y que provocó la renuncia del entonces presidente de la República, Gonzalo Sánchez de Lozada, y la asunción al poder de su vicepresidente Carlos Mesa²⁰. El gobierno de este último emitió un par de decretos²¹ en los que se interpretan políticamente los alcances de la Ley de Seguridad Ciudadana, promulgada sólo tres meses antes, reconociendo que su vigencia se produjo en un contexto de “profunda crisis social y económica”, que en lo relativo a las modificaciones al Código Penal, fueron consideradas por la población “como una Ley de seguridad del Gobierno de turno, para reprimir la protesta social y silenciar las reivindicaciones sociales, perjudicando los derechos fundamentales a la libertad de expresión y petición colectiva”, y “que los hechos ocurridos en el mes de octubre, formalmente pueden ser interpretados como delitos de tipo penal en la Ley del Sistema Nacional de Seguridad ciudadana, pero considerando sus características y antecedentes en cuanto al móvil que impulsó estas acciones, resulta evidente que los mismos no respondían al deseo de cometer un delito de orden penal; más al contrario expresaban una protesta social contra el Gobierno constituido”.

Con este razonamiento se decreta *amnistía temporal* para los delitos comprendidos en Ley del Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana y dispone que el Viceministro de Justicia, a través de la Defensa Pública, presente requerimientos a los juzgados o tribunales correspondientes, a efecto de la extinción de la acción penal en los procesos pendientes. Pocos días después se enmiendan los alcances de la amnistía con criterios selectivos al disponerse que ésta “alcanza únicamente a los ciudadanos cuyas acciones se habrían realizado en el período de tiempo comprendido entre el 5 de agosto y el 4 de noviembre del 2003, en el ámbito de la protesta social, en contra de las decisiones y políticas asumidas por el Gobierno Nacional”. Es decir es la amnistía para las protestas sociales anteriores al gobierno del mismo Carlos Mesa.

El juzgamiento de los hechos de octubre de 2003 se ventila desde entonces, aun sin resolución, ante la Corte Suprema de Justicia en atención a que el principal acusado, el anterior presidente de la República, Gonzalo Sánchez de Loza-

²⁰ El 8 de septiembre de 2008, indígenas campesinos pedían el cumplimiento de una serie de compromisos al gobierno de Sánchez de Lozada, a la semana se inició una huelga de hambre en la ciudad de El Alto. El 20 de septiembre en la población de Warisata, cercana a La Paz, se retiró a 75 turistas que estaban varados en las carreteras producto de los bloqueos, este operativo produjo un enfrentamiento con el Ejército con un saldo de 6 muertos. A partir de la denominada Masacre de Warisata las tensiones y enfrentamientos entre el gobierno y parte de la población se multiplicaron. Los días 12 y 13 de octubre se suscitaron varios enfrentamientos en el Alto, en la Autopista que une La Paz y El Alto con un saldo de una decena de muertos. El 16 de octubre llegaron a La Paz una marcha de campesinos de los yungas y mineros de Huanuni y continuó la hostilidad y el enfrentamiento. Después de más de 67 muertos, producto de los enfrentamientos entre militares y pobladores de la ciudad de El Alto y La Paz, el día 17 de octubre el presidente Gonzalo Sánchez de Lozada renunció y se posesionó al vicepresidente Carlos Mesa.

²¹ Decretos supremos 27.234 (31/10/2003) y 27.237 (4/11/2003).

da, goza de *caso de corte*, un privilegio dispuesto por la Constitución de entonces, y replicada en la nueva Constitución que dispone que el juzgamiento del Presidente y Vicepresidente se ventila ante la Corte Suprema de Justicia en una sola instancia previa autorización por dos tercios de votos del Congreso Legislativo. Este proceso fue autorizado y su curso se ha visto demorado por una serie de incidentes, desde la inestabilidad del Tribunal que fue desmantelado y reconstituido, hasta la infinidad de recursos intentados por la defensa de los acusados.

Además del juzgamiento de Sánchez de Lozada, se juzgó a algunos de sus funcionarios públicos, ministros de estado y autoridades policiales y militares. Sánchez dejó el país junto a varios coprocesadores, argumentando que se dudaba sobre la imparcialidad del Tribunal y otros motivos vinculados a la politización del proceso.

El sistema penal, en general, no ha sido eficaz para resolver estos problemas sociales y en consecuencia esta conflictividad ha sido derivada al campo político.

IV. A. Otros ámbitos de conflicto

Uno de los focos de conflicto y protesta social que refleja altos índices de criminalización secundaria es el ámbito del narcotráfico, el control del cultivo de la hoja de coca y las sustancias controladas ilícitas. Además de la selectividad criminalizante sobre un alto número de personas que ingresan al circuito ilegal de la coca-cocaína, merece especial atención el desarrollo de la política antinarcóticos, la interdicción y los esfuerzos de desarrollo alternativo alentados desde el hemisferio norte en el curso de las últimas décadas.

Los resultados no son los más alentadores. No se ha logrado una reducción sostenida de los cultivos ilícitos de coca y la producción de estupefacientes ha crecido. El empoderamiento político de los productores de coca es complejo, pues se confronta con los esfuerzos de mayor erradicación, pero también se suma a políticas que promueven la legitimación de ciertos usos de la hoja de coca. Las protestas sociales son de compleja criminalización por las connotaciones políticas de los actores.

También se han presentado alertas sobre vulneración de derechos e intentos de criminalización de la protesta social en ámbitos tradicionales como la minería, en algunos casos por comunidades campesinas que reclamaban por la observancia de sus derechos laborales y en logros por el derecho de consulta previa a emprendimientos que potencialmente pueden afectar el medio ambiente y el ámbito de sus comunidades²².

Estos delitos no son precisamente los que más ocupan al sistema, aunque aquellos vinculados con el *terrorismo*²³ han cobrado nuevos impulsos por acción refleja más coyuntural y foránea.

²² Para una mayor referencia véase: Observatorio Boliviano de Conflictos Mineros, septiembre de 2009, reporta reclamos de un grupo de 15 ex trabajadores comunarios de San Cristóbal, Kulpina K y Vila Vila, por parte de la Empresa Minera San Cristóbal de la transnacional japonesa Sumitomo. También, en Bolivia los comunarios reclaman a COMIBOL, la empresa minera estatal, por el incumplimiento a disposiciones sobre consultas previas en un emprendimiento de explotación de cobre.

²³ Nos referimos al caso de Rosza Flores y otros dos extranjeros muertos en un operativo en Santa Cruz. Los fallecidos son acusados de terrorismo. Las investigaciones continúan a la fecha de elaboración del presente documento.

V. Sobre el derecho a la libertad de expresión, la protesta social y los contraderechos

Siguiendo a Naranjo Mesa, “la libertad de la persona significa que cada actividad individual se realiza, en principio, sin autorización previa del gobernante, pero con la condición de que no perturbe los derechos de los demás o el orden social, casos en los cuales surge una responsabilidad que acarrea consecuencias jurídicas”²⁴.

Desde esta perspectiva la autoridad sólo puede intervenir en la esfera privada individual de forma represiva, esta última en caso de violación a los derechos de otros o cuando se atenta al orden social.

V. A. Derechos de libertad de expresión

Los derechos de libertad de opinión, libertad de expresión o libertad de pensamiento, también según Naranjo Mesa, “son aquellas que le permiten al hombre adquirir conocimientos, desarrollar sus facultades mentales, divulgar sus ideas y comunicarse intelectualmente con los demás” (p. 510).

El derecho a la libertad de expresión “consiste en el derecho que tiene toda persona de opinar, de divulgar su pensamiento y de propagar informaciones veraces, a través de los diversos medios de comunicación social: periódicos-diarios, semanarios, quincenarios-revistas, libros, radio, televisión, cine, carteles o afiches, propaganda o publicidad escrita, hablada o televisada, u hojas volantes, así como a través de medios de expresión artística” (p. 512).

V. B. El derecho de protesta como parte del derecho de libertad de expresión

El derecho a la protesta emana de la esfera de la libertad de expresión. Esta definición tiene gran importancia para la investigación, pues aclara que el contenido del derecho a la *libertad de expresión* va más allá, es decir, que se lo puede percibir también en el derecho a la reunión, de asociación, trabajo, instrucción, cultura, enseñanza y en toda expresión humana, por lo que se inserta dentro de esta definición el derecho a la protesta.

V. C. El derecho de protesta en el marco del constitucionalismo social

Con el constitucionalismo social o contemporáneo se propuso dar validez programática a los derechos sociales y colectivos sin abolir los derechos individuales, que siguen gozando de la protección del Estado, pero subordinados al *bien común*.

Según el constitucionalismo social, corresponde al Estado ocuparse de la educación, salud, previsión y asistencia sociales; regular las relaciones laborales para armonizar sus intereses, en vez de enfrentarlos entre sí como ocurría en el sistema liberal; intervenir en la planificación, dirección y control de la economía del país, en lugar de *dejar hacer y dejar pasar*, que era la filosofía del Estado libe-

²⁴ Para una mayor referencia véase a Naranjo Mesa, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, Bogotá, 2005, p. 506.

ral. Fue la reforma constitucional boliviana de 1938 que adoptó la influencia del Constitucionalismo Social, influencia que se mantuvo en las siguientes reformas constitucionales, incluyendo la última reforma del año 2009.

Para el caso en cuestión los derechos que interesan son: derecho a la libertad de reunión, asociación y derechos políticos, puesto que en ellos se materializa el *derecho a la protesta*.

V. D. Derecho de reunión, asociación y petición

Estos tres derechos se encuentran en la esfera de los derechos políticos, pues su ejercicio tiene directa relación con los asuntos del gobierno y de su administración, pero al ser reconocidos a todos los habitantes de un país, y no sólo a los ciudadanos, son más bien derechos fundamentales. Sin embargo, es innegable que sobresalgan en el campo político o público, donde persiguen propósitos de bien común.

El derecho de reunión emana de la esfera de la libertad y es una forma de la libertad de locomoción y de la libertad de opinión, pues para reunirnos nos damos cita en un lugar al que concurrimos por nuestros propios medios y de nuestra voluntad. El derecho de reunión pública o política supone también el de *manifestación*, por esto el artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa: “Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”.

El artículo 15 de la Convención Americana de los Derechos del Hombre reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas, que sólo puede limitarse en interés de la seguridad nacional y del orden público.

La Constitución no habla del derecho de manifestación pública y pacífica, sin embargo, es claro que todas las personas tienen el derecho a manifestar públicamente (en calles o plazas) sus opiniones, peticiones, reclamaciones y *protestas*, como un complemento de los derechos de reunión y de petición, y sin otra condición que la manifestación sea pacífica, y sin armas, que no altere el orden y la tranquilidad pública y que se guarde el respeto debido a las autoridades, personas e instituciones.

El derecho de reunión está limitado por las leyes que resguardan el orden público, la paz social, la moral y el interés general. Es decir que no puede usarse este derecho para fines que no sean pacíficos y en busca del *bien común*. En la legislación no se requiere autorización previa para reunirse, salvo durante la vigencia del Estado de excepción.

El derecho de asociación consiste en la facultad que tienen los seres humanos de asociarse, es decir, poner en común, ya sea sus bienes, sus valores, su trabajo, su actividad, sus fuerzas individuales o cualesquiera otros bienes y/o derechos, para un fin desinteresado o no, intelectual, económico, artístico, recreativo o de beneficencia.

Según Bielsa²⁵, este derecho tiene más importancia que el de reunión, no sólo por la inclinación natural que el hombre tiene hacia la forma de sociedad y

²⁵ Para una mayor referencia, véase: Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2001.

de asociación, sino porque por este derecho, se obtiene ventajas que aisladamente no se tendría, es decir, se alcanza la *realización de fines determinados*. Como el derecho de asociarse emana también del derecho de libertad, se complementa con el derecho a la libertad de reunión, de expresión y de protesta.

Por el derecho de petición una persona puede exponer sus peticiones, quejas, opiniones, etc., sobre materias de interés público o privado.

V. E. Degeneración del derecho de protesta en contraderechos

En el entendido de que, la libertad de expresión se manifiesta también en el derecho de protesta y entendiéndose a ésta como *queja o disconformidad*, se dirá que existen o pueden darse dos tipos de protesta, éstas son: *individual y colectiva*.

Ambas manifestaciones del derecho de protesta pueden ser ejercidas por cualquier persona, sin discriminación alguna, puesto que se trata de un derecho consagrado con criterio universal, pues, en primer lugar, corresponde a toda persona, es decir, toda persona natural o moral, nacional o extranjera, domiciliada o no en el país, de derecho público o de derecho privado, estatal o no estatal.

En segundo lugar, el derecho de protesta puede expresarse libremente, sin limitaciones ni restricciones, salvo aquellas que derivan del derecho de los demás y del orden público o social.

Por lo precedente el derecho de protesta se ejerce universalmente por todas las personas sin discriminación alguna, además de que cualquier individuo pueden expresar libremente sus pensamientos, ideas y opiniones sin restricción alguna, salvo aquellas derivadas del derecho de los demás y del orden público y del bien común.

Pero ¿cuándo surge la degeneración del derecho de protesta en contraderecho? Surge, justamente, cuando se violan estas salvedades, en el momento que el protestante (o los protestantes) se manifiesta(n) de forma que lesionan el derecho del otro, cuando alteran el orden público o el bien común.

Un derecho se degenera en contraderecho cuando el mismo provoca indefensión. “La indefensión alude a una situación de orden fáctico en cuya virtud una persona queda sometida al poder de otra, no pudiendo reaccionar de manera efectiva por carencia de medios jurídicos o materiales”²⁶. De esta manera para determinar si existe o no indefensión se debe analizar cada situación fáctica, más que el derecho en sí.

El contraderecho es aquel que “emerge de una suerte o variable espuria de *uso alternativo del derecho*, en el sentido de manipular las reglas constitucionales con un sentido frontalmente distinto al ideológicamente planeado por la Constitución. La conversión de un derecho constitucional de alguien –*como el de la vida, salud, acceder a una vivienda digna, de reunirse y expresarse libremente, la huelga, etc.*– en un antiderecho lesivo de los derechos de cualquier otro sujeto –*derecho a robar, a asaltar, a ocupar inmuebles, a cortar rutas e instalar piquetes, etc.*–. Para consumir esa empresa, la tentativa exige cambiar el mensaje y el con-

²⁶ Cifuentes citado por Vargas, Silvia, *El derecho a la protesta*, Tesis de Derecho, Universidad Católica Boliviana, La Paz, 2009, p. 80.

tenido enunciado del derecho constitucional en juego, convertirlo después en un ariete contra otros derechos constitucionales, y declararlo derecho relevante, por sobre él o los derechos agredidos”²⁷. Según esta perspectiva, cualquier persona puede fundamentar su titularidad respecto del derecho de protesta, puesto que la CPE reconoce la libertad de expresión, la misma que es consagrada a nivel internacional y que, además, las formas de exteriorización de éste derecho se encuentran en las manifestaciones públicas, marchas, protestas y otros. De esta manera, para esta persona prevalecerá –e incluso será más importante– su derecho de protesta frente a los derechos de los demás, convirtiéndose de esta manera en un *contraderecho* y no en un derecho fundamental, pues al ejercitar su derecho estaría lesionando otros derechos de la colectividad.

Por este tipo de argumentaciones que intentan minimizar los derechos fundamentales de las personas que sufren lesiones tanto en su integridad física como en sus bienes por los que ejercitan el derecho de protesta u otros, nace la caracterización de los *contraderechos* o de los *antiderechos*.

Entonces, frente al derecho de seguridad personal, frente al derecho de libre circulación y otros, se contraponen ahora los *derechos*, que operan como *contraderechos*, de personas que tienen la convicción de que su derecho se encuentra por encima de los demás.

V. F. Los contornos del contraderecho

Los contornos del contraderecho, según Néstor Sagués, son:

a) Opera como factor bloqueante del derecho de un tercero. En este entendido, el contraderecho es una especie de inevitable *derecho dañoso*.

b) Pretende en todo caso *valer más* que el derecho que ataca o vulnera. A modo de ejemplo, la persona que ejerce su derecho, se convierte en contraderecho, cuando afirma que el derecho a expresar su protesta o disconformidad o el derecho a reunirse de un piquete que corta una ruta es superior al derecho que tienen los conductores de vehículos a circular por las calles; o que el derecho a acceder a una vivienda para quien no la tiene es mejor que el derecho del propietario de ésta a poseerla; o que el derecho a participar en una huelga debe ser entendido superior al derecho del que quiere trabajar. De tal modo, el antiderecho o contraderecho afirma ser un derecho *prevaleciente*.

c) Autoriza de ser necesaria la coacción física directa, en otros términos, la violencia, por parte de quien lo maneja. No recurre el auxilio oficial, sino que se instrumenta por la mano propia de quien lo alega. Por ejemplo, cuando se realiza una protesta por las calles de la ciudad, los manifestantes de ser necesario utilizan la violencia para lograr que la gente que vende productos en ella, deje de hacerlo –lesionando el derecho fundamental de trabajo– y se acople o muestre signos de respeto por la marcha.

d) Funciona contra cualquiera, *erga omnes*, con independencia del responsable real de la situación que explicaría su ejercicio. Es decir que el contraderecho opera sin tener una víctima específica.

²⁷ El tratamiento de la categoría denominada “contraderecho” pertenece al jurista argentino Sagués. Ver: Sagués, Néstor, “Derechos y contraderechos”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer, México, 2004, p. 462.

En el supuesto caso de cortes de rutas o calles, el contraderecho agrede a toda la gente que por alguna circunstancia tuvo que pasar por el lugar de la manifestación de protesta, o aquellas que por culpa de la manifestación de libre expresión no pudieron realizar sus actividades normales. “Es frecuente, al respecto, que el ejercitador del antiderecho actúe intencionalmente con ánimo de herir a su víctima inocente, dado que es el dolor de ésta (y su consecuente protesta) lo que puede auxiliarlo para conseguir sus objetivos finales y conmover así al verdadero responsable de su reclamo”²⁸; es decir que en los contraderechos la agresión a un derecho puede proyectarse sobre sujetos no autores de la situación conflictiva, o sea, contra terceros ajenos –inocentes– que no han causado el problema que afecta al agresor.

V. G. Los contraderechos originados en el derecho de protesta

Respecto del derecho de protesta, se puede decir que es amplísimo, puesto que las lesiones surgidas como consecuencia de su ejercicio afectan diversos derechos fundamentales de personas que nada tienen que ver con estas protestas. Por ello, el derecho de una persona a circular libremente por las calles se opone al *derecho* de unos manifestantes a cortar esas calles o rutas, a fin de plantear reclamos, generalmente contra el Estado.

Los requerimientos pueden versar sobre pretensiones económicas pero también políticas, exigir nuevas normas o simplemente protestar contra ciertas medidas gubernativas o de particulares. En algunos casos, el bloqueo, puede conducir al encerramiento de quienes están o viven en un determinado sitio, si no pueden salir de él.

Pero el derecho a la protesta no sólo lesiona el derecho fundamental de libre locomoción, sino que también puede lesionar otros, como ser:

- A la vida, pues en el caso hipotético que un enfermo necesite intervención quirúrgica inmediata, no podrá llegar al centro médico por las protestas ejercidas en las calles. Con el derecho fundamental de salud, sucede similar situación.

- Al trabajo, porque a causa de las protestas realizadas en calles, muchos empleados no podrán llegar a tiempo a sus fuentes de trabajo.

- A la educación, pues por las protestas suscitadas en diversos lugares del departamento, los educandos no podrán llegar puntualmente a sus casas de estudio, ya sean éstos, escolares, estudiantes, universitarios y otros.

- A la propiedad, ya que esta manifestación del derecho a la libertad de expresión, a momento de hacerse escuchar por la población causa destrozos en los bienes públicos del Departamento, además de dañar también bienes de particulares.

- A la seguridad, ya que a causa de estos movimientos sociales de protesta se lesiona el derecho a la seguridad jurídica, personal o pública.

A efectos de precisión, el Tribunal Constitucional ha definido la seguridad jurídica como “la condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran. Representa la garantía de aplica-

²⁸ Ídem, p. 459.

ción objetiva de la Ley, de modo tal que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio”; trasladado al ámbito judicial, implica el derecho a la certeza y la certidumbre que tiene la persona frente a las decisiones judiciales, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la Ley y la consiguiente motivación de la resolución” (www.tribunalconstitucional.gov.bo, 9/3/2010).

Es decir que el derecho a la seguridad jurídica expresa *la garantía de aplicación correcta de la ley objetiva* y que por ella –la ley– saben cuáles son sus derechos y sus obligaciones. En otras palabras, tienen la certeza de que las decisiones judiciales serán tomadas en el marco de la aplicación objetiva de la ley.

V. H. Sentencia Constitucional N° 0429/2003-R

Recurso de amparo constitucional, interpuesto por Lilian Martha Torrez Urcullo contra Evo Morales Ayma, Diputado Nacional, ante la Corte Superior del Distrito de Cochabamba que, después de emitir resolución N° 05/2003 de 24 de enero respecto al caso, elevó la misma para la revisión de oficio ante el Tribunal Constitucional de acuerdo al artículo 102, parágrafo quinto, de la Ley del Tribunal Constitucional.

“En esta demanda la recurrente expresa que como propietaria de la Casa Campestre ‘Los Tucanes’, ubicada a orillas del río Chapare en el km 160 de la carretera Cochabamba-Santa Cruz, en la gestión 2002 a raíz de los bloqueos ordenados por el líder cocalero Evo Morales sufrió una serie de pérdidas ocasionadas por la cancelación de las reservas de turistas, por lo que, interpuso un recurso de amparo constitucional, cuya procedencia fue aprobada a través de la Sentencia Constitucional N° 53/02-R, la cual ordenó al recurrido se abstenga de seguir restringiendo, suprimiendo derechos y garantías constitucionales de la recurrente para lo que se le conminó ordene a las organizaciones que dirige dejen sin efecto las medidas de bloqueo y uso de violencia.

No obstante la resolución emitida, la recurrente siguió sufriendo restricciones en sus derechos fundamentales y garantías constitucionales, ya que el bloqueo de caminos ordenado por Evo Morales continuó, causándole un severo daño, además de atentar contra sus derechos fundamentales.

La recurrente alega la vulneración de sus derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad privada, por lo que solicitó se declare procedente, y se le reponga los derechos restringidos, ordenando al recurrido levantar la orden de bloqueo en el día así como el bloqueo de la carretera Cochabamba-Chimoré-Santa Cruz, sea con responsabilidad civil y penal.

En la audiencia realizada el 24 de enero de 2003 con la presencia fiscal, el abogado de la recurrente ratificó los términos de la demanda indicando además que dicho recurso era el tercero presentado debido a las constantes amenazas de bloqueos que restringen los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad privada.

El abogado y apoderado de Evo Morales informó que su representado no llamó a la lucha armada, pues éste sólo es un portavoz, y que los bloqueos fueron ordenados por decisiones en conjunto de las federaciones del trópico de Cochabamba, por lo que no corresponde que el recurso sea dirigido únicamen-

te contra su representado y en caso de que el tribunal ordene levantar el bloqueo no lo hará porque fue una decisión colegiada y no unipersonal. Señalando además que en cuanto a los delitos que según la recurrente habría cometido Evo Morales, ésta tiene la vía penal para demandarlo.

De esta manera, el Tribunal Constitucional resuelve declarar procedente el recurso, disponiendo que el recurrido se abstenga de seguir restringiendo, suprimiendo y amenazando suprimir los derechos de la recurrente, y que impida, en su calidad de máximo dirigente sindical y diputado nacional, el bloqueo de la carretera Cochabamba-Santa Cruz, así como el uso de la violencia, sancionándolo a resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la recurrente.

De la revisión del expediente el Tribunal Constitucional concluye que:

Por los recortes de periódicos que acreditan el bloqueo de la carretera Cochabamba-Santa Cruz por orden del recurrido a partir del 13 de enero de 2003 hasta el 27 de enero de 2003, fecha en que Evo Morales Ayma aceptó el diálogo con el gobierno, sin levantar los bloqueos, hubo graves enfrentamientos entre las fuerzas militares y los cocaleros. Este tuvo como resultado a varias personas muertas y heridas, además de ataques a medios de transporte. Estos actos violentos perjudicaron y evitaron la normal circulación de vehículos, perjudicando el trabajo de todo el sector productor, industrial y hotelero de la zona. Asimismo, existen videos que dan cuenta de la información del conflicto por canales de televisión

Al alegar la recurrente que el demandado Evo Morales Ayma, ha cometido actos ilegales al haber ordenado el bloqueo del camino Cochabamba-Santa Cruz, ocasionándole con ello graves daños ya que las reservas para su hotel fueron canceladas, impidiendo el normal desarrollo de sus actividades, violando así sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad privada. Corresponde por tanto analizar si los hechos demandados ameritan la protección que brinda el art. 19 de la Constitución Política del Estado (CPE).

Hace notar también que, en la condición de Diputado Nacional, de acuerdo al art. 52 CPE, goza de inmunidad parlamentaria para ser juzgado, sin embargo, el art. 34 constitucional, constituye una excepción a esa inmunidad pues dispone que: “los que vulneren derechos y garantías constitucionales quedan sujetos a la jurisdicción ordinaria”, razón por la cual no puede invocarse la inmunidad parlamentaria. Por la interpretación de la normativa citada, la línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Constitucional, ha establecido que el art. 52 no es aplicable cuando la autoridad o funcionario público incurre en atentados contra los derechos fundamentales de la persona garantizados en su ejercicio por la Constitución.

Además, el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático”.

Si bien, las personas que conforman el sector de los productores de coca defienden sus intereses y metas, y ejercitan sus derechos de asociación; y dentro de ello, ejercer el derecho de petición a través de los diferentes medios, en forma oral o escrita o cualquier otro medio de expresión; el ejercicio de estos derechos no es irrestricto, sino que está limitado por el respeto a los derechos de los

demás, el orden público o la salud (arts. 13 y 16 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. y art. 7.b), c) y h) CPE); límite que ha sido reconocido por las SSCC 0019/2003, 0292/2003-R, entre otras.

Por consiguiente, el bloqueo de caminos y las movilizaciones violentas a las que instó el recurrido, constituyen un uso abusivo de los derechos que les reconoce la Constitución tanto a él, como dirigente, como a sus bases, con la consiguiente violación flagrante de los derechos de la recurrida, quien se vio impedida del ejercicio de sus derechos fundamentales, restringiendo en el caso concreto, los derechos aludidos de la recurrente; circunstancia que hace inaplicable la inmunidad parlamentaria reconocida por el art. 52 CPE a favor del recurrido, correspondiendo otorgar a la actora la tutela que brinda el Art. 19 CPE, por cuanto el recurso de amparo procede contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por la Constitución y las leyes.

Por lo que, El Tribunal Constitucional resuelve aprobar la resolución 05/2003 de 24 de enero, pronunciada por Sala Social y Administrativa de la Corte Superior del Distrito de Cochabamba”.

Los contraderechos en la Sentencia Constitucional N° 0429/2003-R

Este caso es de suma importancia, de acuerdo con el concepto sostenido respecto de los contraderechos, porque el derecho de protesta se transforma en contraderechos, pues, si bien el máximo dirigente de los productores de coca y a los que representa, puede ejercitar de su derecho fundamental de libre expresión, contenido en el derecho a protesta, petición y otros, procede a tomar como bandera este derecho para impedir el libre tránsito y el normal desarrollo de las actividades de ese sector, lesionando así los derechos fundamentales de vida, locomoción, comercio, trabajo, a la seguridad, a la propiedad privada no sólo de la recurrente, sino de todas las personas que viven en la región del Chapare.

Además, el artículo 28 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone: “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático”. Lo que significa que ninguna persona puede ejercer de manera irrestricta y arbitraria sus derechos, en desmedro de los derechos de los demás.

Y, aunque el recurrido y los que conforman el sector de los productores de coca se organizaron para defender los intereses y metas de ese rubro, expresando sus quejas y protestas, éstos están limitados por el respeto a los derechos de los demás, el orden público o la salud según el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que esta sujeto a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o por la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública*. Prohíbe toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que cons-

tituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

El artículo 16 del mismo instrumento legal limita el derecho a la libertad de asociación, al señalar que si bien todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, políticos, económicos, laborales o de cualquiera otra índole el ejercicio de este derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la *seguridad nacional, de la seguridad o del orden público o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás*.

Y, por último, el artículo 7 de la Constitución de 1967 (vigente a momento de la tramitación de este recurso) limita también el derecho a la libertad de expresión.

Es así que el bloqueo de caminos y las movilizaciones violentas, constituyen un uso abusivo de los derechos, concretamente constituyen la degeneración del derecho de protesta, convirtiéndose en un contraderecho, pues opera en contra de los derechos de los demás.

V. I. Fundamentación jurídica del contraderecho

El contraderecho pretende tener sustento jurídico por las siguientes razones:

a) Para tener sustento jurídico, el contraderecho recurre a las cláusulas programáticas de una Constitución. Es decir que es ejercitado en virtud del reconocimiento que la Constitución Política del Estado hace respecto de él, pudiendo ser el derecho a la vida, a la salud, a la seguridad, a la libre expresión. Volviendo al caso de los manifestantes que bloquean las calles y otras vías de circulación que expresan protestas respecto de uno o varios temas, se puede decir que, el contraderecho de protesta ensaya su metamorfosis como derecho inferido, esto es como una conducta constitucionalmente amparada, deducible de algún derecho constitucional más amplio, que lo cubriría. Es decir que, el derecho de protesta degenera en contraderechos, bajo la excusa de estar reconocido y garantizado por la propia Constitución.

Razón por la que el contraderecho pretende presentarse simplemente como *oposición* respecto al derecho del afectado, es decir que existe un conflicto de derecho, pero nunca su abuso. “El contraderecho intenta presentar la oposición entre él y el derecho del afectado como una suerte de *conflicto de derechos*, (...) el derecho de C de expresarse (cortando la ruta), contra el derecho de D de circular libremente (...) En tal juego dialéctico, el antiderecho o contraderecho se *viste* de derecho y aspira a ser, como vimos, el derecho prevaleciente”²⁹.

b) El contraderecho pretende también tener base jurídica al justificarse en fundamentos extranormativos mucho más robustos, de corte supralegal y aun supraconstitucional, como los valores justicia, igualdad, solidaridad o cooperación, adaptados por ideologías contestatarias del régimen político en vigor, es decir, por posiciones diferentes a la del gobierno actual. “Desde una perspectiva

²⁹ Ídem, p. 460.

marxista muchos de estos derechos tienen así una explicación muy simple –como herramientas de lucha de clases–. En este esquema, en efecto, la agresión queda justificada no tanto como acto retributivo del explotado hacia el Estado explotador, sino del explotado contra la clase explotadora (de la que en definitiva, el Estado sería una herramienta)” (p. 460).

Por lo expuesto, el derecho a reunirse y ejercer el derecho a la protesta, respecto diversos temas –ya sean políticos, sociales, económicos, culturales u otros–, no hace nacer el derecho a impedir que los habitantes ejerciten su derecho constitucional de circular libremente por el territorio nacional. Es decir, que “importa una perversión de la Constitución extraer de algunos derechos constitucionales *antiderechos* o *contraderechos* dañinos de la seguridad de las personas, o sea, de su tranquilidad, de su integridad física o de sus bienes” (p. 463).

V. Libertad de expresión en la Bolivia reciente, desafíos e insuficiencias

La libertad de expresión se ha consolidado en Bolivia como un derecho democrático desde la recuperación y maduración del proceso democrático hace casi ya tres décadas. Este proceso ha permitido visibilizar los derechos ciudadanos y el desempeño de las agencias públicas frente a sus expectativas de inclusión y desarrollo, una combinación que, en muchos casos ha generado distorsiones en el *orden público* y que no pueden ser resueltas sólo por el poder punitivo.

Paradójicamente, en los últimos años se han producido denuncias respecto del pleno ejercicio de la libertad de expresión³⁰, concretamente vinculadas a episodios de protestas sociales, en los que varios medios reclamaron restricciones en el acceso a las fuentes de información o favoritismo a medios de propiedad del gobierno y por incidentes en los se produjeron agresiones contra periodistas³¹.

El escenario actual, tanto por la aprobación de la nueva Constitución Política del Estado, tanto por la dinámica política de una sociedad compleja como la nuestra, muestra la obsolescencia de normas como la Ley de Imprenta (vigente aún en Bolivia pero que data de principios del siglo XX) y la necesidad de tratar los nuevos principios rectores y paradigmas que presenta la nueva Constitución Política del Estado (CPE), entre ellos el próximo apartado denominado Comunicación social, perteneciente al Título II, Derechos Fundamentales y Garantías, de la Primera Parte de la Constitución.

³⁰ Tal vez el caso más controvertido sea el del comentarista de radio y televisión Jorge Melgar Quete detenido en el penal de San Pedro, acusado de incitar al racismo, el genocidio y atentados contra el gobierno. Para una mayor referencia ver: www.la-razon.com/versio nes/20081014_006425/nota_256_689529.htm; www.laprensa.com.bo/noticias/14-10-08/14_10_08_poli1.php.

³¹ Las denuncias de atropellos y violaciones a la libertad de expresión, de información pueden ser revisadas en las publicaciones de la Asociación Nacional de Periodistas, asimismo Periodistas sin Fronteras ha calificado al Estado boliviano en el puesto 95 del ránking mundial. Se debe señalar que Bolivia cayó 75 escaños en este ránking desde 2006. Para una mayor información ver la página de la ANP, asimismo: www.laprensa.com.bo/noticias/21-10-09/noticias.php?nota=21_10_09_alfi3.php.

VI. Comunicación social

“Art. 106

- I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.
- II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.
- III. El Estado garantiza a las trabajadoras y los trabajadores de la prensa, la libertad de expresión, el derecho a la comunicación y a la información.
- IV. Se reconoce la cláusula de conciencia de los trabajadores de la información”.

“Art. 107

- I. Los medios de comunicación social deberán contribuir a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país, con la producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados.
- II. La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.
- III. Los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios.
- IV. El Estado apoyará la creación de medios de comunicación comunitarios en igualdad de condiciones y oportunidades”.

Cabe destacar el parágrafo II del artículo 107, que señala el respeto por los principios de veracidad y responsabilidad, asimismo señala que estos principios se ejercerán conforme a las normas de ética y la autorregulación de las organizaciones de periodistas, medios de comunicación y su ley. Este principio de reserva legal (“su ley” de los periodistas y medios de comunicación) generan el espacio y tiempo político para el tratamiento de una nueva legislación en esta materia que reemplace a la antigua Ley de Imprenta.

Asimismo cabe la reflexión acerca del nuevo paradigma del control social que se rescata en la nueva Constitución como parte de las instancias de Defensa de la Sociedad. La CPE vigente consagra dos artículos al referido control social.

VII. Participación y control social

“Artículo 241

- I. El pueblo soberano, por medio de la sociedad civil organizada, participará en el diseño de las políticas públicas.
- II. La sociedad civil organizada ejercerá el control social a la gestión pública en todos los niveles del Estado, y a las empresas e instituciones públicas, mixtas y privadas que administren recursos fiscales.
- III. Ejercerá control social a la calidad de los servicios públicos .
- IV. La Ley establecerá el marco general para el ejercicio del control social.
- V. La sociedad civil se organizará para definir la estructura y composición de la participación y control social.
- VI. Las entidades del Estado generarán espacios de participación y control social por parte de la sociedad”.

“Artículo 242

La participación y el control social implica, además de las previsiones establecidas en la Constitución y la ley:

1. Participar en la formulación de las políticas de Estado.
2. Apoyar al Órgano Legislativo en la construcción colectiva de las leyes.
3. Desarrollar el control social en todos los niveles del gobierno y las entidades territoriales autónomas, autárquicas, descentralizadas y desconcentradas.
4. Generar un manejo transparente de la información y del uso de los recursos en todos los espacios de la gestión pública. La información solicitada por el control social no podrá denegarse, y será entregada de manera completa, veraz, adecuada y oportuna.
5. Formular informes que fundamenten la solicitud de la revocatoria de mandato, de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución y la Ley.
6. Conocer y pronunciarse sobre los informes de gestión de los órganos y funciones del Estado.
7. Coordinar la planificación y control con los órganos y funciones del Estado.
8. Denunciar ante las instituciones correspondientes para la investigación y procesamiento, en los casos que se considere conveniente.
9. Colaborar en los procedimientos de observación pública para la designación de los cargos que correspondan.
10. Apoyar al órgano electoral en transparentar las postulaciones de los candidatos para los cargos públicos que correspondan”.

Como se evidencia, el control social tendrá una ley que establecerá sólo el marco general del ejercicio de participación y control social, dejando a las organizaciones de la sociedad civil la organización, estructura y composición del control social. Asimismo si bien no tendrá derecho de veto, será una de las instancias posiblemente más conflictivas en el ejercicio de sus competencias establecidas en los numerales del artículo 242 mencionado.

Asimismo si la protesta social debe canalizarse por este medio se tiene como requisito la corporativización del reclamo ciudadano, pues como señala claramente la CPE es la sociedad civil organizada, es decir, aquella que deviene en organización social, en movimiento social la que operará desde el control social, diluyendo la participación ciudadana.

Debe considerarse que importantes movimientos y organizaciones sociales lograron articular su incorporación al sistema político, lograron participar en los procesos electorales y asumir el gobierno. En este trayecto, son muy frecuentes los episodios en los que la violencia común y aquella teñida por la confrontación política han sido inducidos bajo el amparo de la libertad de expresión y generan alteraciones contra el orden público, afectando la integridad de las personas, sus derechos fundamentales y la de bienes públicos y privados, que no podrán encontrar mecanismos de resolución en el Control Social.

La capacidad del Estado para prevenir, contener o sancionar estos acontecimientos es limitada por la debilidad estructural del sistema judicial y particularmente penal; por los factores políticos que, según las circunstancias activan discursos de victimización o criminalización a conveniencia.

La ausencia de un sistema judicial que incorpore y reconozca mecanismos plurales y alternativos de resolución de conflictos domésticos (como la Justicia de Paz); la falta de mecanismos de atención a los reclamos ciudadanos frente a la gestión administrativa del Estado (déficit de derecho administrativo) y las

deficiencias estructurales del sistema penal y la crónica inestabilidad política, postergan la adopción de soluciones sustantivas, remitiendo una posible gestión de conflictividad sólo al campo político y la consecuente corporativización de la participación ciudadana.

Los conflictos y demandas sociales versus los medios para resolverlos, el papel de la jurisdicción y el derecho configuran una variable interesante para comprender la compleja relación entre el ejercicio de poder público, la jurisdicción (esto es el derecho y su aplicación en un espacio judicial), la seguridad y el desarrollo de las instituciones democráticas.

Siguiendo el razonamiento de que las reformas judiciales son contemporáneas al desarrollo de las nuevas democracias en la región, resulta explicable que el ejercicio pleno de los derechos ciudadanos, particularmente los derechos de libertad de expresión, abrieron la capacidad del reclamo social sostenido, por el cambio hacia mejores condiciones de vida y contra el ejercicio arbitrario del poder. Sin embargo, esta capacidad de emplazar al orden constituido con demandas sociales, tiene debilidades que afectan particularmente la forma pacífica de resolverlas. Una es su dependencia a los medios de comunicación para explicitarlos y difundirlos, así como la referencia al campo político de la protesta social mediante el control social, y finalmente la escasa o incorrecta utilización de los medios jurídicos para reclamar su atención y solución.

En un escenario en el que se develan las grandes diferencias, se promueven cambios estructurales y los rumbos son aún inciertos y, por tanto, el papel que puede jugar la jurisdicción es crítico. Muchos sectores sociales simplemente no acuden a los tribunales o no utilizan las vías correctas para canalizar sus reclamos. No existe una tradición de un Estado sometido al derecho y menos espacios de justicia administrativa bien desarrollados. Se puede considerar que esta actitud obedece también a que muchos ciudadanos antes tampoco pudieron acceder al sistema para reparar su situación o lograr que se les reconozca derechos elementales y arrastran una larga experiencia de frustraciones sobre la eficacia de instrumentos básicos. Pero tampoco otros sectores de clase media y empresarios tienen la mejor de las impresiones sobre su funcionamiento, con certezas y la necesaria seguridad jurídica.

Un estudio del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sobre el Estado de la Información en Bolivia da cuenta que “los bolivianos tienden a asociar, de manera espontánea, la percepción abstracta de las leyes al espacio sociopolítico: se trata de un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio destinado a definir un orden social estable y previsible y, con ello, proteger los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, en la práctica cotidiana estas no se cumplen y, por ello, incluso, si están bien hechas y son justas, el orden social que establecen termina beneficiando a quienes detentan el uso discrecional del poder; a unos cuantos, los más poderosos. (...) En general, los bolivianos cuestionan la legitimidad de las leyes y de las autoridades encargadas de su elaboración y cumplimiento. Ello plantea un tema mayor en cuanto hace a la percepción que tienen los bolivianos de la relación entre poder y legalidad: quienes detentan el poder de la elaboración y cumplimiento de las leyes, o bien las hacen a su medida, o las aplican de forma discrecional para su propio beneficio”.

Al margen del enunciado teórico, esta variable merece mayor cuidado en términos de diseño de la política pública, dado que es la que con mayor fre-

cuencia impacta en la credibilidad del sistema judicial. El uso del sistema punitivo del Estado ha sido y es una de las tentaciones para solucionar conflictos que no responden, precisamente, al propósito último del derecho penal. La posibilidad de privar de libertad al contendiente político, al burócrata encargado de solucionar una demanda social reclamada, al deudor privado o público, o para vindicar cualquier problema, aun si no fuera necesariamente un delito, fue y sigue siendo una práctica que distorsiona el uso de la jurisdicción.

Esta predisposición para acudir al sistema penal tiene que ver con otra debilidad del reclamo social: su dependencia a los medios de prensa. La exposición pública de ciertos hechos judicializables reclama, casi instintivamente, por los medios y comentaristas el inicio de causas criminales, en lo posible con medidas cautelares de detención inmediata. El sensacionalismo supera cualquier análisis sobre la pertinencia del reclamo, la competencia aplicable y más aún sobre las presunciones de inocencia o el debido proceso. Los casos en los que se da cuenta de daños civiles a entidades públicas tiende a ser asociado con corrupción y se promueven causas penales muchas veces a instancias de una irresistible presión mediática, no siempre bien orientada.

La complejidad de otro tipo de acciones legales, administrativas o jurisdiccionales, que no sean las criminales –en algunos con normas obsoletas o en otros con muy nuevas que no se conocen–, llevan a los sectores sociales a generar ambientes de conflicto muchas veces innecesarios o que bien podrían resolverse por la jurisdicción, en paz y con resultados que atiendan las expectativas colectivas. La responsabilidad en discernir estos aspectos es generalmente compartida entre los líderes y las autoridades concernidas.

Entre los episodios políticos más importantes y que según analistas políticos inició la última crisis y transformación política en Bolivia fue la denominada Guerra del Agua. En el año 2001, los usuarios del sistema de agua potable y alcantarillado de la ciudad de Cochabamba generaron una protesta ciudadana por los incrementos en las facturas de servicio y por la ilegalidad del contrato de concesión del servicio a una firma de capitales extranjeros. Las manifestaciones públicas derivaron en violencia incontenible en toda la ciudad, sólo cesaron con la intervención de fuerzas policiales y de las Fuerzas Armadas, lamentándose víctimas y serios destrozos. Esta *guerra* pudo evitarse activando a tiempo las medidas cautelares de competencia del régimen regulatorio, que protegen a los usuarios, y activando la competencia contencioso-administrativa para anular o modificar el contrato impugnado, soluciones en todo caso más pacíficas pero que no generan movilización de simpatía política alguna.

Un par de años después, en el año 2003, se produjo la Guerra del Gas, en las ciudades de La Paz y El Alto, con movilizaciones aún más violentas y que cobraron decenas de víctimas y daños materiales. Las consecuencias políticas fueron decisivas para la renuncia del Presidente de la República de ese momento, el cambio del gobierno y el inicio de juicios criminales de responsabilidad por las muertes producidas. Las protestas públicas respondieron más al rechazo de una política pública del gobierno –la potencial venta de este recurso a mercados del norte a través de Chile– que a hechos concretos, susceptibles de ser resueltos por el sistema judicial, como en el tema del agua en Cochabamba. Pero, aun así, corresponde analizar si el descontento público sólo pudo lograr resultados con manifestaciones violentas. La representación política de esa población en el

Congreso disponía de los mecanismos democráticos para interpelar y ajustar la conducción del gobierno junto a otros mecanismos democráticos de equilibrio y control como el Poder Judicial, el órgano de control y fiscalización, etc. Todos estos instrumentos de la democracia liberal probaron su inutilidad para frenar la práctica de las movilizaciones sociales, que resultan decisivas para el logro de objetivos políticos concretos, generalmente combinados con las demandas legítimas de los sectores movilizados.

En tiempos de intensa confrontación política, o de incesantes reclamos sociales no atendidos, son las dimensiones de la capacidad de movilización, más que la razón jurídica o el mérito de una política, menos las instituciones democráticas, las que acaban definiendo el curso de las acciones.

El uso de la jurisdicción penal es frecuentemente aprovechado por el gobierno o las autoridades de agencias públicas para poner presión política sobre quienes estiman que políticamente deben recibirla, indistintamente de que existan otros mecanismos administrativos o jurisdiccionales para atender sus reclamos, lo que resulta secundario que exista el mérito suficiente para iniciar una causa. El rol que cumple un Ministerio Público, tradicionalmente cooptado por el gobierno de turno, es instrumental para estos fines.

VIII. Inexistencia de justicia de paz y déficit de derecho administrativo

El *acceso* a la justicia fue identificado como el primer y más importante desafío del sistema judicial³². La ausencia del Estado a través de juzgados competentes o cualquier modalidad de servicio judicial en dos terceras partes del total de municipios, refleja ostensiblemente esa falencia y explica, al mismo tiempo, las dificultades de los ciudadanos para reclamar por sus derechos y, en alguna medida, el creciente nivel de inseguridad por injusticiamientos por mano propia u otros mecanismos no convencionales de resolución de conflictos, ajenos a las garantías fundamentales como el debido proceso y el respeto por la misma vida y la integridad de las personas.

La Justicia de Paz fue consignada en la primera Constitución de Bolivia como una capacidad para instruir derechos y resolver conflictos en equidad, debiendo existir en cada pueblo. Por diversas razones no explicables esta competencia que se mantuvo en el orden constitucional, desapareció en los años 40 hasta enero de 2006, cuando se restituyó mediante la ley que introdujo enmiendas a la Organización Judicial. Lamentablemente nunca fue puesta en práctica ni la nueva Constitución la recogió. Paralelamente surgieron algunas iniciativas con los denominados “Centros Integrados de Justicia” promovidos por la cooperación internacional que inicialmente enfocó su atención a las reformas penales. La competencia de la Justicia de Paz, no letrada, es esencial para el empoderamiento ciudadano y, sobre todo, de los más desposeídos o pobres que no pueden acceder a los sistemas formales. La Justicia de Paz es un de los grandes temas pendientes de la reforma judicial, no es ajena a la justicia indígena o comunitaria y abre desafíos interesantes en materia de descentralización o vín-

³² Sobre este tema véase: Corte Suprema, Bolivia, 2004.

culos con el poder local, ya sean gobiernos municipales o regionales que promuevan o sostengan su instalación.

En términos generales, el Estado boliviano no ha tenido mayor aptitud o vocación para el desarrollo de un Derecho Administrativo, esto es una jurisdicción accesible que conozca y resuelva las controversias entre la administración y los administrados. En Bolivia, el Estado disponía de estos espacios de jurisdicción administrativa, básicamente para que actúe frente al ciudadano, como la Jurisdicción Tributaria o la Jurisdicción Coactiva Fiscal, Social, etc., para recuperar tributos, cobrar aportes del régimen de seguridad social o cargos de responsabilidad civil por la vía coactiva. Mas no dispuso ni se crearon similares niveles de remedio para los reclamos de los ciudadanos frente a la Administración. El ciudadano no disponía, y todavía carece de espacios de competencia accesible y directa para demandar la actuación de todas las agencias o entidades públicas.

El Régimen de Regulación Sectorial establecido a principio de los años 90, incluido el empoderamiento de los vecinos frente a sus gobiernos municipales, generó un crecimiento extraordinario de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ante la Corte Suprema de Justicia que en los primeros cinco años a partir de 2000 advirtió un crecimiento de esta materia en más del 700% frente a los cinco años anteriores, y el Tribunal Constitucional recibió también un creciente número de asuntos vinculados a reclamos de ciudadanos frente a la Administración pública, a través de los recursos de amparo constitucional, que representan más del 50% de su carga de atención. Una faceta del “empoderamiento” ciudadano se expresa en su capacidad de impugnar los actos de la administración pública, valor democrático que fue venciendo gradualmente una tradicional postura del Estado centralista, reacio a ser demandado por sus administrados. La nueva Constitución del Estado Plurinacional no incorpora referencia alguna a la jurisdicción contencioso-administrativa, omisión que contrasta con la incorporación y expansión de nuevos derechos y garantías ciudadanas, que deben ser garantizadas y provistas por el Estado.

Cabe también agregar que si bien las protestas sociales se manifestaron en ámbitos sectoriales, apuntando sus reclamos al Estado en general, los denominados movimientos sociales que las capitalizan, lograron en el último tiempo amplificar y universalizar el cuestionamiento a los modelos tradicionales de la gestión pública. Las movimientos sociales abarcaron un amplio espectro de la protesta social, desde temas referidos a servicios públicos como el agua en Cochabamba (2000), pasando por política de hidrocarburos en La Paz (2003), infraestructura básica y empleo en todo el país y sin tregua, rechazo a legislación penal especial para el sector del autotransporte (2010) hasta las marchas y vigiliadas para presionar la aprobación de la Nueva Constitución.

La nueva Constitución en su artículo 10 señala que Bolivia es un Estado pacifista que promueve la cultura de paz y el derecho a la paz. Será este artículo el cual deberá ser el cimiento para repensar formas y maneras de desjudicializar los conflictos sociales, sin embargo para ello es necesario afrontar un cambio en el *habitus* de los juristas, que tiende a concebir el conflicto adversarial y litigante, sin permitirse avanzar a la resolución alternativa de conflictos y a una Justicia de Paz no letrada.

IX. Reflexiones finales

Bolivia ha adoptado una nueva Constitución y ha elegido un nuevo gobierno en el 2009, el proceso de intensas transformaciones estructurales es crítico para asumir las lecciones del pasado y enfrentar los nuevos desafíos constructivamente, pese al escepticismo en el corto plazo.

El nuevo orden constitucional tiene el desafío de promover y generar estabilidad en diferentes ámbitos, particularmente políticos y sociales, de lograr equilibrios sostenibles entre los nuevos factores de poder, con pluralismo político y para cubrir expectativas ciudadanas. Tiene relación con el fortalecimiento político-institucional democrático, capaz de atender las antiguas y nuevas expectativas y demandas sociales, todo en el marco de la vigencia plena de la Constitución.

En materia penal, la introducción del “pluralismo jurídico” como fundamento del nuevo Estado contribuye a visibilizar e incorporar ya no subsidiariamente, sino de manera plena y funcional a otros sistemas de producción normativa y procesal, como aquellos de los pueblos originarios e indígenas, con múltiples expresiones de interculturalidad e interlegalidad, a un espacio más imaginativo, de mayor justicia y menor manipulación política, tradicionalmente ejercida por el Estado central, sin políticas públicas bien informadas, orientada a restar o criminalizar las protestas sociales.

Es imprescindible insistir en la formulación de una política criminal fundada en una capacidad establecida y sostenida por el Estado, capaz de reunir y difundir información estadística confiable, orientada a respaldar las transformaciones del sistema penal boliviano.

La criminalización de la protesta social en Bolivia ha sido selectiva y ha caracterizado a los modelos de políticas neoliberales del pasado inmediato. Paradójicamente, permanece como una característica aún presente en el régimen político posconstituyente de orientación más bien igualitaria, cercana a la discursividad socialista. Sin embargo, simplemente han variado algunos de sus destinatarios y las intensidades. La judicialización de determinados conflictos refleja en muchos la explícita conveniencia de una afinidad u oposición política e ideológica. Otras medidas como la multiplicación de tipos penales, incremento de penas, reducción de las garantías procesales, la militarización creciente para la seguridad ciudadana y la estigmatización de sectores opositores desalientan por criminalización, el ejercicio de la libertad de expresión y la protesta legítima.

COLOMBIA

Rodrigo Uprimny
y Luz María Sánchez Duque

Derecho penal y protesta social*

I. Breve introducción

Una de las apuestas de la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991 fue romper con la tradición del Estado de sitio que operó casi de modo permanente durante la segunda mitad del siglo XX¹. Bajo su amparo, las graves restricciones o incluso las suspensiones totales de los derechos individuales y la represión de la protesta social se convirtieron en rasgos característicos de la vida política. Protestar en tal contexto era un delito, no un derecho. En efecto, el artículo 1 del decreto 2195 de 1976 expedido por el gobierno de Alfonso López Michelsen disponía: “Quienes reunidos perturben el pacífico desarrollo de las actividades sociales; realicen reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales; (...) ejecuten o coloquen escritos ultrajantes en lugar público o abierto al público (...) incurrirán en arresto inmutable hasta de ciento ochenta días”. Igualmente, el Estatuto de Seguridad de 1978 expedido por el gobierno de Julio César Turbay tipificó como delitos la “perturbación del orden público”, la alteración del “pacífico desarrollo de las actividades sociales”, y la “ocupación de lugares públicos o privados para presionar decisiones de las autoridades”.

Para evitar que decretos como los señalados pudieran volver a ser expedidos y ser admitidos como válidos, los constituyentes no sólo impusieron condiciones más estrictas para la declaratoria de los Estados de excepción y establecieron mayores límites y controles al poder presidencial durante tales Estados, sino que además consagraron como derecho fundamental el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, y dispusieron que la limitación al ejercicio de este derecho sólo puede establecerse mediante ley (art. 37, CN). Además, la Constitución también incorpora el derecho a la libertad de expresión (art. 20, CN), íntimamente vinculado al derecho a la protesta.

* Manifestamos nuestro agradecimiento a Liliana Ávila, Elizabeth Gómez y Luz Marina Arroyave, integrantes de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; y a Jomary Ortigón y Ximena González del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, quienes de modo generoso nos proporcionaron información sobre algunos de los casos relatados en este artículo. Igualmente agradecemos al estudiante Álvaro Frías por su colaboración en la recolección de insumos valiosos para la realización de este trabajo.

¹ Según lo muestra el autor Mauricio García, durante la segunda mitad del siglo XX Colombia vivió más de las dos terceras partes de su tiempo en Estado de sitio. Al respecto ver: García, Mauricio, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Santos, Boaventura de Sousa y García, Mauricio (dirs.), *El Kaleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.

Estas regulaciones constituyen un avance frente a la Constitución de 1886, la cual sólo consagraba el derecho a la reunión pacífica, no a la manifestación, y advertía expresamente que las autoridades podían “disolver toda reunión que degenera en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas” (art. 46, CN de 1886). En consonancia con esta reserva legal en materia del derecho a la protesta y con los límites que en la Constitución de 1991 fueron impuestos a los Estados de excepción, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (ley 137 de 1994) dispuso expresamente que en virtud de las facultades que se derivan de la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el gobierno no puede tipificar como delito los actos legítimos de protesta social (art. 44). En el mismo sentido, en una de sus primeras sentencias, la Corte Constitucional advirtió que “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*”² y que en todo caso para que las limitaciones a este derecho sean constitucionalmente aceptables deben estar orientadas a evitar perturbaciones graves e inminentes en materia de orden público.

La protesta social pacífica es pues un derecho constitucional en Colombia y, como tal, no puede ser criminalizada, ni aún bajo Estado de excepción. Sin embargo, no todo tipo de protesta goza de protección constitucional. En varias oportunidades, la Corte Constitucional ha enfatizado que el uso de la violencia con fines políticos es inadmisibles en el marco de un Estado democrático de derecho porque tal uso elude el camino abierto por los mecanismos institucionales previstos para permitir la participación popular y canalizar los reclamos de los ciudadanos. Según la Corte, “en el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria del mandato, el principio de soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad”³.

Ahora, si bien resulta admisible la penalización de actos de protesta violenta, debe estar estrictamente definida por la ley y operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo la premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta.

En cuanto al nivel de riesgo que se da en la tipicidad, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH se refirió a los límites que impone el sistema interamericano a la tipificación de conductas que entrañan el ejercicio del derecho a la protesta y manifestó su preocupación por “la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una

² Corte Constitucional, Sentencia T-456 de 1992, MP Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional, sentencia C-009 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto ver también las Sentencias C-127 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero y C-456 de 1997, MP Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

protesta, los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas”⁴. El ejercicio del derecho a la reunión y a la manifestación puede afectar las rutinas sociales y generar algunos traumatismos en el transcurso cotidiano de las actividades, pero esto no puede justificar el tratamiento penal de las conductas.

Conforme a lo anterior, el uso del derecho penal frente a la protesta social encarna riesgos diversos en distintos niveles. De un lado, podemos encontrar peligros derivados de la ley penal misma y, de otro lado, podemos encontrar problemas en la aplicación de disposiciones penales, que podrían ser legítimas en abstracto, pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los órganos investigadores o los jueces. Brevemente explicamos estas dos formas de riesgos de criminalización de la protesta social legítima.

Los riesgos a nivel de la tipificación de las conductas o de la ley penal pueden ser al menos de tres clases diferentes:

1) La ley puede consagrar como delitos conductas que, de conformidad con la perspectiva constitucional del derecho penal mínimo, en sí mismas no pueden ser objeto de tratamiento penal puesto que se trata de legítimos actos de protesta social: un ejemplo en Colombia sería la sanción penal del ultraje a los símbolos patrios.

2) La ley puede prever como delito una conducta que en principio amerita ser criminalizada, pero el tipo penal puede ser ambiguo o tener una dosis considerable de indeterminación que favorecen interpretaciones extensivas que desembocan en la criminalización de conductas que no ameritan tratamiento penal. Un ejemplo en Colombia es la regulación penal del terrorismo. 3) La ley penal puede prever como delito una conducta que puede o debe ser objeto de reproche penal, pero la penalización puede ser desproporcionada, al prever una punición excesiva.

En segundo lugar, existen riesgos a nivel de la aplicación concreta de los tipos penales por parte de los operadores del sistema penal, a saber, las autoridades de policía, fiscales y jueces. En este escenario, se materializan los riesgos que se dan en el nivel de la tipificación, bien porque se aplican normas que penalizan conductas no sancionables, o porque se aplican tipos indeterminados. Pero además, se presentan riesgos por el uso abusivo del derecho penal a través de la aplicación de tipos penales que en sí mismos no resultan problemáticos, pero que se instrumentalizan para reprimir ilegítimamente la protesta social.

Ahora bien, en el contexto colombiano las previsiones constitucionales comportan un notable avance en relación con el escenario anterior a 1991. Las disposiciones que de modo abierto y directo penalizaban el ejercicio de la protesta pacífica en sí mismo no tienen cabida en el ordenamiento penal. Incluso a través de la acción de inconstitucionalidad se han retirado del Código Penal disposiciones que constituían una amenaza para el libre ejercicio de la protesta, tal

⁴ Relatoría para la Libertad de Expresión CIDH, *La Agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes*, disponible en www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=212.

como sucedió con la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de ultraje a la bandera. Sin embargo, los riesgos en este nivel persisten pues aún existen tipos penales que resultan problemáticos en este sentido.

En lo que respecta al nivel de riesgo que se da en la aplicación, los problemas varían según la entidad de los agentes del sistema penal. Así, es factible que el riesgo del uso abusivo del derecho penal se concrete en las etapas iniciales de un proceso de criminalización –la detención o la investigación en la Fiscalía– y que en muchos casos se quede simplemente ahí, mientras que es más factible que los casos de aplicación de tipos penales problemáticos lleguen a instancias más avanzadas –el juicio o la condena–. Cabe advertir que, en este texto, se entiende que la criminalización existe con la sola detención del participante en un acto de protesta, o con la simple apertura de una indagación preliminar por parte de la Fiscalía, con independencia de que tal indagación desemboque en la apertura de un proceso penal y de que tal proceso culmine con una sentencia condenatoria. Aunque claramente cabe distinguir grados de intensidad en la criminalización pues no es lo mismo la apertura de una indagación preliminar que no conduce finalmente a la formulación de acusación, a la condena en virtud de la cual la persona es sometida a una pena privativa de la libertad, en materia de protesta social muchas veces las restricciones a la libertad de expresión operan a través del despliegue inicial de dispositivos penales como formas de amedrentamiento para desalentar la protesta en casos en los que se sabe de antemano la dificultad de que se concrete una condena o, incluso, de que se adelante un proceso penal hasta la etapa del juicio.

Por otro lado, es importante advertir que en el contexto colombiano la existencia del conflicto armado interno favorece otras formas de criminalización de la protesta que se sustentan en el señalamiento público de la infiltración de grupos guerrilleros en las movilizaciones sociales. Bajo esta perspectiva, y particularmente con ocasión de la política de seguridad democrática de los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), es usual la judicialización de activistas por delitos asociados al conflicto armado.

De acuerdo con el esquema de los distintos niveles de riesgo en la criminalización de la protesta, el presente documento analiza los tipos penales que en el contexto colombiano pueden ser utilizados para reprimir la protesta social, bien sea por su estructura típica o por el uso desproporcionado que le pueden dar las autoridades de policía, la fiscalía o los jueces. Igualmente, partiendo de la base de que la existencia de un conflicto armado interno en Colombia introduce particularidades en las formas de criminalización de la protesta social, se seleccionaron los delitos que usualmente son utilizados para reprimir la pertenencia a organizaciones armadas al margen de la ley, especialmente a organizaciones guerrilleras, a saber, el delito de rebelión y el concierto para delinquir.

Los anteriores propósitos explican la estructura del documento, primeramente analizaremos los tipos penales riesgosos para la protesta social en tiempos ordinarios, para luego estudiar los tipos penales problemáticos debido especialmente al contexto de conflicto armado y presencia de organizaciones criminales. Continuaremos con un caso de retiro del ordenamiento jurídico por vía de jurisprudencia constitucional de un tipo penal que podía también potencialmente limitar la protesta social. Y, finalmente, se presentan las conclusiones.

II. Tipos penales riesgosos en todo tiempo

II. A. El delito de asonada

La protesta social violenta orientada a exigir un acto u omisión a las autoridades ha sido desde tiempo atrás catalogada como delito⁵. El artículo 469 del Código Penal vigente (ley 599 año 2000) –que es una reproducción exacta del artículo 128 del Código Penal de 1980– define así este delito bajo la denominación de asonada: “Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses”. La tipificación de esta conducta fue impugnada ante la Corte Constitucional bajo la idea de que la asonada, en tanto mecanismo del pueblo para hacerse escuchar, constituía un derecho que, como tal, no podía ser objeto de criminalización. La Corte rechazó este planteamiento con base en las ya referidas ideas sobre la proscripción de la violencia. Concretamente dijo: “El artículo 128 de la ley sub examine tipifica no la simple reunión o tumulto, sino que especifica más aún la conducta, pues proscribela exigencia violenta, lo cual es apenas obvio, ya que dentro de un Estado de Derecho no se puede tolerar el empleo de la violencia –que es la situación resultante de la negación del derecho–”⁶.

Antes de hacer referencia a los elementos constitutivos del delito de asonada, conviene precisar que este se encuentra incluido en el Código Penal dentro del título de los delitos contra la seguridad y la existencia del Estado y ha sido considerado, al lado de la rebelión y la sedición, como un delito político. Ahora bien, el hecho de que esta modalidad de protesta social violenta sea catalogada como un delito político tiene importancia en la medida en que históricamente se ha reconocido en Colombia un estatus especial al delincuente político. Así, la propia Constitución de 1991 dispone la posibilidad de conceder amnistías e indultos por delitos políticos, prohíbe la extradición en estos casos y no implica las inhabilidades para participar en la elección a cargos públicos.

Una decisión adoptada por el Tribunal Superior de Medellín en el año 1982 pone en evidencia el alcance de esta caracterización de la asonada como delito político. A este Tribunal llegó en apelación el proceso adelantado en contra de un grupo de estudiantes universitarios que habían sido condenados en un Consejo de Guerra Verbal a la pena de 24 años de prisión por la comisión de las conductas establecidas en el artículo 5 del decreto 1923 de 1978, más conocido como Estatuto de Seguridad. Este decreto, expedido por el gobierno de Julio César Turbay bajo el amparo del Estado de sitio, constituye en la historia jurídica colombiana el estatuto de represión por antonomasia, pues no sólo criminalizó actos

⁵ El art. 217 del CP de 1890 contenía la siguiente tipificación: “Es motín o asonada el movimiento insubordinado y reunión ilegal y turbulenta de una parte del pueblo, o de una porción de individuos, que por lo menos llegue a veinte, mancomunados para exigir con la fuerza o con gritos, insultos o amenazas, que las autoridades o los funcionarios públicos, como tales hagan o dejen de hacer una cosa justa o injusta, sin llegar a ninguno de los casos que constituyen sedición”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

legítimos de protesta, sino que estableció el juzgamiento de civiles por militares lo cual implicó un claro menoscabo a las garantías individuales. La decisión de primera instancia en este caso se produjo pues en un contexto de fuerte represión social. Sin embargo, durante el trámite de la segunda instancia, bajo el mandato del recién posesionado presidente Belisario Betancur, se expidió la ley 35 de 1982 que decretó una amnistía general e incondicional a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de dicha ley, excluyendo únicamente los homicidios fuera de combate que hubieran sido cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.

En vista de este nuevo contexto normativo, el Tribunal procedió a evaluar el caso al margen de la tipificación efectuada por el Consejo de Guerra, preguntándose si cabía conceder la amnistía a los estudiantes, quienes habían sido condenados tras participar en una protesta en contra de la presencia del vicepresidente de los Estados Unidos en el curso de la cual los estudiantes incendiaron un vehículo oficial causando la muerte de uno de sus tres ocupantes. El Tribunal concedió la amnistía al considerar que la conducta de los estudiantes encajaba en el delito de asonada –reconocido en la misma Ley de Amnistía como un delito político–, el cual se había dado en conexidad con los delitos de homicidio, incendio y terrorismo, ninguno de los cuales caía en las exclusiones previstas en la misma ley. Al referirse al delito de asonada dijo el Tribunal: “Se ve, pues, con diáfana claridad, el carácter sociopolítico del acontecimiento total: no porque se trate de hechos ejecutados por un movimiento armado, o de un grupo de rebeldes o sediciosos, sino porque se ejecutaron en el curso de una típica asonada, es decir, de una manifestación tumultaria y violenta cuya finalidad era perturbar el orden público, alterar la paz social y requerir de las autoridades nacionales la salida del país del entonces vicepresidente de los Estados Unidos”⁷.

Aunque en los últimos años se ha generado en Colombia una controversia pública en torno a la conveniencia y legitimidad de la conservación de la categoría de delito político, y se ha llegado incluso a proponer su eliminación del ordenamiento jurídico, lo cierto es que tanto en la Constitución como en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la categoría tiene vigencia y, en tal sentido, no resulta irrelevante la reconocida naturaleza política de la asonada en términos de los eventuales beneficios que pueden ser reconocidos a quienes sean procesados o condenados por este delito.

Ahora bien, en lo que respecta a la doctrina penal sobre el delito de asonada, sin duda el aspecto más problemático lo constituye la definición de lo que ha de considerarse como “exigencia violenta”. Los elementos objetivos del tipo penal son tres: un sujeto activo colectivo que constituye un presupuesto para que efectivamente se puede hablar de la existencia de una “forma tumultaria”; un sujeto pasivo que es el Estado, y más concretamente la autoridad pública, cuya acción u omisión se reclama y, por último, la conducta que consiste en exigir tumultuaria y violentamente a la autoridad un acto propio de sus funciones.

⁷ Tribunal Superior de Medellín, decisión del 3 de diciembre de 1982, MP Juan Fernández Carrasquilla, en Nuevo Foro Penal, V. 5, N° 20, Bogotá, julio-agosto 1983, p. 525.

Sobre los dos primeros no se advierten mayores discusiones. Es el último elemento el que abriga más confusiones, en particular porque para que la conducta sea punible se requiere de la existencia del tumulto, pero además de la violencia. Sin embargo, el desorden y la gritería que por definición hacen parte del tumulto pueden llegar a ser interpretadas como expresiones de violencia y, de este modo, el simple tumulto podría terminar siendo penalizado. Aunque esto claramente contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al pronunciarse sobre el delito de asonada resaltó que la norma no penalizaba el simple tumulto, la doctrina penal sobre la materia no aporta muchas luces a la hora de distinguir los elementos normativos de la conducta y, de hecho, en algunos casos favorece la criminalización de expresiones legítimas de la protesta.

Al referirse a la exigencia violenta como elemento normativo de la asonada, los doctrinantes concuerdan en caracterizarla como una forma de coacción sobre la autoridad⁸. Sin embargo, al explicar en qué consiste tal coacción, muchas veces terminan identificándola con las características del tumulto. Así, para diferenciar la asonada de los otros delitos contra el régimen constitucional previstos en el Código Penal (la rebelión y la sedición), se ha advertido que aquella “no es violencia armada, es más que todo desorden, griterío, vociferación”⁹, con lo cual se termina reduciendo el delito al acto tumultuoso. En el mismo sentido, se ha indicado que la violencia que caracteriza a la asonada es “una violencia psicológica que mediante la amenaza, los gritos, insultos y gestos coloquen a la autoridad en situación de temor y bajo la creencia de que el uso de la fuerza física es inminente”¹⁰; o que se trata de una “acción precedida por la fuerza material (pedreas, ataques físicos, rotura de vidrios, destrucción de vehículos, etc.), o por amenazas, o por cualquier otra forma propia o característica de medios violentos prohibidos, como las vociferaciones, injurias, desprecios o agresiones parecidas, e incluso, con cartelones escritos de grandes caracteres, portadores de lemas, expresiones o textos insultantes, o con manifestaciones simbólicas que encierren un claro contenido ofensivo”¹¹. Definiciones como las expuestas diluyen la distinción entre tumulto y violencia, y de este modo convierten en delito el ejercicio de un derecho constitucional.

De otra parte, los ejemplos ofrecidos por algunos doctrinantes terminan reduciendo la asonada a una actitud amenazante frente a la autoridad, desprovista incluso del elemento tumultuario. Así, se ha indicado que “la exigencia de una multitud pasiva, que ni siquiera constituya por sí misma una amenaza silenciosa, un amedrentamiento presunto en su propio comportamiento, no es asonada. No obstante, sí podrá tratarse de una multitud formalmente pacífica, y hasta guardar cierto comportamiento ordenado, pero con actitudes amenazan-

⁸ Ver Valencia, Jorge Enrique, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, t. I, Doctrina y Ley, Bogotá, 2007, p. 359; Ferreira, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, t. II, Temis, Bogotá, 2006, p. 677; Cantillo, Milcíades, *Delitos Políticos*, Costa Norte, Cartagena, 1999, p. 84.

⁹ Ferreira, *Derecho Penal Especial*, cit., p. 678.

¹⁰ Cantillo, *Delitos Políticos*, cit., p. 84.

¹¹ Valencia, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, cit., p. 360.

tes, como rodear la edificación donde funciona un juzgado, para impedir la entrada o salida de jueces u obligarlos a adoptar ciertas medidas judiciales”¹².

Resulta dicente que las elaboraciones doctrinarias sobre el delito de asonada ni siquiera hagan mención al derecho de manifestación que consagra la Constitución. Se trata de un silencio elocuente si se tiene en cuenta que el delito colinda precisamente con este derecho y que, en consecuencia, la ausencia de un aporte desde la dogmática penal en la dilucidación de los elementos que demarcan al uno del otro aumenta los riesgos de criminalización de actos legítimos de protesta.

Ahora bien, en situaciones como esta en la cual los tipos penales contienen “claras” zonas de penumbra cuya intensidad incluso se incrementa por las construcciones dogmáticas, el poder de definición de los jueces al valorar cada caso concreto resulta determinante. Sin embargo, en el contexto colombiano la jurisprudencia del más alto tribunal en materia penal es escasa. En las dos últimas décadas, la Corte Suprema de Justicia ha proferido únicamente dos pronunciamientos en los cuales se inhibió de abrir investigaciones penales en contra de congresistas denunciados por el delito de asonada.

En el primer caso, la Corte se inhibió de abrir investigación en contra de un representante a la Cámara que fue denunciado por haberse reunido con un grupo de seguidores políticos frente a las instalaciones del Concejo Municipal de Vichada, con el objeto de manifestar públicamente su inconformidad frente a una decisión adoptada por dicho Concejo. La Corte Suprema se abstuvo de abrir investigación penal pues según las pruebas obrantes en el proceso no existió ninguna expresión de desorden ni ningún acto de violencia por parte de los manifestantes. Como fundamento de su decisión indicó:

“Es claro que no cualquier aglutinación de personas que tenga por finalidad promover un propósito común o expresar una inconformidad sectorial pueda interpretarse o calificarse de aglomeración tumultuaria y mucho menos que esa connotación sea dable hacer de ella con miras a caracterizarla como elemento estructural del delito de asonada y por ende, como un atentado contra la seguridad del Estado y sus instituciones.

Imprescindiblemente, para que se concrete la figura típica en referencia debe mediar una concreta y específica exigencia a la autoridad pública la que se pretende satisfacer a través de mecanismos violentos, es decir, con el empleo de la fuerza”¹³.

El segundo caso en el cual se pronunció la Corte Suprema se encuentra más alejado aún de configurar una asonada. Se trató de la investigación en contra de dos senadores (Enrique Gómez e Ingrid Betancourt) que fueron denunciados por difundir una carta en la que solicitaban la donación de dineros a fin de financiar una campaña para cambiar el gobierno del entonces presidente de la República Ernesto Samper Pizano. Es claro que en este caso no se cumplía ni siquiera uno de los elementos objetivos del tipo penal pues no hubo tumulto, ni

¹² Ferreira, *Derecho Penal Especial*, cit., p. 678.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 12.486, fallo del 21 de abril de 1998, MP Carlos Augusto Gálvez Argote.

exigencia alguna a la autoridad, ni mucho menos el uso de medios violentos. Por tal razón, con justificación evidente se abstuvo la Corte Suprema de abrir investigación. En la decisión en cuestión, advirtió el alto tribunal que “la expresión de la opinión política en un Estado social democrático de derecho jamás puede ser sancionada penalmente, ya que de contemplarse como delito, se desconocería el modelo y la filosofía que lo informan, para degenerar en un Estado totalitario, autocrático y despótico”¹⁴.

Los anteriores pronunciamientos de la Corte Suprema ofrecen pocas luces para iluminar los aspectos problemáticos en materia del delito de asonada pues los dos casos analizados se ubican claramente por fuera de la zona de penumbra de la norma penal. En efecto, el primero constituye un claro ejemplo de ejercicio del derecho de reunión y de manifestación consagrado en el artículo 37 de la Constitución: no hubo desorden, vociferaciones, amenazas, ni mucho menos el empleo de la fuerza física en contra de la autoridad. Y el segundo caso de hecho ni siquiera puede calificarse como un acto de protesta. Ahora bien, aunque en ambas providencias la Corte Suprema efectuó declaraciones generales en torno al alcance del delito de asonada, destacando que no cualquier aglomeración puede ser calificada como tal y que en todo caso la expresión de la opinión política no puede ser criminalizada, lo cierto es que no ofrecen criterios para demarcar con mayor claridad la frontera borrosa que se da en ciertos casos.

Un caso de uso abusivo del delito de asonada para reprimir un acto de protesta se dio en el mes de mayo de 2008 en el territorio colectivo de Curvaradó ubicado en la zona del Bajo Atrato (Chocó) que ha sido fuertemente golpeada por los grupos paramilitares. Entre 1997 y 2002 estos grupos desplazaron forzosamente a las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó que tenían la titulación colectiva del territorio, con el propósito de impulsar el cultivo de palma de aceite y la ganadería extensiva. A mediados del año 2007, varios desplazados decidieron retornar a su territorio y recuperarlo. Para tal efecto, con el respaldo de la Comisión Interclesial de Justicia y Paz, constituyeron la zona humanitaria Caracolí. Motivadas por la existencia de esta zona humanitaria, otras familias decidieron también retornar para recuperar sus tierras. Una de estas fue la familia Barrera que regresó a la zona el 16 de mayo de 2008 para ocupar el territorio acaparado por poseedores de mala fe. Pero el intento fue fallido. Pese a que ocuparon pacíficamente la tierra que forzosamente se vieron obligados a dejar años atrás, entre 50 y 60 policías llegaron al lugar de la ocupación para desalojarlos. La actitud agresiva de la policía encendió los ánimos de los ocupantes que se resistieron a abandonar de nuevo su tierra. Se desató un enfrentamiento que culminó con la detención de uno de los miembros de la familia Barrera, un miembro de la zona humanitaria y dos integrantes de la Comisión Intereclesial que acompañaban a la familia en calidad de garantes del proceso de retorno. Tildados de ser los responsables del alboroto fueron conducidos a la Fiscalía de un municipio ubicado a cuatro horas del lugar de los hechos. Sin la presencia de un abogado, la fiscal recibió la declaración de los detenidos, después de lo cual fue-

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 14.751, MP Jorge E. Córdoba Poveda, Aprobado acta N° 13, 2/9/1999.

ron dejados en libertad. A partir de esa fecha no se ha adelantado ninguna otra actuación judicial. La Fiscalía ha informado que existe un proceso por el delito de asonada que se encuentra en la fase de indagación preliminar. Lo curioso es que técnicamente esta etapa procesal no existe en el sistema acusatorio cuya implementación progresiva inició en el año 2000, y que además se trata de una situación que en todo caso no amerita tan extenso periodo de indagación.

Este caso configura una forma de criminalización de la protesta por parte de las autoridades de policía y de la Fiscalía, con el agravante de que se trata además de una revictimización de las víctimas del conflicto armado. Las personas no son sometidas a un proceso penal, pero son detenidas por largas horas, sometidas a un interrogatorio sin garantías y luego dejadas en un estado de incertidumbre frente a su situación jurídica. No se llega a la consecuencia extrema de la imposición de una sanción punitiva, pero sí se instrumentaliza el derecho penal para desalentar la protesta y estigmatizar a los manifestantes. En casos como este ni siquiera se diluye la frontera entre el derecho a la manifestación y delito de asonada: simplemente no se reconoce la existencia de tal frontera.

II. B. El delito de terrorismo y los delitos cometidos con fines terroristas

A partir de finales de la década de los setentas y hasta la expedición de la Constitución de 1991, la lógica del Estado de sitio imperó en el manejo de los problemas de orden público. Tres estatutos proferidos al amparo de los estados de excepción constituyen el prototipo del modelo de legislación antigarantista depositario de dicha lógica. El primero es el Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978) adoptado bajo el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), el cual otorgó competencias judiciales a las fuerzas militares y creó nuevos tipos penales que criminalizaban conductas como “perturbar el pacífico orden de las actividades sociales” o “fomentar u organizar reuniones públicas (...) consideradas contrarias al orden público”¹⁵, las cuales dejaban un amplio margen de definición a los operadores jurídicos, entre los cuales se encontraban, valga destacar, los militares investidos de funciones judiciales¹⁶. El segundo es el Estatuto para la Defensa de la Democracia (decreto 180 de 1988), más conocido como “Estatuto Antiterrorista”, el cual fue concebido como un instrumento penal para enfrentar a la subversión y a las mafias de las drogas. Este estatuto atomizó el delito de terrorismo que había sido tipificado por primera vez en Colombia en el Código Penal de 1980, estableciendo una serie de nuevos delitos cuyo elemento articulador era el de ser cometidos con “fines terroristas”.

La judicialización por estos delitos correspondía a la Jurisdicción de Orden Público (decreto 1631 de 1987), una justicia especial que había sido creada el año anterior a la adopción del Estatuto para suplir el vacío generado por la declaratoria de inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por parte de la

¹⁵ García, “Constitucionalismo perverso...”, cit., p. 322.

¹⁶ En un informe de la Comisión Andina de Juristas de 1988 se estima que con base en el Estatuto de Seguridad fueron detenidas por razones políticas unas 8000 personas, la mayoría de las cuales fueron procesadas por la justicia militar. García, “Constitucionalismo perverso...”, cit., p. 323.

justicia penal militar. Los contornos definitivos de esta justicia especial fueron establecidos en el tercer estatuto arquetípico de la legislación penal de excepción. Se trata del Estatuto para la Defensa de la Justicia (decreto 2790 de 1990), el cual creó la Jurisdicción Especializada de Orden Público, más conocida como “justicia sin rostro”. La norma fue la respuesta jurídica al estado de zozobra creado por la mafia de las drogas que con el estrépito de los carros bombas y el brazo armado del sicariato estremecía a las principales ciudades del país y que tenía como uno de sus blancos de ataque a los jueces. El Estatuto estableció un completo procedimiento penal paralelo al ordinario, que compartía con los otros estatutos la inclusión de normas confusas, caóticas e indeterminadas que abrían las puertas a la judicialización de actores distintos a los generadores de ese estado de zozobra¹⁷. La posibilidad de mantener pruebas y decisiones en secreto durante la etapa de instrucción y la existencia de un amplio margen de autonomía para la policía judicial eran otros de los rasgos antigarantistas más prominentes del Estatuto.

El fracaso del uso recurrente del Estado de excepción, tanto por su ineficacia como política de control del orden público, como por las violaciones directas a los derechos humanos producidas en virtud de él y por el desbalance institucional generado a favor del ejecutivo, explica que uno de los temas centrales de debate en la Asamblea Constituyente fuera precisamente el de su regulación. Sin embargo, aunque la Constitución de 1991 introdujo varias restricciones a los Estados de excepción¹⁸, el orden jurídico colombiano no logró desprenderse definitivamente de la tradición jurídica forjada bajo su amparo. En materia de manejo de orden público el ordenamiento penal colombiano posterior a la Constitución de 1991 adoptó como legislación permanente buena parte de las disposiciones contenidas en el Estatuto Antiterrorista y en el Estatuto para la Defensa de la Justicia, lo cual se hizo paradójicamente a través de un artículo

¹⁷ Según Alejandro Aponte: “De entrada, era perceptible, desde el mismo articulado sobre la competencia, la confusión de actores que serían castigados. Detrás del gran enemigo, el gran narcoterrorismo urbano, se situaron toda suerte de actores que, si bien estaban ligados a lógicas de violencia, no eran quienes habían generado esa gran violencia específica, ligada a la lucha contra la extradición al Norte de los ‘capos’ de la droga”; Aponte, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 302.

¹⁸ Las restricciones más relevantes son las siguientes: 1) el estado de sitio, que antes abarcaba tanto los asuntos de orden público interno, como los de guerra exterior, fue reemplazado por el Estado de excepción, el cual contempla tres modalidades –conmoción interior, guerra exterior y emergencia económica, social o ecológica– cada una de las cuales está sometida a una reglas específicas; 2) se precisaron las condiciones necesarias para declarar el estado de conmoción interior, “grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía” (art. 213, CP); 3) se le fijó un límite de 90 días a la duración del estado de conmoción interior, prorrogables por dos períodos iguales; 4) se prohibió la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales; 5) se estableció el principio de conexidad entre las medidas adoptadas y la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de excepción y 6) se impuso la obligación de no alterar el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

transitorio de la Constitución que autorizó al gobierno a convertir en legislación permanente los decretos de estado de sitio expedidos antes de la entrada en vigencia de aquella y que fueran aceptados por la Comisión Legislativa Especial, también conocida como “congresito”¹⁹. En virtud de esta autorización constitucional se establecieron los decretos 2266 y 2700 de 1991, el primero de los cuales incorporó los tipos penales contenidos en el Estatuto Antiterrorista y el segundo estableció el Código de Procedimiento Penal, en el cual se creó la justicia regional, que era un calco de la justicia sin rostro. Sólo hasta el año 2000, la Corte Constitucional²⁰ declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones que establecían la reserva de jueces y testigos y las que en materia del derecho a la libertad hacían más gravosa la situación de quienes eran procesados por los jueces regionales²¹, empezando a romper de este modo con la tradición de excepción enquistada en el orden jurídico colombiano.

Pero pese a estos giros, la ruptura no fue total pues, a diferencia de lo sucedido con las normas procedimentales, las disposiciones penales sustantivas proferidas durante los estados de sitio terminaron siendo incorporadas en la legislación penal ordinaria. Aunque el Código Penal vigente (ley 599 de 2000) derogó el artículo 4 del decreto 2266 de 1991 que había convertido en legislación permanente los delitos consignados en el Estatuto Antiterrorista, la mayoría de estos fueron integrados al nuevo Código. Así, el artículo 343 que define el delito de terrorismo es una copia idéntica de la definición establecida en ese Estatuto. Cosa similar sucede con las circunstancias de agravación de este delito que, salvo algunas sutiles modificaciones en la redacción y la incorporación de una causal relativa a la afectación de personas internacionalmente protegidas, también son reproducidas. Del mismo modo, se mantuvieron los tipos que definen el homicidio y las lesiones personales con fines terroristas, la instigación para cometer actos terroristas (art. 348), la instrucción y entrenamiento para el desarrollo de actividades terroristas (art. 341) y las amenazas con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella (art. 347).

El anterior recuento pretende resaltar que la definición jurídica del terrorismo y de las conductas cometidas con fines terroristas que ha estado vigente en Colombia durante los últimos veinte años fue establecida en un contexto de fuerte represión social y bajo una lógica de Estado de sitio que riñe abiertamente con el respeto de las garantías individuales. Una de las expresiones de dicha lógica de excepción es el uso de categorías indeterminadas en las definiciones de los delitos, tan proclives a favorecer formas abusivas de la criminalización. En efecto, si se compara la definición del delito de terrorismo contenida en el Cód-

¹⁹ Dice el artículo: “Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente acto constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la comisión especial no los imprueba” (art. transitorio 8, Const. P.).

²⁰ Sentencia C-392 de 2000 MP Antonio Barrera Carbonell.

²¹ A partir de la ley 504 de 1999, los jueces regionales fueron sustituidos por jueces especializados del circuito.

go Penal de 1980 –que lo contempló por primera vez–, con la definición contenida en el Estatuto Antiterrorista –que es la definición vigente–, se advertirá que la primera resulta un poco más afortunada en términos de técnica legislativa. El Código Penal de 1980 tipificó así el delito: “Artículo 187. Terrorismo. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”. El decreto 180 de 1988 sustituyó la noción de “medios de destrucción colectiva” por la más amplia de “medios capaces de causar estragos”, y en vez de referirse al empleo de tales medios contra personas o bienes, se refirió a actos “que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”. El tipo penal contenido en el decreto 180 de 1998 decía: “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices valiéndose de medios capaces de causar estragos incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensual, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”. El Código Penal vigente (ley 599 de 2000) reproduce en su artículo 343 la anterior descripción típica. La única diferencia es en el monto de la pena que ahora es mayor: prisión de 160 a 270 meses (aprox. de 13 a 22 años) y multa de 1333,33 a 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte Constitucional se pronunció frente al alegado carácter abierto e indeterminado de las disposiciones penales sobre el terrorismo. Pese a que reconoció tal carácter, estimó que el mismo no implicaba la inconstitucionalidad de dichas normas. Advirtió que en virtud de la constitucionalización del derecho que operó a partir de la Constitución de 1991, los tipos penales abiertos no pueden ser catalogados *per se* como inconstitucionales pues la determinación de su contenido por parte de los operadores jurídicos debe realizarse de conformidad con las normas de la Constitución. De acuerdo con esto, para la Corte “la falta de técnica legislativa que eventualmente pueda afectar el debido proceso (...) puede y debe ser subsanada por el operador jurídico en cada caso concreto. Así pues, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, se exigirá de parte del juez una mayor razonabilidad al momento de pronunciarse de fondo”²². Pero la Corte Constitucional no sólo consideró que los tipos penales abiertos eran admisibles, sino que incluso señaló que para cierto tipo de delitos –como el terrorismo– el uso de tales tipos era lo adecuado:

“Frente a delitos ‘estáticos’ o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos ‘dinámicos’ o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos (...) Así pues, el

²² Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

‘terrorismo’ es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas”²³.

Pese al llamado a una interpretación constitucional de los tipos penales que describen las conductas asociadas al terrorismo, estos delitos han sido utilizados para criminalizar las protestas sociales que se valen del uso de la violencia, lo cual es claramente desproporcionado si se tiene en cuenta que el ordenamiento establece otros delitos en los que las conductas criminalizadas por terrorismo pueden encajar con mayor precisión, como lo son la asonada para la cual se prevé una pena de 16 a 36 meses de prisión, o la violencia contra servidor público sancionada con pena de 16 a 24 meses de prisión, mientras que la establecida para el terrorismo oscila entre 13 y 22 años de prisión. Además, en el caso del terrorismo no proceden beneficios que sí operan para los otros delitos como las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la libertad condicional y la prisión domiciliaria²⁴. Esto se explica porque especialmente a partir de los atentados del 11 de septiembre el terrorista es visto y tratado como el enemigo por antonomasia.

El riesgo que el carácter abierto, ambiguo e indeterminado de los delitos asociados al terrorismo implica frente a la criminalización de la protesta crece aún más si se tiene en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia avaló años atrás la tipificación como terrorismo de la conducta desplegada por unos estudiantes universitarios en el curso de una protesta. La decisión fue adoptada el 20 de septiembre de 1988 al resolver un conflicto de competencias entre un juez de Orden Público y otro de Instrucción Criminal dentro de un proceso seguido en contra de una persona que en medio de una manifestación estudiantil a la entrada de la Universidad Nacional en Bogotá lanzó una piedra en contra de un capitán de la Policía Nacional. La providencia describe así los hechos:

“Ocurrió, que el quince de junio del presente año, el Capitán de la Policía Nacional José Olimpo Ortega al mando de un grupo de agentes bloqueó la salida (puerta principal) de la Universidad Nacional, para impedir la salida a un grupo de estudiantes, que al parecer trataban de promover desórdenes en las calles aledañas al centro educativo.

Los universitarios y la Policía entraron en violento enfrentamiento, lanzando los primeros piedras y ‘cócteles Molotov’, botellas con ácido contra los uniformados, mientras estos trataban de disolverlos con el empleo de chorros de agua y tinta.

En el curso de estos hechos, el Capitán José Olimpo Ortega, recibió una pedrada lan-

²³ *Ibíd.*

²⁴ Art. 26, ley 1121 de 2006.

zada por uno de los revoltosos que lo lesionó en la boca y le ocasionó varios días de incapacidad”²⁵.

El conflicto de competencias se desató porque para el juez de Orden Público la conducta encajaba en el delito de terrorismo, que para la época estaba sancionado con una pena de 10 a 20 años, mientras que para el juez de Instrucción Criminal se trataba del delito de violencia contra empleado oficial, sancionado con una pena de 1 a 3 años. Como puede advertirse, la diferencia en términos punitivos era más que considerable.

La Corte Suprema decidió que la competencia correspondía a la Jurisdicción de Orden Público pues los hechos descritos eran constitutivos del delito de “empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas”, el cual había sido catalogado como delito por el Estatuto Antiterrorista (decreto 180 de 1988) y que, al igual que el tipo básico de terrorismo, era sancionado con una pena de 10 a 20 años²⁶. En respaldo de su decisión, la Sala Penal de la Corte Suprema dijo:

“Es verdad que la mencionada norma [la que tipifica el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos] demanda para su estructuración, que el sujeto agente actúe con fines terroristas. Y procede con esta finalidad, según el artículo 1° del aludido decreto quien lo haga para provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella.

Los hechos que originaron la investigación son indudablemente idóneos para crear o estimular zozobra o terror, pues las pedreas en las calles aledañas a la Universidad, acompañadas del empleo de ácidos y sustancias explosivas (con bombas molotov) ocasionan la pérdida del sosiego alteran el orden público y crean una atmósfera peligrosa, no sólo para los atacados, en este caso los agentes de policía, sino para los particulares que se hallen en el lugar y para las personas y vehículos que circulan en sus inmediaciones”.

Si ya este fallo resulta problemático por atribuir a la acción de la protesta de los estudiantes un propósito terrorista, más problemático resulta si se tiene en cuenta que para la Corte Suprema pasó inadvertido el hecho de que si bien en el marco de la protesta los estudiantes utilizaron artefactos explosivos, según los hechos narrados en la misma providencia, lo lanzado por el procesado fue una piedra. Grave error este si se considera que el delito que le fue atribuido al estudiante se refería únicamente al lanzamiento de bomba o artefacto explosivo, incendiario o corrosivo.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Dr. Jorge Carreño Luengas, Radicación 3212, 20/9/1988.

²⁶ Art. 12, decreto 180 de 1988: “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que con propósitos terroristas, coloque, lance bomba o artefacto explosivo o incendiario, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remita que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la habitación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a pena de 10 a 20 años de prisión y a multa de diez a cien salarios mínimos mensuales”.

Aunque se trata de un fallo de hace dos décadas que fue dictado apenas unos meses después de la adopción del Estatuto Antiterrorista, y pese a que con posterioridad a dicho fallo el alto tribunal en materia penal no ha proferido otra decisión en la que se debata la calificación como terrorismo de actos de protesta, sí existe evidencia de la aplicación de dichos tipos para criminalizar estos actos por parte de los jueces penales. Además, es preciso destacar que el delito por el cual fue procesado el manifestante se mantiene en el Código Penal vigente con dos modificaciones: la primera es que se incluyó una noción más amplia de los objetos cuyo porte o lanzamiento está prohibido, los cuales ya no se reducen a bombas o artefactos explosivos, incendiarios o corrosivos, sino que abarca la categoría de “sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear”. La segunda es que se prevé una sanción de prisión de 16 a 90 meses, y de 80 a 180 meses si la conducta se realiza con fines terroristas.

Como evidencia de la aplicación de los delitos asociados al terrorismo a actos de protesta social se tiene una decisión del Tribunal Superior de Bogotá adoptada el 29 de julio de 2003 por hechos ocurridos el 17 de agosto de 2000, día en el que se llevó a cabo una protesta estudiantil en la Universidad Pedagógica Nacional por la llegada al país del Presidente de los Estados Unidos. Según se relata en la providencia del Tribunal, un grupo de personas con el rostro cubierto lanzaron petardos a la vía pública y se enfrentaron con la Policía que, a su vez, utilizó gases lacrimógenos. Algunos manifestantes se refugiaron en la universidad en la cual se produjo un estallido que ocasionó lesiones a unos obreros y al mismo procesado que perdió sus manos y sufrió graves quemaduras en el rostro y en las córneas que conllevaron la pérdida de la visión de uno de sus ojos y considerables daños en el otro. Este estudiante fue acusado de portar el explosivo y fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá a la pena de 60 meses de prisión y multa de 10 salarios por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas²⁷.

Cabe destacar que en la resolución acusatoria la Fiscalía únicamente se concentró en demostrar que el procesado efectivamente manipuló el artefacto explosivo y que era partícipe del grupo de encapuchados que hacía parte de la protesta. Las consideraciones en torno a la adecuación de la conducta en el delito ocupa apenas cuatro renglones de la resolución. Nada se dice acerca de los fines terroristas del acusado, sino que simplemente se dan por descontados. Únicamente en sus alegatos de conclusión realiza la Fiscalía una referencia escueta al respecto, indicando que “es una realidad el riesgo en el cual se colocó no solo las instalaciones de la Universidad Pedagógica, sus muebles, sino a los alumnos del plantel educativo y a toda la ciudadanía al lanzarse de manera indiscriminada en la vía pública y en contra de los uniformados dichas papas explosivas, creando pánico, alarma, zozobra y terror sobre aquellos que presenciaron aquel acon-

²⁷ Este caso llegó en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia la cual confirmó el fallo proferido por el Tribunal. Sin embargo, el debate no giró en torno a la existencia de un propósito terrorista en el estudiante condenado, sino en torno al tipo penal aplicable dada la situación de tránsito legislativo que se produjo en el curso del proceso, y a la inclusión del artefacto explosivo dentro de la categoría de “sustancia peligrosa”. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso n° 22201, Fallo del 27/6/2006, MP Sigifredo Espinosa Pérez.

tecer delictual”²⁸. Bajo esta perspectiva, crear una “atmósfera de riesgo” es suficiente para develar el propósito terrorista de la conducta.

Como puede advertirse, tanto la matriz autoritaria del delito de terrorismo que se concreta en su carácter abierto e indeterminado, como los ejemplos concretos de su uso por parte de autoridades judiciales para calificar los actos de protesta social violenta, evidencian que la definición típica de este delito implica un riesgo efectivo para la criminalización desproporcionada de la protesta social, el cual tiende a incrementarse al amparo de discursos estigmatizantes en contra de la protesta y de los activistas sociales. El planteamiento de la Corte Constitucional en el sentido de que los tipos abiertos deben ser interpretados de conformidad con la Constitución, así como los avances que en materia de constitucionalización del derecho se han dado en Colombia en los últimos años, no han logrado eliminar el riesgo.

II. C. Otros tipos penales que pueden comportar un riesgo

Existen otros delitos que por su descripción típica y por su relación con actos que pueden ser cometidos en el curso de manifestaciones pueden ser eventualmente utilizados para criminalizar la protesta. Se trata de los delitos de violación de la libertad de trabajo y de perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial. El artículo 198 del Código Penal define el primero de estos en los siguientes términos: “El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en multa. Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa”. Aunque no contamos con evidencia empírica de su aplicación para reprimir actos de protesta, la existencia del tipo es potencialmente riesgosa pues puede ser utilizado para criminalizar a quienes participen en manifestaciones, especialmente en las que se produzcan en el contexto de huelgas. Dado que la conducta de perturbar o impedir el libre ejercicio del trabajo únicamente es punible si se realiza a través de la violencia o el engaño, el poder de definición de los operadores jurídicos en punto a la catalogación de estos medios de la acción es determinante. En este sentido, los riesgos advertidos en relación con el delito de asonada, en el que también el uso violencia fija la línea de demarcación entre lo permitido y lo prohibido penalmente, resultan también predicables frente a este delito.

Por su parte, el artículo 353 del mismo Código tipifica así la perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial: “El que por cualquier medio ilícito imposibilite la conducción o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres

²⁸ Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Subunidad de Terrorismo, Proceso 42730, Memorial del 10/4/2002.

(13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Se trata de un delito que ha sido utilizado tanto en casos de quema de vehículos por parte de grupos armados ilegales, como frente al bloqueo de vías que se da en el curso de algunas protestas sociales. Aunque estos bloqueos afectan la prestación de un servicio público y generan molestias a los ciudadanos, es importante resaltar que en estos casos el uso del derecho penal es desproporcionado considerando que en el marco del Estado de derecho este es la última ratio y que lo que está en juego en este tipo de situaciones es un conflicto de derechos que como tal no puede ser resuelto a partir de la criminalización del ejercicio de uno de los derechos en tensión. En este sentido, someter a tratamiento penal la conducta de imposibilitar la conducción de vehículos de transporte colectivo y oficial resulta incompatible con los postulados de un derecho penal mínimo.

Finalmente, existe evidencia empírica de la tendencia a criminalizar acciones que se dan en el curso de las protestas a través de delitos sumamente graves que apenas tienen una correspondencia forzada con las conductas objeto de represión. Un caso paradigmático en este sentido es el proceso que actualmente se adelanta en contra de tres destacados líderes de la Minga Indígena por los delitos de secuestro simple agravado y lesiones personales agravadas. Los hechos por los cuales está siendo actualmente procesados se remontan al mes de octubre de 2008, época en la cual se llevó a cabo la Minga de Resistencia Indígena que congregó a cerca de 45.000 indígenas, principalmente de la etnia Nasa.

El 12 de octubre de 2008, los indígenas iniciaron una marcha de protesta manifestando su rechazo al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y a la política de Seguridad Democrática, y exigiendo la entrega de tierras a las que se había comprometido el gobierno nacional, así como la reparación al pueblo Nasa por la masacre de El Nilo en la que 21 indígenas fueron asesinados por miembros de la Policía Nacional el 16 de diciembre de 1991. Ante el fracaso de los acercamientos con el gobierno nacional, la Minga Indígena emprendió su marcha a la ciudad de Bogotá el 2 de noviembre de 2008. Durante el curso de la Minga se dieron varios enfrentamientos con la Fuerza Pública. Tres indígenas resultaron muertos y se calcula que 89 fueron heridos, situación esta que resulta en extremo delicada dada la evidencia de uso de armas de fuego y cortopunzantes por parte de la Policía Antidisturbios ESMAD. Igualmente, con posterioridad a la marcha hacia Bogotá, el 16 de diciembre de 2008, murió Edwin Legarda, esposo de Ayda Quilcué, una de las voceras de la Minga y líder del CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca). Edwin murió a causa del impacto de tres tiros de fusil que según las denuncias de los voceros indígenas fueron disparados por soldados. Por su parte, el general de la Policía indicó que los indígenas estaban utilizando explosivos de fabricación artesanal y otras armas de fuego y cortopunzantes, y denunció públicamente que el frente sexto de las FARC estaba invitando, concertando y estimulando los hechos de violencia por parte de los indígenas.

En medio de este contexto, el 16 de octubre de 2008 los indígenas denunciaron la presencia al interior de la Minga de un miembro del ejército colombiano de ascendencia indígena que estaba infiltrado en la protesta haciéndose pasar por manifestante. Según los indígenas, el infiltrado portaba un morral con camuflados, radios de comunicaciones y manuales de armas y explosivos que debía dejar en el territorio de la concentración indígena para inculpar a la Minga

de tener nexos con la guerrilla²⁹. En vista de la situación, la comunidad decidió aplicar el derecho propio y dispuso como sanción dar 20 fuetazos al soldado infiltrado.

Son estos los hechos por los cuales están siendo actualmente procesados Feliciano Valencia, líder del CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca) y vocero de la Minga Indígena, y otros dos destacados líderes de la Minga: Ayda Quilcué, cuyo esposo fue asesinado después de las marchas de la Minga, y Daniel Piñacué, gobernador del Cabildo de la comunidad de Calderas, quien fue víctima de un fallido atentado en enero del presente año.

Una simple apreciación superficial de los hechos evidencia el carácter desproporcionado de imputar el delito de secuestro simple agravado por la retención del soldado que se extendió por el tiempo que duró el procedimiento de juzgamiento por parte de la comunidad y de ejecución de la sanción por parte de las autoridades indígenas. El delito de secuestro simple está tipificado en el artículo 168 del Código Penal en los siguientes términos: “El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebathe, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Como se les imputa secuestro simple agravado, la pena que eventualmente podría ser impuesta es de 21 años y 4 meses a 45 años de prisión.

En el contexto colombiano el secuestro es uno de los delitos que más ha concitado el repudio público. Su utilización como práctica de guerra y como medio extorsivo por parte de los grupos guerrilleros que han llegado a mantener privados de su libertad tanto a soldados como a civiles en la selva por más diez años en condiciones degradantes explica este claro rechazo. Este reproche social explica, a su vez, el alto reproche penal de la conducta. Ahora bien, teniendo en cuenta este contexto, el proceso en contra de los líderes indígenas se muestra aún más desproporcionado. Es preciso resaltar además que el hecho judicializado consiste en la aplicación del derecho indígena –que goza de reconocimiento constitucional³⁰–, a un soldado indígena que infiltró la Minga con el propósito, al parecer, de realizar montajes en contra de los manifestantes. Considerando que la decisión de sancionar al soldado fue adoptada y aplicada por los cabildos que hacían presencia en la Minga, el hecho de que el proceso no se dirija contra los cabildantes que aplicaron la sanción, sino contra los voceros de la Minga revela que el propósito del proceso es criminalizar la protesta, más que penalizar el procedimiento seguido en contra del soldado.

²⁹ Consejo Regional del Cauca, Comunicado del 6/6/2009, en www.cric-colombia.org/noticias/index.php?content=detail&id=279.

³⁰ La Constitución de 1991 reconoció por primera vez la jurisdicción especial indígena. Al respecto el artículo 246 dispone: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

III. Las particularidades colombianas: conflicto armado y criminalización de la protesta social

La criminalización de la protesta social en Colombia está atravesada por una particularidad: la existencia de un conflicto armado interno que se ha prolongado por varias décadas. A partir de los años sesenta, empiezan a constituirse grupos guerrilleros que pretenden la transformación revolucionaria de las estructuras políticas, económicas y sociales a través del uso de las armas. La actitud del Estado frente a estos grupos se ha movido entre dos tendencias. Por un lado, la búsqueda de su derrota a través de las vías militares y jurídicas y, por el otro, la búsqueda de acuerdos que permitan la superación del conflicto por la vía política. La situación de la criminalización de la protesta social en Colombia varía de conformidad con la tendencia imperante en cada momento histórico. Así, en momentos en los que se privilegia la búsqueda de la derrota de los insurgentes, la criminalización de la protesta tiende a ser mayor.

Tres razones entrelazadas explican este fenómeno. En primer lugar, los grupos guerrilleros son estructuras político-militares interesadas en tener presencia en los movimientos sociales. En segundo lugar, la sospecha de participación de las guerrillas –que son actores ilegales– en estos movimientos que como tales gozan de reconocimiento jurídico termina generando una peligrosa estigmatización de los activistas sociales como militantes, colaboradores o simpatizantes de la guerrilla. En contextos en los que se busca la derrota de la insurgencia, la persecución a los activistas de los movimientos sociales –particularmente del sindical, el estudiantil, el indígena y el campesino– aumenta por efecto de dicha estigmatización. Y en tercer lugar, además de las actividades de hostigamiento militar y de persecución judicial, la derrota de las guerrillas también se busca a través de políticas de sometimiento que ofrecen beneficios de índole jurídica y económica para propiciar desmovilizaciones individuales. Estos beneficios se otorgan usualmente a cambio de información. En virtud de la estigmatización, los desmovilizados pueden verse tentados a proporcionar información falsa sobre la cual se construyen montajes judiciales en contra de activistas, quienes precisamente en virtud del ambiente de estigmatización se convierten en blanco fácil de tales ataques.

III. A. El delito de rebelión

El delito que históricamente ha sido utilizado para juzgar a los miembros de los grupos guerrilleros es la rebelión. El artículo 467 del Código Penal vigente lo define así: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Con ocasión de la tendencia a negar el carácter de delincuentes políticos a los guerrilleros, lo cual obedece por un lado a la dinámica de degradación de las formas de lucha de estos y, por el otro, a la pretensión de instancias gubernamentales de negar la naturaleza política y social del conflicto armado colombiano o, más aún, de negar la existencia misma del conflicto, algunos jueces han optado por calificar la militancia

en organizaciones guerrilleras bajo los delitos de concierto para delinquir o terrorismo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es clara en señalar que en estos casos la denominación típica que resulta adecuada es la de rebelión³¹.

Según la jurisprudencia del alto tribunal en materia penal, el delito de rebelión lo comete tanto el que “siendo integrante de un grupo al margen de la ley y en su condición de combatiente pretende mediante el empleo de las armas el derrocamiento del gobierno de turno y la supresión del régimen constitucional vigente con la toma violenta del poder, para imponer sus ideas y establecer un nuevo orden”³², como el “sin dejar de lado las armas, realiza actividades de instrucción, adoctrinamiento ideológico, financiamiento, inteligencia, relaciones internacionales, reclutamiento, publicidad, planeación, infiltración, y en fin, de cualquier otra índole que tenga aquella misma finalidad”³³. Es en esta segunda categoría en la que se encaja a los activistas sociales acusados de hacer parte de los grupos insurgentes.

Después del fracaso de la mesa de diálogo entre el gobierno de Andrés Pastrana y las FARC-EP, la elección de Álvaro Uribe como presidente marcó el giro desde la búsqueda de una salida negociada al conflicto, hacia la búsqueda de la derrota de las guerrillas. Una de las primeras medidas adoptadas por el gobierno de Álvaro Uribe fue la declaratoria del estado de conmoción de interior y la creación de zonas de rehabilitación en las cuales fueron comunes las detenciones masivas y arbitrarias en virtud de la figura de la detención preventiva. Se calcula que entre 2002 y 2004 se realizaron 7134 detenciones de las cuales más del 90% se realizó sin orden judicial previa³⁴. Según el autor Jorge Carvajal, a partir del año 2004 las detenciones masivas son sustituidas por detenciones selectivas orientadas principalmente a la captura de líderes sociales, campesinos, indígenas y miembros de organizaciones comunales acusados de ser miembros de las guerrillas³⁵.

Los activistas de derechos humanos también han sido objeto de persecución penal por el delito de rebelión. Un informe de Human Rights First documenta treinta casos de investigaciones penales por este delito en contra de defensores

³¹ Sobre la distinción entre rebelión y concierto para delinquir dijo la Corte Suprema: “Siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplan dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político”, Sala de Casación Penal, rad. 21639 del 26/11/2003, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 19434 del 21/5/2002, MP Jorge Aníbal Gómez Gallego.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Carvajal, Jorge, *El Estado de Seguridad dentro del Estado de Garantías. La seguridad democrática y el caso de las privaciones de la libertad en Colombia durante el período 2002-2006*, Ilsa, Bogotá, 2008, p. 107.

³⁵ *Ibidem*, p. 111.

de derechos humanos y miembros de organizaciones sociales. Sobre las características de estas investigaciones en el informe se advierte que

“existe un patrón claro de investigaciones penales falsas en contra de los defensores de derechos humanos. Generalmente, un fiscal regional inicia una investigación previa en secreto de un defensor que puede incluir la recolección de informes de inteligencia por parte del ejército, la policía judicial u otras entidades estatales de seguridad, que suelen contener información irrelevante e inflamatoria. Después el fiscal obtiene declaraciones falsas, incoherentes o contradictorias de testigos que reciben beneficios de reintegración del estado por ser ex-combatientes. En esta etapa, es común que un defensor sea capturado y detenido, y a veces significativamente después, se le acusa de rebelión por presuntamente ser un terrorista o un guerrillero (...) No hubo evidencia en ninguno de los casos revisados para producir este informe de que un defensor hubiera usado la violencia o las armas. Al contrario, el proceso penal suele basarse en la presunta pertenencia clandestina del defensor a las FARC. Es frecuente que un fiscal superior archive o deseche la investigación después de que la defensa solicite una revisión del caso (...) A veces, el fiscal lleva el proceso penal a juicio en que es común que un juez declare al defensor inocente”³⁶.

Un proceso penal adelantado en contra de dos líderes indígenas pone en evidencia algunos de los patrones señalados por el referido informe. Estos líderes, pertenecientes a la comunidad Embera Chamí y militantes del partido político de izquierda Polo Democrático Alternativo, fueron acusados de ser ideólogos y colaboradores del Frente Aurelio Rodríguez de las FARC y condenados en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales a la pena de 8 años de prisión por el delito de rebelión. El juez de primera instancia tomó en consideración los testimonios de tres guerrilleros desmovilizados que indicaron que los líderes hacían parte del Partido Comunista Clandestino (PC3) que es señalado como el brazo político de las FARC. El Tribunal Superior de Manizales³⁷ revocó el fallo de primera instancia luego de advertir la debilidad de los testimonios de los desmovilizados sobre los cuales se fundó la condena. Señaló que lo único que estos probaban es que los líderes indígenas habían asistido a un par de reuniones organizadas por grupos subversivos, pero que de tal hecho no podía deducirse su participación dentro de la organización insurgente, máxime si se tiene en cuenta que el grupo guerrillero hacía presencia masiva en el sector en el que está ubicado el resguardo al cual pertenecen los indígenas acusados, por lo cual no resultaría extraño considerar que estos pudieron haber sido presionados para asistir a tales reuniones.

En el caso de la rebelión es claro que el riesgo para el ejercicio de la libertad de expresión se deriva del uso abusivo de este tipo penal por parte de ciertos operadores jurídicos. En estos casos los prejuicios de los investigadores frente a los activistas sociales y defensores de derechos humanos favorecen la criminalización de aquellos que ejercen sus derechos a la manifestación política por vías legales.

³⁶ Human Rights First, *Los defensores de derechos humanos acusados sin fundamento. Presos y señalados en Colombia*, 2009, p. 8, en www.humanrightsfirst.org/pdf/090211-HRD-colombia-esp.pdf.

³⁷ Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal de Decisión, fallo del 24/9/2009, MP Héctor Salas Mejía.

III. B. El delito de concierto para delinquir

El Código Penal colombiano agrupó en su Título XII los delitos contra la seguridad pública, catalogando como tales los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, amenazas, instigación a delinquir, y los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad, tales como el incendio, el empleo o lanzamiento de sustancias peligrosas y el tráfico y porte ilegal de armas. El artículo 340 define el delito de concierto para delinquir como la asociación entre varias personas con el propósito de cometer delitos:

“Art. 340. Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

Esta conducta tiene antecedentes remotos en la legislación colombiana. Así, el Código Penal de 1873 tipificaba como delito contra la paz y el orden interior la conformación de “cuadrillas de malhechores”, y el Código Penal de 1936 se refería a la asociación e instigación para delinquir que tipificaba la pertenencia a una asociación o banda “organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados” (art. 208). Durante el gobierno de Guillermo León Valencia, este delito fue modificado bajo la idea de que tal como estaba estructurado resultaba prácticamente imposible de probar. Se expidió entonces el decreto 2525 de 1963 el cual suprimió tres elementos de la conducta: la organización, la permanencia del propósito y la recíproca ayuda de los asociados³⁸. Posteriormente, el Código Penal de 1980 consagró el delito de concierto para delinquir, el cual reemplazó la noción de “asociación” contenida en las normas anteriores por la de “concierto”, pero conservó en lo sustancial la definición del decreto 2525, es decir, sin inclusión de las nociones de organización, permanencia y ayuda recíproca. La definición del Código de 1980 se mantuvo en el Código actual, el cual adicionó la modalidad de la conducta agravada que es la definida en el segundo inciso del artículo citado.

Pese a la modificación introducida por el decreto 2525 de 1963, la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales continuó otorgando a las nociones de organización y permanencia en el propósito de delinquir el carácter de ele-

³⁸ Al respecto ver Paz, Gonzalo, “Concierto para delinquir,” en *Cuadernillos de Derecho Penal*, n° 36, Universidad Santiago de Cali, 2007.

mentos típicos. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el concierto para delinquir “consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista”³⁹. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que este delito exige tres elementos constitutivos: “el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública”⁴⁰.

La conservación por vía jurisprudencial de tales elementos del delito de concierto para delinquir resulta importante pues estos contribuyen a distinguirlo de la figura de la coparticipación criminal, distinción que resulta particularmente problemática cuando el concierto para delinquir se presenta en concurso con otros delitos, caso que se da cuando las personas pertenecientes a la organización criminal incurrir en otros delitos cometidos en el marco de aquella⁴¹. Además, teniendo en cuenta que estamos ante un delito de peligro que criminaliza el solo acuerdo de voluntades para delinquir⁴², la exigencia de la presencia de una organización como elemento constitutivo del delito reduce en cierta medida las posibilidades de criminalizar como conducta autónoma los simples actos preparatorios de una conducta delictiva en la que concurren varias personas, o de la doble imputación en los casos en que la conducta es cometida por varias personas.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003, MP Edgar Lombana Trujillo.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-241 de 1997, MP Fabio Morón Díaz.

⁴¹ Acerca de la distinción entre concierto para delinquir y coautoría, la Corte Suprema ha indicado: “En el concierto, la acción incriminada consiste en asociarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo. En la coautoría esa arreglo voluntario puede ser momentáneo u ocasional; pues la comisión del ilícito constituye la consecuencia de un querer colectivo que se manifiesta en la decisión y realización conjunta de la acción típica determinada de antemano en toda su especificidad”, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003. Es importante advertir cómo es el carácter permanente o momentáneo del acuerdo criminal lo que permite efectuar la distinción.

⁴² Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “En relación con el bien jurídico tutelado, la seguridad pública, el concierto para delinquir es un delito autónomo y de peligro, que se entiende derivado de la realización misma de la conducta incriminada; y respecto de su contenido, de mera conducta, por cuanto se reprime el simple comportamiento de concertarse con la finalidad indicada en él, es decir, ‘de cometer delitos’, sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la asociación criminal”, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003.

Ahora bien, en lo que respecta a la criminalización de la protesta social, existen dos tipos de riesgos que se derivan del delito de concierto para delinquir. El primero es que pese a que ciertos sectores de la doctrina, así como la jurisprudencia de las altas cortes han insistido en la conservación de los elementos de la conducta que fueron suprimidos con el decreto de 1963, la descripción típica del delito tal como está en el Código Penal puede favorecer la doble imputación en la criminalización de actos de protesta social, pues se trata de actos en los que por definición concurren varias personas. Así por ejemplo, en octubre de 2008 la Fiscalía capturó a cinco líderes del grupo de los corteros de caña acusados, entre otros delitos, de concierto para delinquir. La apertura de este proceso penal se dio con ocasión de la huelga de 18.000 trabajadores del occidente del país que reclamaban contratación directa, estabilidad laboral y negociación colectiva. Desde el principio del paro tanto el gobierno como los gremios azucareros se concentraron en reducir la situación a un problema de orden público y en señalar la presencia de la guerrilla de las FARC en la protesta. La acusación en este caso por el delito de concierto para delinquir implica la catalogación de un acuerdo de voluntades para protestar por mejores condiciones laborales, en un acuerdo orientado a la comisión de acciones delictivas.

El segundo riesgo es que aunque la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los delitos de concierto para delinquir y rebelión se excluyen entre sí⁴³, la tendencia a ver el fenómeno de las guerrillas no como una cuestión de delincuencia política, sino de criminalidad común organizada favorece a su vez la criminalización de los activistas señalados de tener vínculos con los grupos guerrilleros, no por el delito de rebelión sino por el de concierto para delinquir o incluso por los dos delitos en concurso.

IV. La declaratoria de inexecutable del delito de ultraje a la bandera

Si los tipos penales descritos en los puntos anteriores comportan riesgos de criminalización de la protesta social, conviene igualmente reseñar ciertos avances jurídicos en la eliminación de tipos penales que podían ser riesgosos en este campo. Un ejemplo interesante es la sentencia C-575 de 2009 de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 461 del Código Penal que establecía el delito de “ultraje a emblemas o símbolos patrios”, incluido dentro del título de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y que disponía una pena de multa para aquel que ultrajara públicamente la bandera, el himno o el escudo de Colombia.

Los demandantes consideraron que “la penalización de la conducta es la vía para obligar a los ciudadanos a obedecer las políticas estatales y de garantizar la

⁴³ “El concierto es un delito que afecta el bien jurídico seguridad pública; sus móviles son egoístas, individuales; la finalidad de los integrantes –cometer delitos– se colma en concreto cada vez que perpetran un delito; los asociados no tiene (*sic*) como objetivo el establecimiento jurídicamente reconocido, sino a la sociedad. (...) La rebelión, al contrario, vulnera el bien jurídico régimen constitucional y legal; el rebelde es altruista, generoso, piensa en el bien común; su finalidad solamente se cumple cuando cambia el sistema que ataca e impone el que cree justo, razón por la cual su objetivo es el Estado”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21343 del 10/9/2003, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

lealtad al sistema”, lo cual significaba que en el fondo consideraban que ese tipo penal criminalizaba la protesta social. La Corte Constitucional dio razón a la demanda pues señaló que “no es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad”. La Corte consideró, entonces, que este delito restringía el derecho fundamental a la libertad de expresión, razón por la cual, después de realizar un juicio intenso de proporcionalidad, concluyó que la norma era inconstitucional “porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego”.

Creemos que esta sentencia es un avance interesante en términos de eliminar del estatuto penal tipos punitivos que implican un claro riesgo de criminalización de la protesta social.

V. Conclusiones

La Constitución de 1991 implicó un avance considerable frente al contexto imperante de represión de la protesta social que caracterizó las décadas anteriores. El reconocimiento de los derechos a la reunión y a la manifestación pacífica como derechos fundamentales, la supresión de la disposición contenida en la Constitución de 1886 que autorizaba a las autoridades para disolver las reuniones que se convirtieran en tumultos o que provocaran el bloqueo de vías, la determinación de que toda restricción al ejercicio del derecho a la protesta tiene reserva de ley, y que ni siquiera bajo estados de excepción tal ejercicio puede ser tratado como delito, constituyen importantes conquistas normativas para evitar la criminalización de la libertad de expresión ejercida por medio de la protesta. Igualmente cabe destacar la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de ultraje a la bandera como una expresión de esta nueva perspectiva constitucional en materia de los derechos a la protesta y a la libertad de expresión.

Sin embargo, pese a los referidos avances en materia constitucional, aún persisten los riesgos de criminalización de la protesta social legítima, tanto en el nivel de la tipicidad, como en el de la aplicación. En lo que respecta al primer nivel de riesgos, existen tipos penales que en sí mismos catalogan como delitos actos que hacen parte del curso de protestas legítimas. Tal es el caso del delito de perturbación en servicio de transporte colectivo y oficial que se comete con el simple hecho de imposibilitar la conducción de vehículos que presten dicho servicio. La entidad de los intereses que resultan afectados con los bloqueos de vías no resulta suficiente para justificar su penalización, máxime si se tiene en cuenta que el espacio público no sólo es un escenario para la circulación, sino para la participación.

Pero sin duda, en este primer nivel, los mayores riesgos se dan por la indeterminación de los tipos penales, aunada a las interpretaciones que de los mismos han hecho la jurisprudencia y amplios sectores de la doctrina penal. Así, en el caso del delito de asonada, las elaboraciones dogmáticas en torno a la especificación de los elementos normativos, concretamente del uso de la violencia,

favorecen la criminalización de los simples desórdenes públicos, pese a que la Corte Constitucional ha señalado que el solo tumulto no puede ser penalizado. El mismo riesgo se presenta con el delito de violación a la libertad de trabajo en tanto uno de sus elementos es la comisión de la conducta mediante la violencia. Por su parte, las interpretaciones por parte de los jueces han conducido a extender la categoría de delitos cometidos con fines terroristas a ciertos actos de violencia cometidos en el curso de protestas sociales, actos que si bien deben ser objeto de reproche penal, no tienen la entidad necesaria para ser penalizados bajo los gravosos tipos de terrorismo.

En lo que respecta al nivel de la aplicación, los riesgos específicos se concretan en el uso abusivo del derecho penal. El ejemplo más notable es el proceso por secuestro en contra de los líderes de la Minga Indígena que implica el uso de un delito que en sí mismo no resulta problemático, pero que es utilizado de modo desproporcionado por la fiscalía para juzgar una conducta que más parece atípica. Sin embargo, este uso abusivo no agota los riesgos del nivel de la aplicación. Es claro que muchos de los riesgos que se dan en la tipicidad se concretan precisamente porque los operadores del sistema penal no optan por interpretaciones de los tipos que resulten más acordes con los postulados constitucionales en materia del derecho a la protesta.

Un caso particular de uso abusivo del derecho es la apertura de procesos penales por rebelión en contra de activistas acusados de pertenecer a la guerrilla. Este tipo de judicializaciones se sustentan en la estigmatización de las movilizaciones sociales como fenómenos orquestados por las guerrillas, y a su vez alimentan tal estigmatización en un proceso de doble vía.

Cabe destacar, además, que existen delitos en los que el cruce de distintos niveles de riesgo se pone en evidencia, tal como sucede en el caso del concierto para delinquir. Por un lado existen problemas en cuanto a la indeterminación de la conducta que, sin embargo, han sido contrarrestados en cierta medida por la jurisprudencia. Por otro lado, existen riesgos en cuanto a su uso abusivo como sucede en el caso del proceso adelantado en contra de los líderes del paro de los corteros de caña, en el que el acuerdo para dirigir las acciones de protesta propias del paro es catalogado como un acuerdo para cometer delitos. Y finalmente, dicho uso abusivo está fuertemente influenciado por la situación de conflicto armado y criminalidad organizada que es particular del contexto colombiano.

Tanto la investigación dogmática como la empírica ponen de manifiesto que aún hay muchas tareas pendientes en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la protesta. La primera de ellas consiste en posibilitar que la perspectiva constitucional penetre en todos los niveles del sistema penal. Todos los policías, fiscales, jueces, legisladores están en mora de asumir plenamente que protestar es un derecho y que quienes protestan deben ser tratados como ciudadanos, no como delincuentes, ni mucho menos como enemigos. Tal perspectiva no implica que todo lo que se realice en el curso de una manifestación es válido y debe ser permitido. Lo que implica es introducir parámetros de racionalidad constitucional tanto en los actos de control policial como de control penal, de tal modo que se protejan adecuadamente todos los intereses y derechos en juego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Proceso 3212, MP Dr. Jorge Carreño Luengas, 20/9/1988.

Proceso 12486, MP Carlos Augusto Gálvez Argote, 21/4/1998.

Proceso 14751, MP Jorge E. Córdoba Poveda, 2/9/1999.

Proceso 19434, MP Jorge Aníbal Gómez Gallego, 21/5/2002.

Proceso 21639, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 26/11/2003.

Proceso 17089, MP Edgar Lombana Trujillo, 23/9/2003.

Proceso 21343, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 10/9/2003.

Proceso 22201, MP Sigifredo Espinosa Pérez, 27/6/2006.

Tribunal Superior de Medellín, decisión del 3/12/1982, MP Juan Fernández Carrasquilla, en Nuevo Foro Penal, V. 5, N° 20, Bogotá, julio/agosto, 1983, p. 52.

Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal de Decisión, fallo del 24/9/2009, MP Héctor Salas Mejía.

Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Subunidad de Terrorismo, Proceso 42730, Memorial del 10/4/2002.

CHILE

Francisco Cox

Criminalización de la protesta social:

“No tiene derecho a reunirse donde le plazca”

I. Relevancia del tema

Según el informe anual de Carabineros de Chile, en el año 2008 el total de aprehendidos en el país por motivo de la comisión del delito de desórdenes públicos fue de 17.673¹.

No obstante este alto número de personas detenidas por Carabineros los autores nacionales han ignorado el tema de una manera incomprensible. En los tratados o manuales dedicados a la parte especial de derecho penal en Chile solo dos autores hacen referencias menores a los desórdenes públicos, Gustavo Labatut y Alfred Etcheberry, destinando cada uno dos párrafos al delito. En tanto que el resto de los autores ni una sola línea destinan al tema.

Respecto de la falta del artículo 495 N° 1, sólo Labatut se hace cargo de ella, limitándose a transcribirlo.

Igual situación se observa en el ámbito constitucional. Los distintos constitucionalistas nacionales no dedican páginas al tema de la criminalización de la protesta social. Existe una referencia bastante general acerca del derecho de reunión, pero que no se refiere a la criminalización de la protesta. Sólo el Informe de Derechos Humanos ha dedicado un capítulo al tema encargando su autoría al constitucionalista Domingo Lovera².

Las estadísticas policiales dan cuenta que un gran número de personas privada de libertad, aunque sea por breve tiempo, con base al tipo del artículo 269 del Código Penal, ese solo hecho justifica una revisión de la estructura normativa y de la aplicación que los tribunales y Ministerio Público hacen de él.

Las cifras mencionadas muestran que no es un delito que ha caído en desuso, y más bien parece ser que la autoridad está echando mano a dicho artículo o a la falta para sancionar, penalmente, conductas que bien pueden ser el ejercicio legítimo tanto del derecho de reunión como del de la libertad de expresión. Dichas acciones pueden estar justificada o peor aún que no haber infringido el riesgo permitido y, por lo tanto, pueden ser atípicas. De la escasa jurisprudencia que se pudo obtener este análisis está fuera de la toma de decisiones tanto de los tribunales como de los fiscales. Salvo por un juez que le valió una sanción por parte de la Corte de Apelaciones según se verá.

¹ Esta cifra parece referirse sólo a los detenidos por infracción del art. 269 CP, ya que hay otra cifra más general, pero no desagregada de detenidos por faltas.

² Lovera agrega a los clásicos derechos de reunión y libertad de expresión los de petición y asociación. Ver Lovera, Domingo, *Protesta Social y Derechos Humanos en Informe Anual de Derechos Humanos 2009*, Universidad, ps. 45 y siguientes.

Todo lo anterior amerita un análisis en cuanto a si el tipo en cuestión diferencia de manera acorde con el ordenamiento jurídico visto como una totalidad aquellas conductas justificadas o atípicas de aquellas que son ilícitas desde la perspectiva penal. O por el contrario da pie para que autoridades gubernamentales, jueces y fiscales recurran a él para sancionar a personas que ejercen su derecho a la libertad de expresión y reunión.

II. Regulación del tema por la legislación chilena

Resulta bastante evidente que quien recurre a la protesta social busca al menos dos objetivos. El primero llamar la atención de las autoridades y también del resto de la ciudadanía para que apoyen o dejen de apoyar determinadas políticas públicas (o incluso privadas como en el caso de una huelga laboral). Y el segundo, comunicar su postura frente a determinada situación que le o les afecta y lograr obtener la notoriedad e influencia que otros mecanismos más institucionales le han vedado.

De ahí que habitualmente se indique que el derecho a manifestarse está reconocido bajo dos derechos. El derecho a la libertad de expresión y opinión, y el derecho de reunión. En Chile la situación no es en nada distinta. Razón por la cual echare mano a la regulación que hace Chile de los dos derechos, pero fundamentalmente lamente del derecho de reunión.

La Constitución de la República en el artículo 19 n° 12 asegura a todas las personas: “La libertad de emitir opinión y la de informar sin cesura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”. En tanto el numeral siguiente del mismo artículo reconoce “el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.

Para comprender la aproximación que hay del tema resulta ilustrativo revisar las opiniones de quienes tuvieron a su cargo la redacción de la Constitución. Dichas opiniones se encuentran registradas en las actas de discusión de la Comisión de la Nueva Constitución de 1980 (llevadas a cabo en pleno período de la dictadura).

No obstante el ambiente en que se discutía, según se ha dicho en plena dictadura, los Comisionados tienen plena conciencia de la importancia que para la democracia tiene el derecho de reunión y el de manifestación.

Sin embargo, la actitud, un tanto recelosa, de los comisionados al momento de reconocer constitucionalmente el derecho se puede graficar con un comentario realizado por uno de ellos, el señor Silva Bascuñan. Según se verá sus expresiones son evidencia de su desconfianza, sino hostilidad, respecto del derecho en cuestión. Lo preocupante es que las palabras de Silva probablemente no solo reflejan la actitud de ciertos sectores dentro de Chile durante la dictadura sino que probablemente de muchas autoridades que gobernaron después del retorno a la democracia como veremos al analizar alguna jurisprudencia; de hecho Silva Bascuñan era demócratacristiano y posteriormente fue opositor a la dictadura. El comentario: “Porque dentro del plano de las garantías, ésta (el derecho de reunión) es, sin duda, la más dudosa, la más peligrosa de las garan-

tías individuales”³. Esta opinión negativa del comisionado no mutó con los años. El antiguo comisionado Silva dice: “Sin desconocer, por todo lo dicho, la importancia del derecho de reunión, y los servicios que está llamado a prestar en el desarrollo colectivo, y especialmente en el vigor del régimen democrático, debe admitirse que históricamente se ha usado la libertad de reunirse excediendo sus límites razonables y perturbando con ello otras expresiones del bien común de la colectividad... Desde el punto de vista de la psicología social [no hay fuentes], una asamblea popular se presta para que se manifiesten en ella –y en términos que a veces predominen– no solo serenas razones, valederas y persuasivas, o sentimientos nobles y constructivos, sino pasiones malsanas o tendencias destructoras que logran a menudo predominar en el curso de tales encuentros cuando los líderes, con ambición y audacia, las mueven con propósitos egoístas de poder y de dominación o tras metas anárquicas, injustas, demoledoras”⁴.

Resulta interesante observar las discusiones al interior de la Comisión de la nueva constitución, ya que no obstante el reconocer su vitalidad para la democracia, se observa que no hay una acabada comprensión del sentido o propósito que puede tener el derecho en una sociedad.

Por ejemplo, es digno de llamar la atención respecto de la visión del derecho que el Comisionado Jaime Guzmán tiene: “Si el día de mañana se dijera que en los radios urbanos, no se admitirán concentraciones o reuniones masivas en las plazas y calles, piensa que realmente no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental, ya que existen otros lugares más alejados de las ciudades en los cuales estas reuniones se pueden verificar”⁵. Cabe preguntarse si lo que se busca es justamente llamar la atención de la ciudadanía y/o la autoridad cómo se puede cumplir dicho objetivo en un lugar alejado de la ciudadanía.

Lo anterior es aún más sorprendente cuándo se tenía atisbos, al menos por parte de uno de los comisionados, del rol del derecho en cuestión. En efecto, el Comisionado Ovalle indica que “no está de acuerdo, sin embargo, en la pérdida de importancia del derecho de reunión frente al desarrollo de los medios de comunicación masiva. Precisamente, agrega, para aquellos que por cualquier razón, carecen de acceso a los medios de comunicación masiva, el derecho de reunión es la posibilidad que tienen de tomar contacto con los ciudadanos que comparten sus puntos de vista. Es casi una especie de paliativo o de recurso de aquellos que están desprovistos del derecho o la posibilidad de llegar a los medios de comunicación... de allí la extraordinaria importancia que mantiene este derecho en la democracia moderna”⁶. Este comentario está muy en la línea de lo expresado por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe de 2005.

³ Evans de la Cuadra, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, t. II, Jurídica, Santiago de Chile, 1986, p. 181.

⁴ Alejandro Silva Bascuñana, “El Derecho de Reunión en la Constitución de 1980”, en *Temas Actuales de Derecho Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Mario Verdugo M.*, Jurídica, Santiago de Chile, 2009, p. 313.

⁵ Ídem, nota 1, p. 182.

⁶ Ídem, p. 183.

Justamente por lo anterior es que es tan sorprendente que luego a una pregunta del comisionado Guzmán sobre si cree que viola el derecho el que se le de el poder a la autoridad administrativa para prohibir la celebración de reuniones masivas en radios céntricos de las ciudades, respondió que no.

Insisto, ¿cómo se conjuga una visión bajo la cual se considera, correctamente en mi opinión, que el derecho de reunión es un paliativo para aquellos que no tienen acceso a los medios de comunicación, si dicho derecho lo tienen que ejercer muy alejado de un radio urbano? Si la virtud del medio de comunicación social es llegar a la mayor cantidad de gente, movilizar la vergüenza y denunciar cómo una manifestación fuera de un radio urbano (si el problema al cual se dirige el reclamo es urbana) puede cumplir un rol equivalente.

Los comisionados se mostraban más preocupados de que esta garantía no produjese alteraciones del orden público y por eso muestran una incomodidad frente al derecho y consideran como legítimo sacar a las personas que lo quieren ejercer de los radios urbanos. Ello queda de manifiesto en el siguiente comentario del presidente de la Comisión, el señor Ortuzar: “La garantía no es de reunirse donde le plazca sino de reunirse. Ya verá la autoridad, de acuerdo con las disposiciones generales y el bien común, donde puede ejercer el derecho”⁷.

Bajo dicho ambiente es que se reconoce el derecho de reunión en la Constitución de Chile. Lo que vino a agravar aún más la real vigencia del derecho en Chile fue la modificación del único mecanismo, débil por cierto, para protegerlo de arbitrariedades por parte de la autoridad, a saber, que “en las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca”.

En efecto, al ingresar el proyecto de constitución al Consejo de Estado, órgano que sesionó de forma secreta, se cambió señalando que para las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público se regirán por las disposiciones generales de policía en lugar de la ley.

Aquella modificación por el Consejo de Estado y que posteriormente se convirtió en el texto definitivo de la Constitución dio lugar para que hoy en día, sí, incluso luego de 20 años de retorno a la democracia el derecho de reunión en plazas o lugares públicos se encuentre regulado por un Decreto Supremo, adoptado el año 1983 y publicado en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1983⁸.

El referido decreto supremo, de apenas cuatro artículos, establece que se debe solicitar autorización por escrito con 48 horas de anticipación a la realización de la manifestación. En dicha solicitud se tiene que señalar quiénes organizan y convocan. Asimismo se debe proporcionar a la autoridad los nombres, domicilios, profesiones y número de cédula de identidad de los organizadores, objetivo de la manifestación, quiénes van a hablar y dónde.

⁷ Ídem, 185.

⁸ El año 1982 comienzan los que se llamaron las jornadas de protesta nacional contra la dictadura. La alianza democrática y el Movimiento Democrático Popular convocaban a la ciudadanía a manifestarse contra la dictadura. Este decreto supremo se dicta en el medio de la movilización social contra la dictadura. Paradójicamente este decreto es el que utilizaron todos los intendentes de la Concertación (una fusión de la Alianza Democrática con el Movimiento Democrático Popular conformaron la Concertación de partidos democráticos) para autorizar o no, manifestaciones de la más diversa índole.

Pero las normas más problemáticas, desde el punto de vista del respeto al ejercicio del derecho son aquellas que establecen la facultad del Intendente o Gobernador, a no autorizar “reuniones o desfiles en la calles de circulación intensa y en calles en que se perturben el tránsito público”. De igual forma se le permite prohibir reuniones que se “efectúen en plazas y paseos en horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebraren en parques, plazas jardines y avenidas con sectores plantados”.

Como dijo el Presidente de la Comisión, Ortuzar, en Chile no se tiene derecho a reunir donde se plazca. Y luego de revisar las exigencias el decreto supremo queda pocos lugares donde la autoridad está obligada a aceptar manifestaciones, más bien parece un acto de gracia y se acerca mucho a pedir permiso.

Con ocasión de la preparación de este artículo llamé a la intendencia de Santiago para saber qué se tiene que hacer para hacer una manifestación en Santiago. Se me informó que tenía que pedir autorización, por lo que el sin permiso previo de la constitución parece una linda declaración con poca aplicación. Al preguntar sobre cómo era el procedimiento la persona me informó que se debía retirar un formulario. Dicho formulario señala que se debe presentar dos días antes de la fecha en que se quiere realizar el acto. Tiene determinados campos obligatorios de ser completados: Entidad que lo organiza, individualización del representante. Debiendo indicarse nombre completo, profesión, domicilio, comuna, cédula de identidad y teléfono. Asimismo, se debe indicar el objetivo del acto, lugar de inicio, recorrido, uso de la palabra, lugar de disolución y cantidad de asistente. Al final del formulario hay una nota encuadrada y destacada que señala lo siguiente: “Nota: de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del D.S. 1086, el Intendente puede no autorizar las reuniones o desfiles en calles”, repitiendo las prohibiciones que se establecían previamente.

Cabe preguntarse si esta regulación cumple con las exigencias impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al revisar las restricciones legítimas a la libertad de expresión y lo dispuesto por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió al derecho de reunión en el caso “Baena contra Panamá” estimando que no se había violado dicho derecho sin entrar en mayores análisis respecto de la solicitud de violación por parte de los recurrentes⁹.

⁹ Esta determinación de la Corte resulta francamente sorprendente ya que señala que no se probó que las personas hayan sido despedidas por participar en una marcha y que incluso la fuerza pública acompañó la marcha. Por lo tanto, no estima violado el derecho de reunión. Digo que llama la atención porque al referirse a la violación del art. 9 de la Convención Americana la Corte concluye lo siguiente: “109. Por lo que hace al principio de irretroactividad desfavorable, en el presente caso la Ley 25 entró en vigencia el 14 de diciembre de 1990 y se aplicó retroactivamente al 4 de los mismos mes y año. Las cartas de despido entregadas a los trabajadores contienen actos administrativos dictados según una ley que no existía al momento de los hechos. A los trabajadores despedidos se les informaba que su destitución se debía a la participación en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la democracia

Sin perjuicio de la oportunidad desperdiciada por la Corte Interamericana de sentar las bases para determinar la legitimidad de las restricciones al derecho a la protesta social, a lo largo de su jurisprudencia, tanto contenciosa como consultiva, ella ha reiterado que cuando se está frente a derechos que no son absolutos su limitación puede estar justificada Convencionalmente¹⁰. Sin embargo, para saber si lo está o no, se debe aplicar un test o un escrutinio a la limitación.

Lo primero que señala la Corte es que cualquier limitación debe estar establecida por ley. Una vez verificado el cumplimiento de dicha exigencia se pregunta si la limitación o restricción tiene un fin legítimo y, finalmente, si es necesario en una sociedad democrática. Este test es el que ha aplicado la Corte para casos en que se arguye la violación de uno de los derechos bases del derecho de protesta social, a saber, el de la libertad de expresión. Ello al analizar si un sistema de responsabilidades ulteriores por ejercicio del derecho de libertad de expresión es compatible o no con la Convención.

Ahora bien, ese test debe ser aplicado a dos situaciones relacionadas pero distintas. Primero se debe utilizar en el análisis de las restricciones contempladas en la regulación en Chile del derecho, ello no solo por la jurisprudencia de la Corte sino también por el texto expreso del artículo 15 de la Convención Americana. En efecto, dicho artículo impone a los Estados parte que “el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”. Luego, y en segundo lugar, para analizar la tipificación de determinadas conductas sumamente entrelazadas con el derecho a la protesta social y de su aplicación para dichos comporta-

cía y el orden constitucional y señalaban a la participación en el paro nacional como la conducta atentatoria de la democracia y el orden constitucional. 110. El Estado alegó que los despidos realizados antes de la publicación de la Ley 25 no se hicieron con base en ésta. Sin embargo, el Tribunal observa que la propia ley mencionada prevé, en su art. 1, que será aplicada no sólo a quienes *participen* en ‘acciones contra la Democracia y el Orden Constitucional’ sino también a quienes *participaron* en ellas. Esa disposición es acorde con la exposición de motivos del proyecto presentado por el Gobierno al Congreso, que se convirtió en la Ley 25. En la parte inicial de la aludida Exposición de Motivos se planteó que... El Proyecto de Ley presentado brindará al gobierno nacional la facultad de destituir a todos aquellos funcionarios públicos o dirigentes sindicales que *participaron* en la organización, llamado y ejecución del paro nacional que se intentó verificar el pasado día cinco de diciembre y el que, como se ha podido comprobar, estaba estrechamente ligado a la asonada golpista encabezada por el señor Eduardo Herrera... 112. Por otra parte, el Tribunal constata que la aludida alegación del Estado es contraria a las consideraciones emitidas por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia al resolver las demandas contencioso-administrativas de plena jurisdicción, ya que, por ejemplo, en sentencia de 30 de junio de 1993, dicha Sala estimo que... en el negocio jurídico subjúdice, el Gerente General del INTEL, *con fundamento en lo establecido en la Ley 25 de 1990*, identificó a cada uno de los trabajadores demandantes, como participantes en la organización, llamado o ejecución de acciones que atentaron contra la Democracia y el Orden Constitucional y *declaró insubsistente* el nombramiento de los trabajadores identificados” (las cursivas no son del original). Sentencia “Baena y otros c. Panamá” 5/2/2001.

¹⁰ Así lo ha señalado expresamente del derecho a la libertad de expresión, ver por ejemplo caso “Canese c. Paraguay”, Sentencia 31/8/2004, párrs. 96 y siguientes.

mientos, realizando una analogía con la vasta jurisprudencia de la Corte referida a responsabilidades ulteriores por el ejercicio a la libertad de expresión.

Al someter a la regulación del derecho de protesta en Chile al escrutinio fijado por la Corte salta de inmediato a la vista que no logra satisfacer ni siquiera el primer criterio.

En efecto, en Chile las restricciones que se establecen al referido derecho se encuentran fijados por un Decreto Supremo dictado en plena dictadura. A la luz de la opinión consultiva N° 6 no cualquier norma de carácter general puede ser considerada una ley a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el párrafo 26 de dicha opinión consultiva la Corte determinó: “No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional democrático ha establecido desde que, en el derecho interno, se proclamó la garantía de los derechos fundamentales de la persona”. Es en el párrafo 32, de la misma opinión consultiva la Corte precisa las características que ha de reunir una ley para que tenga legitimidad para restringir derechos, y sobre el particular señala: “La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad (...) Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos por la Constitución del Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto de la participación de las minorías y la ordenación al bien común”¹¹.

De lo anterior, se concluye que un decreto supremo no satisface la más mínima exigencia de legalidad para restringir derechos.

Con relación al cumplimiento de la segunda exigencia establecida por la Convención, a saber, que se busque un fin u objetivo legítimo desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos y, por ende, de una sociedad democrática. Se debe diferenciar en cuanto a los objetivos buscados por la restricción al derecho de reunión consagrados en el referido decreto supremo 1086 del Ministerio del Interior. De acuerdo con el artículo 15 de la

¹¹ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva n° 6/86, 9/5/1986.

Convención, las restricciones son necesarias para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden público, proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Al revisar los fines que justifican en Chile restricciones al derecho de reunión se concluye que el único que podría cumplir con las exigencias del artículo 15 es el del que busca evitar que “perturben el tránsito público”. Alguien podría argüir que la libre circulación del tránsito es la manifestación de derecho de circulación y caería bajo la causal justificada de “proteger el derecho de otros”. Luego veremos si una prohibición o restricción de una manifestación es necesaria en una sociedad democrática. El asegurar el esparcimiento o descanso o las plantas de los parques no caben bajo ninguna de los fines considerados legítimos del artículo 15 de la Convención y, por lo tanto, fracasarían el segundo nivel del test que ha establecido la Corte para justificar la restricción de un derecho.

Por último, corresponde analizar si la facultad de prohibir o como eufemísticamente dice el decreto supremo en cuestión, no autorizar, es necesario para una sociedad democrática. De la lectura del artículo se podría decir que se trata de un escrutinio estricto, es decir, que la restricción tiene que ser necesaria para el objetivo buscado. Se puede argumentar que la prohibición de determinada marcha por una calle puede ser necesaria para lograr el objetivo, pero como ha dicho de manera reiterada la Corte Interamericana ello no es suficiente como para dar por válida la restricción. Es necesario que además de ello no existan mecanismos menos restrictivos. El escrutinio estricto es el test más exigente a la hora de evaluar la convencionalidad de una restricción, por consiguiente si existe otro mecanismo menos restrictivo o, dicho de otra forma, que afecte menos el derecho que se intenta restringir, entonces existe la obligación de echar mano a ese mecanismo de restricción. Si existe un mecanismo menos restrictivo se puede argumentar, entonces, que la restricción no era necesaria. Se puede plantear que el mecanismo está sustancialmente relacionado con el objetivo. Y con ello deja de ser un escrutinio estricto para pasar a ser uno intermedio. Cuando un tribunal dice que tal medida de restricción sobrevive el test porque está estrechamente relacionada con la consecución de un interés público preponderante, está empleando un escrutinio intermedio y no uno estricto. Por el contrario, si se señala que una determinada restricción o medida es considerada razonable o idóneo para la consecución del fin; entonces estamos frente al escrutinio más relajado es decir el de la base racional o racionalidad del medio empleado. La jurisprudencia de la Corte Interamericana no es del todo clara y pasa de un escrutinio a otro en menos de un párrafo con lo cual no es fácil saber cuándo emplea un escrutinio y cuando otro, pero si la exigencia es que sea necesario para una sociedad democrática pareciera ser que hay una inclinación más fuerte a pensar que se debe recurrir al escrutinio estricto.

Junto con revisar si la restricción es necesaria se debe obviamente que ponderar los derechos que entran en conflicto para lo cual es necesario ver el nivel de afectación de uno derecho al entrar en conflicto con el otro.

Una prohibición de realizar una manifestación o protesta obviamente implica que el derecho de circulación está entrando en conflicto con el de protestar. Por lo que se deben analizar las situaciones fácticas y me parece que debe entonces considerar la razón de la protesta. Ello me parece así aun cuando pueda abrir pie a una eventual situación de censura previa, lo que está absolutamente

prohibida por la Convención. Obviamente que no puede ser el contenido de la protesta lo que determine si se prohíbe o no, o se redirecciona, sino que la relevancia social del tema tiene que ser analizado junto con otros factores.

De esta rápida revisión se observa que la regulación del derecho a la protesta en Chile no cumple con los estándares internacionales mínimos expuesto en cualquiera de los tres niveles.

Por último, en este punto sobre la regulación de la protesta social, es necesario mencionar un proyecto de ley que como denuncia el Informe Anual sobre Derechos Humanos de Chile 2009 de la Universidad Diego Portales hace responsables a los organizadores de las manifestaciones por los daños que se provoquen a la propiedad pública y privada. El artículo 4 del proyecto de ley, aprobado en la Cámara de Diputados, señala:

“Los organizadores y los convocantes a reuniones o manifestaciones pública a realizarse en plazas calles u otros lugares de uso público, deberán adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las mismas.

Los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos.

Se presumirá que los organizadores y convocantes a reuniones o manifestaciones públicas han adoptado las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando cumplan las obligaciones impuestas por las disposiciones generales de policía.

Se presumirá que son organizadores y convocantes de una manifestación pública, las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad de conformidad a las disposiciones generales de policía. En caso que no hay habido tal comunicación, se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse, o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación, o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo”.

Este proyecto de ley resulta un claro desincentivo a que la gente en Chile se manifieste, las organizaciones, ya marginales dentro de las estructuras de poder, y personas que se ven en la necesidad de manifestar su disconformidad lo pensarán dos veces antes de dar a conocer su malestar en la vía pública si es que deben de responder por los daños que terceros puedan provocar a la propiedad privada y pública. Afortunadamente aún no es ley, y ya distintas bancadas han señalado que recurrirán a instancias internacionales en caso de aprobarse. En la actualidad, no tiene urgencia dicho proyecto con lo cual puede demorar bastante su aprobación, pero había avanzado bastante rápido en los distintos trámites constitucionales.

Por último, en cuanto a la regulación del derecho de protesta en Chile, el Código Penal sanciona en el artículo 158 n° 3 con “pena de suspensión en sus grados mínimo a medio, si gozare de renta y la de reclusión menor en su grado mínimo o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando prestare servicios gratuitos el empleado público que arbitrariamente: Prohibiere o impidiere una reunión o manifestación pacífica y legal o la mandare o la mandare disolver o suspender”.

Este delito no tiene ninguna aplicación. Dada la regulación que tiene el derecho de reunión en Chile y la discrecionalidad que se le entrega a la autoridad, no es fácil que tenga aplicación el delito. En efecto, el elemento normativo “arbitrariamente” impone una exigencia típica que difícilmente podrá concurrir. La letra e del artículo 2 del Decreto Supremo 1086 dispone que “si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”. Por consiguiente si un grupo de personas comienza a protestar espontáneamente y no se ha notificado con 48 horas de anticipación entonces se puede prohibir, disolver o suspender sin que exista arbitrariedad.

Por otra parte, la amplitud de la letra f, del mismo artículo y decreto supremo, para considerar que la reunión se verifica con armas también da pie a que la aplicación de este delito no tenga impacto real en la protección de la población ante las arbitrariedades de la autoridad. En efecto, se considera “que las reuniones se verifican con armas, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierro, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general cualquier elemento de naturaleza semejante”.

Cabe preguntarse: Si en una manifestación los asistentes portan lienzos con barras metálicas para que no se doble con el viento, o palos de los cuales flamean banderas, o es una marcha de trabajadores y como símbolo llevan sus herramientas de trabajo, ¿se está frente a una marcha o reunión no pacífica? Con la existencia de la norma analizada la respuesta de si lo es o no que queda a la absoluta discrecionalidad de la autoridad.

En definitiva la regulación que le ha dado el Estado de Chile al derecho de protesta, en su gran mayoría, es violatorio de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

III. Criminalización de la protesta social

Dos normas son las de aplicación por parte de las autoridades para sancionar eventuales delitos producidos con ocasión de una protesta o manifestaciones de los ciudadanos. Ellas son los artículos 269 y 495, N° 1, del Código Penal. También se hará un paneo al delito de amenaza contra la autoridad contemplado en el artículo 264 del Código Penal, ya que en al menos un caso en Chile se ha echado mano a dicho artículo para sancionar a una dirigente social. Las otras faltas están más referida a los llamados desórdenes en espectáculos públicos y si bien se utilizan escapan la temática de la protesta social. Siendo los delitos o faltas ya referidos los de mayor aplicación por parte de las distintas autoridades.

El artículo 269 del Código Penal prescribe que “los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensas causados”.

Ese es el tipo del delito de desórdenes públicos. Como ya se anticipó este delito no es del interés de la doctrina nacional, pese a la relevancia estadística que tiene en cuanto a las detenciones registradas los distintos años por esta causal.

La referencia del autor Alfredo Etcheberry es tan breve que se puede transcribir en su totalidad:

“Se refiere a ellos el artículo 269, que castiga a los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular, o con cualquier otro fin reprobado. Se advierte que la penalidad es sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa que causen. La tipicidad de este delito, como lo hace notar Labatut, tiene una doble limitación: por un extremo, no debe tratarse de los desórdenes que llegan a constituir desacatos¹², y por el otro, no debe ser desórdenes de escasa gravedad, que se sancionan como faltas en los artículos 494 N° 1 y 2; 495 N° 1 y 2 y 496 N° 7 y 8. El delito está integrado por un elemento subjetivo: el propósito de causa ‘injuria u otro mal’ a alguna persona particular, o en términos amplísimos, ‘cualquier otro fin reprobado’. La expresión ‘injuria’ está tomada aquí en sentido genérico de ‘daño’ y no en el ‘específico de delito de injuria’”.

La disposición que conserva la penalidad autónoma del daño o la injuria que se causen es importante, y necesitó de un texto expreso, ya que de conformidad con las reglas generales sobre concursos de delitos y de leyes, ordinariamente la penalidad de los ‘desórdenes públicos’ habría sido enteramente desplazada por la correspondiente al mal causado, siempre que ésta fuese mayor que la del aquel delito”¹³.

Esa es toda la referencia que destina el profesor Etcheberry al delito en cuestión. Por su parte Labatut tampoco destina muchas reflexiones al delito. Se localiza a hacer una referencia a los límites de este delito ya anotada por Etcheberry. Junto con lo anterior manifiesta:

“La calificación de injuria, así como la apreciación de su gravedad, han de hacerse con el mismo criterio que señalamos al estudiar el desacato¹⁴. El término mal que emplea la ley comprende tanto el daño material como el moral. El delito es formal y se castiga con el que resulte por el daño u ofensa causados.

De las actas de la Comisión Redactora (sesión 57) se desprende que no quedan comprendidos en la disposición en estudio los gritos o desórdenes aislados, no precedidos de un concierto o deliberada resolución para trastornar el orden público (...) Según tuvimos ocasión de hacerlo notar (...) el artículo 6° de la Ley de Seguridad del Estado (hoy derogado) en su letra a) precisa y aclara el sentido de la disposición en estudio –especialmente de la frase ‘cualquier otro fin reprobado’– al sancionar los desórdenes o actos de violencia cuya finalidad sea la alteración de la tranquilidad pública. Es una disposición de carácter político que se aplicará de preferencia a la del Código Penal cuando el propósito de los hechos sea la perturbación del orden público con fines distintos del de “causar injuria u otro mal a alguna persona particular”¹⁵.

Lo que se ha transcrito es todo lo que la doctrina nacional le dedica al delito de desórdenes públicos. En tanto que respecto a la falta del artículo 495 n° 1

¹² Delito derogado.

¹³ Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. IV, 3ª ed., Jurídica, Santiago de Chile, ps. 270-271.

¹⁴ Al respecto Labatut señala: “La palabra ‘injuria’ empleada por los artículos 263 y 264 está tomada en su más amplio sentido y abarca todos los actos o expresiones ofensivos contra la autoridad, sean ellos calumnias, injurias, difamaciones, amenazas o desórdenes”, Labatut, Gustavo, *Derecho Penal*, t. II, 7ª ed., Jurídica, Santiago de Chile, 1977, p. 100.

¹⁵ Ídem, ps. 101 y 102.

según ya se dijo, Labatut se limita a transcribir los artículos. Lo mismo ocurre respecto de las otras faltas mencionadas por Labatut que tienen un impacto menor.

Según se pudo observar los dos autores nacionales que se hacen cargo del delito en sus respectivos manuales, no problematizan con la redacción del tipo ni las opciones del legislador a la hora de tipificar estas conductas.

Ello no obstante, que al menos un grave problema salta rápidamente a la vista con la tipificación seguida por el legislador. A saber, que las conductas sancionadas no se encuentran suficientemente descritas en el tipo.

Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al referirse a la verificación o no de una violación del artículo 9 de la Convención Americana: “Con respecto al principio de legalidad penal, la Corte ha señalado que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad”^{16/17}.

En igual sentido se pronuncia la doctrina así: “El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de precisión de la ley penal... El postulado de la precisión de la ley da lugar al llamado ‘mandato de determinación’ que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que puede acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas”¹⁸.

La conducta: “perturbar gravemente la tranquilidad pública” en mi opinión no cumple con la exigencia descriptiva que ha exigido la Corte Interamericana de los Estados a la hora de cumplir con la exigencias del artículo 9 de la Convención convirtiéndola en una ley penal abierta y viola no solo dicho tratado internacional sino uno de los principios básicos del derecho penal liberal.

Sin embargo, la Constitución de la República de Chile en su artículo 19 n° 3 no es tan rigurosa en su exigencia descriptiva para las leyes penales. En efecto, según da cuenta Enrique Evans De la Cuadra: “Este inciso final del artículo 19 N° 3 del artículo 19 pretendió, en su origen, prohibir la dictación de las llamadas leyes penales en blanco, que son aquellas en que el legislador se limita a describir parcialmente la conducta sancionada remitiéndose a otras normas

¹⁶ Cfr. Caso “Ricardo Canese”, nota 3, párr. 174; y caso “Cantoral Benavides”, nota 25, párr. 157 y caso “Castillo Petruzzi y otros”, nota 25, párr. 121. Citad por la Corte Interamericana en el fallo.

¹⁷ Corte Interamericana, caso “Lori Berenson Mejía c. Perú”, Sentencia de 25/11/2004, párr. 125.

¹⁸ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, PPU, ps. 85 y 86. En igual sentido parte de la doctrina nacional, por ejemplo, Juan Bustos Ramírez, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, 3ª ed., Ariel, ps. 60 y siguientes.

jurídicas, generalmente resoluciones de autoridad, para que complete la FIGURA DELICTIVA (mayúsculas en original). Lamentablemente porque en la CENC formando parte de la unanimidad de sus miembros, adherimos a la tesis de la prohibición constitucional de ese tipo de leyes, la Constitución de 1980 suprimió una palabra del proyecto del CENC y del proyecto del Consejo de Estado, cambiando esa prohibición por una mera exigencia de “tipicidad de la ley penal”. En efecto, esos proyectos preceptuaban que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté completa y expresamente descrita en ella”. La Constitución eliminó la palabra “completa”, con lo cual, si bien mantuvo la exigencia de que la conducta ilícita sea creada por la ley, no exigió simultáneamente que esta creación fuera completa, con lo cual eliminó la prohibición de dictar leyes penales en blanco¹⁹.

Esa modificación y la interpretación que de ella ha dado la doctrina nacional llevó a que el Tribunal Constitucional interprete que la conducta no debe estar completamente descrita en la ley penal, exigiéndose solo que lo central de la acción u omisión prohibida penalmente sea determinada por la ley penal.

Sin embargo, la dictación de un fallo del Tribunal Constitucional hace desaparecer la distinción entre ley penal en blanco propia y ley penal abierta. Ya que según se verá, cualquier referencia, por vaga que sea, de la conducta hace que se esté frente a una ley penal en blanco permitida constitucionalmente. Dado lo ilustrativo de dicha discusión para el análisis en cuestión me permitiré citar en extenso el fallo.

El caso se refiere a la muerte de algunos militares cumpliendo el servicio militar y que producto de las órdenes dadas por los superiores, no obstante el mal clima, siguieron realizando un ejercicio militar en la cordillera. Uno de los procesados cuestionó la legalidad de uno de los delitos del Código de Justicia Militar. La norma en cuestión dispone: “Será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados o con pérdida de su estado militar, el militar: 3° El que sin incurrir en desobediencia o en el delito previsto en el artículo 294, deje de cumplir sus deberes militares”.

Al rechazar el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad el Tribunal Constitucional, en lo atinente a al tema de referencia, razonó de la siguiente forma:

“Séptimo. Que, según lo expuesto, la confrontación abstracta entre la disposición constitucional que establece la legalidad de la ley penal en el artículo 19, N° 3, inciso final, del Código Político, con las denominadas leyes penales en blanco, depende de la ubicación que éstas tengan en las diversas clasificaciones que la doctrina les atribuye según las condiciones mínimas que aquéllas debieran cumplir y que la jurisprudencia ha incorporado en sus resoluciones. Bajo tal criterio, están permitidas por nuestro ordenamiento constitucional las llamadas leyes penales en blanco impropias o de reenvío, o sea, aquellas cuya remisión para la descripción de la conducta punible se encuentra en otra ley o en norma originada en la instancia legislativa, penal o no. Están permitidas, también, aquellas cuyo destino de remisión se encuentra establecido expresamente en la ley, aun cuando sea una norma no originada en la ins-

¹⁹ Evans de la Cuadra, *Los Derechos Constitucionales*, cit., p. 33.

tancia legislativa, siempre que en la ley se describa el núcleo central de la conducta punible. El primer grupo de las permitidas se ajustan a la exigencia del rango legal de la remisión; el segundo, a las exigencias de la tipicidad; (...)

Décimo. Que, sin perjuicio de las observaciones expuestas y siguiendo el grueso de lo razonado precedentemente, puede afirmarse que la conducta descrita por el número 3 del artículo 299 del Código de Justicia Militar constituye la descripción suficiente del 'núcleo central' de la conducta punible, pues dicha afirmación se sostiene en que los 'deberes militares' no constituyen para los militares referencias indeterminadas o desconocidas, sino conceptos precisos con cuyo contenido los oficiales, cuyo es el caso del requirente Patricio Cereceda Truan, se familiarizan desde el inicio de su formación en las Escuelas Matrices de Oficiales de las Fuerzas Armadas, pues son parte de su malla curricular, y en torno a los que transcurre la totalidad de la vida castrense, además de vincularse directamente al carácter de 'disciplinadas' que el artículo 101, inciso tercero, de la Constitución Política le otorga a las Fuerzas Armadas;

Decimoprimer. Que la heterogeneidad de las conductas establecidas en el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas ya mencionado, no obsta para que algunas de ellas efectivamente tengan un contenido preciso y se entiendan como un complemento coherente del artículo 299, N° 3, del Código de Justicia Militar que nos ocupa. Desde luego, poseen tal calidad los artículos 12 y 20 del cuerpo legal que respectivamente disponen: (artículo 12) 'Los militares, de acuerdo con su jerarquía, tienen la responsabilidad del puesto que ocupan, deben cumplir las prescripciones reglamentarias y las órdenes de sus superiores, y hacer uso de iniciativa en aquellos casos no establecidos, pero que obedezcan a razones de necesidad, dignidad u honor'; (artículo 20) 'Antes de dar una orden es preciso reflexionar, para que ella no sea contraria al espíritu o letra de las leyes y reglamentos en vigor, esté bien concebida, se pueda cumplir con el mínimo de tropiezos o roces, y, muy especialmente, para que no haya necesidad de una contraorden'.

'Toda orden del servicio impartida por un superior debe cumplirse sin réplica, salvo si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior, al dictarla, no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o parezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema, con razón, que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito. En tales casos podrá el inferior suspender momentáneamente el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediatamente cuenta al superior'.

'Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos en que fue dada'.

'Las responsabilidades que resulten del cumplimiento de las órdenes corresponden al superior que las dicta. Los subalternos no pueden reclamar de ellas ni comentarlas'.

'Los superiores que dan órdenes y los que deben ejecutarlas están obligados a adoptar las medidas y providencias conducentes a la mejor ejecución de ellas';

Decimosegundo. Que, consecuentemente, el artículo 299, numeral tercero, del Código de Justicia Militar contiene el núcleo básico de la conducta punible descrita y la certeza respecto de su conocimiento está asegurada para quienes afecta"²⁰.

Sobre la base del fallo recién citado se puede observar que un cuestionamiento a la constitucionalidad de la norma que penaliza los desórdenes públicos

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencia de 7/6/2006, Rol 559.

en Chile no tendría muchas posibilidades de éxito. No obstante la evidente conclusión que el artículo 269 del Código Penal es constitucional de acuerdo al derecho chileno vigente hoy en día; me parece que a la luz de los principios del derecho penal y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el carácter abierto de esta ley penal está dado porque contiene elementos normativos con conductas de textura abiertas que hacen difícil que una persona pueda adecuar su comportamiento a la exigencia de la ley.

¿Qué significa turbar gravemente la tranquilidad pública? ¿Sabrá realmente una persona que llega a Chile, toma el Código Penal, se dirige al artículo 269, lo lee, si en Chile puede ir a la Plaza de Armas, tomar un megáfono y comenzar a gritar sin ser perseguida penalmente? Creo que la respuesta es no. La descripción: “Turbar gravemente la tranquilidad pública” no es lo suficientemente clara como para diferenciar conductas permitidas de la que no lo son. Dando pie justamente a la arbitrariedad que el principio de tipicidad busca eliminar o restringir. Si a ellos agregamos los propósitos que se deben buscar entonces la indeterminación es total y la cobertura penal: omnicompreensiva. La norma prescribe unos determinados objetivos que se deben de buscar con la perturbación grave de la tranquilidad pública, a saber, “causar injuria u otro mal a alguna persona particular o cualquier otro fin reprobado”.

La expresión “Causar injuria”, ya se ha dicho, se emplea como sinónimo de daño. Luego el artículo agrega “otro mal”. Por lo menos la limitación de que sea a un persona particular podría significar alguna restricción en su aplicación. Pero esa ilusión se desvanece de manera rápida cuando se agrega una cláusula del tipo: “cualquier otro fin reprobado”. Reprobado por quién, obviamente resultará siendo por el juez que de aplicación de la norma, pero eso es justamente lo que el principio de legalidad intenta limitar al máximo.

Por último, la pena asignada al delito resulta desproporcional a la luz del sistema de penas de la legislación nacional. El legislador le ha asignado la pena de presidio menor en su grado mínimo, es decir 61 a 540 días de privación de libertad.

El sistema de penas privativas de libertad en Chile va desde la prisión hasta el presidio perpetuo calificado. El tramo de la prisión va desde un día a los 60 de privación de libertad. En tanto que los presidios pueden ser menor, mayor y perpetuo simple y calificado. Ello se traduce que los presidios van desde los 61 días a los veinte años. En tanto que el presidio perpetuos simple le permite al condenado solicitar un beneficio a los veinte años y el calificado a los cuarenta.

Si bien se puede argumentar que en el esquema señalado la pena de 61 a 541 días no resulta excesiva. Sin embargo, la proporcionalidad de la pena se debe observar en relación al merecimiento de la pena y las penas asignadas a otros delitos.

En cuanto al primer criterio me parece que debe aplicarse teniendo en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso. En tanto que la revisión comparativa de penas se observa lo desproporcionado de la asignada a los desórdenes públicos. Por ejemplo, el delito usurpación violenta tiene una pena de multa. Por otra parte el manejo en estado de ebriedad tiene la misma pena que los desórdenes públicos. El tramo inferior de la detención ilegal también es presidio menor en

su grado mínimo. El delito de abuso contra particulares, tiene una pena de suspensión del empleo y multa²¹.

Si bien es cierto que habitualmente dado el sistema de cumplimiento alternativo de penas en Chile, la primera condena de la persona no será privado de libertad sino que con una pena remitida. Sin embargo, el plazo mínimo que se da es de un año. Es decir, una persona debe firmar por un año, una vez al mes en Centro de Reinserción Social de Gendarmería. Si la persona que ha sido condenada es una activista o un estudiante, es probable que vuelva a manifestarse y que pueda volver a ser condena. La segunda condena deberá cumplirla en Reclusión Nocturna, y la tercera, cumplirla privado de libertad. Supongamos que la persona vuelve a participar en una protesta antes de cumplir el año por el cual se remitió la pena. Entonces, por el solo ministerio de la ley dice el artículo 26 de la ley 18.216, se debe revocar el beneficio. Es decir en teoría la persona debería cumplir privado de libertad la condena impuesta. Algunos tribunales permiten que esa revocación sea cumplida en Reclusión Nocturna, pero otros estiman que simplemente se revoca el beneficio y la persona debe entrar a cumplir efectivamente la condena.

En la aplicación del test empleado por la Corte Interamericana a la opción al tipificar los desórdenes públicos en Chile nuevamente fracasa y debe concluirse que puede redundar, en una parte en un mecanismo indirecto de censura y en el otro una restricción no necesaria en una sociedad democrática del derecho de reunión.

En efecto, si bien es cierto que el delito sí se encuentra tipificado en una ley dado lo poco descriptivo del tipo en la práctica hace que la conducta prohibida lo sea por una práctica jurisprudencial o peor aún por la decisión de la autoridad. El fin buscado no queda del todo claro a ratos parece el orden público, bien jurídico bastante vago, pero usual en nuestras legislaciones y aceptadas por la propia Convención. Pero la opción de penalizar parece la herramienta más extrema existiendo otros mecanismos de protección del bien jurídico que dice buscar proteger tanto el artículo 269 del Código Penal como el artículo 415 n° 1.

La situación descrita deja de manifiesto que no se satisface las exigencias del test utilizado por la Corte Interamericana para analizar si es necesario para una sociedad democrática la restricción de un derecho por vía de la penalización de una determinada conducta. Máxime cuando puede ser la manifestación del ejercicio de un derecho garantizado por la Convención Americana.

Otra grave violación en la que incurre la fórmula escogida por el Estado chileno para regular el derecho de protesta es el de violentar el carácter subsidiario del derecho penal, también conocido como el carácter de última ratio del derecho penal. Ya que cualquier protesta puede derivar en ser objeto de una sanción penal.

Si bien es cierto que este principio o límite al poder punitivo del Estado está en los hechos, en franca retirada en casi todas nuestras sociedades, todavía

²¹ El artículo 255 sanciona al empleado público que, desempeñando un acto del servicio, cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo.

merece ser recordado especialmente cuando se corre el riesgo de penalizar el ejercicio de derechos.

Si a todo los problemas ya descritos al revisar el artículo 269 le sumamos la existencia del artículo 495 del Código Penal en su numeral primero; la conclusión es que en Chile simplemente no se puede protestar, si es que así lo quiere la autoridad, o que para ello hay que estar dispuesto a estar expuesto a ser sancionado penalmente. En Chile el derecho penal tiene una presencia vigorosa en el mundo de la protesta social.

El artículo 495 numeral primero del Código Penal prescribe: “Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual 1° El que contraviere a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito”.

Esta norma es una cláusula de cierre, es decir, lo que no cae bajo el artículo 269 lo hace en el 495, ambos del Código Penal. La técnica legislativa es francamente violatoria de la Convención Americana. Si ya el artículo 269 se consideraba violatorio del principio de legalidad, respecto de esta norma la situación es a lo menos la misma sino peor. El elemento normativo “contravenir las reglas dictadas por la autoridad” es de una vaguedad superlativa. No se precisa qué autoridad. Un intérprete podría considerar que no son solo se refiere a las que dictare la Intendencia respectiva al momento de solicitar autorización, más allá de los eufemismos del decreto supremo referido más arriba, es lo que se hace pedir autorización y facultar a la autoridad para que prohíba; sino que también las que dicte cualquier carabinero apostado en el lugar.

Se podrá argumentar que la pena impuesta es más bien baja. Una Unidad Tributaria Mensual equivale a treinta mil pesos aproximadamente y el dólar, a la fecha de este artículo estaba a 533 pesos, es decir, son 56 dólares aproximadamente. Sin embargo, las faltas también se registran en el prontuario de una persona. Pero además implica una condena penal.

Por último, respecto del artículo 264 la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya dio su veredicto respecto de su compatibilidad con el artículo 13 de la Convención Americana:

“92. La Corte nota con preocupación que, a pesar del valioso aporte de la reforma legislativa, se conserva en el artículo 264 del Código Penal reformado un tipo penal de ‘amenaza’ a las mismas autoridades que constituían, con anterioridad a la reforma de dicho Código, el sujeto pasivo del delito de desacato. De esta manera se contempla en el Código Penal una descripción que es ambigua y no delimita claramente cuál es el ámbito típico de la conducta delictiva, lo cual podría llevar a interpretaciones amplias que permitirían que las conductas anteriormente consideradas como desacato sean penalizadas indebidamente a través del tipo penal de amenazas. Por ello, si decide conservar dicha norma, el Estado debe precisar de qué tipo de amenazas se trata, de forma tal que no se reprima la libertad de pensamiento y de expresión de opiniones válidas y legítimas o cualesquiera inconformidades y protestas respecto de la actuación de los órganos públicos y sus integrantes”²².

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Palamara c. Chile”, Sentencia de 22/11/2005.

La Corte Interamericana mostró ser sumamente visionaria. Según da cuenta el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, de la Universidad Diego Portales: “En abril de 2009 la vocera del Movimiento ANDHA (la asociación de deudores habitacionales), Roxana Miranda Meneses, fue formalizada por el delito de amenazas a la Presidenta de la República. En una protesta, la vocera habría dicho: “Espérense que le tenemos una sorpresa a la Presidenta, prepárense, que se prepare la Presidenta no más, que resguarde su seguridad, es solamente un mensaje para ella. Al día siguiente fue detenida, formalizada y dejada en libertad mientras se desarrollaba la investigación. Ella declaró que se trataba de un ‘mensaje que han hecho los deudores habitacionales, el cual es que van a seguir luchando por los derechos humanos fundamentales, el que es tener una vivienda digna’”²³.

A la luz de todo lo señalado parece que las opciones legislativas y normativas que ha realizado Chile para regular el derecho a la protesta o manifestación son violatorias de normas internacionales y de principios básicos de derecho penal.

IV. Aplicación de los tipos por los órganos del sistema penal

Con el objeto de preparar este artículo se solicitó a La Fiscalía Centro Norte información referente a las estadísticas referida a desórdenes públicos.

La competencia territorial de la Fiscalía Centro Norte abarca Santiago Centro, Estación Central, Recoleta, Quinta Normal, Independencia, entre otras y donde están la mayoría de las universidades, los liceos más importantes y es donde se ubica el centro cívico de Santiago. Por ejemplo, en esta zona están las casas centrales de la Universidad de Chile, la Universidad Católica y la Universidad de Santiago. El emblemático Instituto Nacional, Barros Arana y Liceo de Aplicaciones están todos ubicados en esta zona. La Moneda, Ministerios y Palacio de Tribunales también se ubican en esta área. El Cementerio General, lugar donde muchos de las manifestaciones en honor a los detenidos desaparecidos se llevan a cabo. Todos esos lugares son competencia de la Fiscalía Centro Norte. Por consiguiente cualquier delito cometido en el contexto o con ocasión de una protesta en la Región Metropolitana muy probablemente será investigado por la Fiscalía Centro Norte. Los datos son los siguientes:

Número de imputados por delitos de desórdenes públicos (2005-2009)

Fiscalía	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Territorial b	618	3883	3447	627	1211	9786
Territorial a	30	12	13	3.303	2431	5789
Territorial c	0	5	24	386	652	1067
Rpa	0	0	689	0	0	689
Chacabuco	49	36	40	375	32	532
Tráfico de drogas	0	0	4	0	0	4
Sexuales y violentos	0	0	2	0	0	2
Total	697	3936	4219	4691	4326	17869

²³ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, cit., p. 58.

Procedimiento de término para imputados por delitos de desórdenes públicos (2005-2009)

Procedimientos de término	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Sin procedimiento	573	3089	2863	3100	2684	12309
Monitorio	60	651	188	1240	968	3107
Ordinario	1	69	105	106	22	303
Simplificado	5	27	10	22	47	111
Abreviado	0	11	0	1	0	12
Total	639	3847	3166	4469	3721	15842

Tiempo de tramitación para delitos de desórdenes públicos, en días (2005-2009)

Tiempos de tramitación	Total
Sin procedimiento	110,7
Monitorio	52,3
Ordinario	307,5
Simplificado	217,6
Abreviado	49,3
Promedio de días	55,2

Procedimiento de término para imputados por delito de desórdenes públicos (2005-2009)

Procedimientos de término	2005	2006	2007	2008	2009	Total
Acoge req. Proced. Monit.y proposic multa	59	659	188	1240	968	3114
Acuerdo reparatorio (art. 241 y 242)	0	0	0	2	0	2
Archivo provisional	32	83	83	107	31	336
Decisión de no perseverar en el proced	0	5	60	89	7	161
Incomp. materias correspond. sistema antiguo	0	0	0	0	3	3
Incomp. tratarse materias conoc. otro tribunal	5	2	4	10	3	24
No inicio investigación	85	146	127	1170	633	2161
Principio de oportunidad	451	2858	2649	1813	2014	9785
S. definitiva (susp. imposit. de la cond. 398)	0	0	0	1	0	1
Sentencia definitiva absolutoria	0	21	0	4	36	61
Sentencia definitiva condenatoria	4	9	7	15	9	44
Sobres definitivo (causales del art. 250)	3	46	12	16	17	94
Sin procedimiento	0	18	36	2	0	56
Total	639	3847	3166	4469	3721	15842

Del período estudiado se observa que el mayor número de causas terminó ya sea por principio de oportunidad, facultad de no iniciar investigación, decisiones de no perseverar o archivo provisional. Aparentemente esta salida procesal parece satisfactoria, pero creo que dicho optimismo debe ser relativizado al observar el tiempo de tramitación de las causas de aquel acápite que se refiere a este tipo de término es de 110,7 días. Es decir, no fueron decisiones tomadas al inicio de la causa sino que, por el contrario, las investigaciones estuvieron abiertas por dicho período. También morigera el optimismo el hecho que todas estas terminos no implican un reconocimiento de licitud penal de la conducta. En los

hechos dejan en suspenso, en un verdadero el limbo jurídico, el pronunciamiento sobre si la conducta desplegada por la persona imputada se enmarcaba dentro del ejercicio legítimo de un derecho o al no ser imputable dicha conducta al imputado por no haber rebasado el riesgo permitido.

Si se observan las cifras las sentencias absolutorias son 61 y los sobreseimientos definitivos 94, es decir, en el período en cuestión en solo 155 causas se estableció de manera definitiva la no existencia del ilícito penal.

La falta de una decisión judicial o jurídica sobre la ilicitud o licitud de la conducta desplegada tiene relevancia práctica porque muchas veces los fiscales en distintas audiencias echan mano al SAF (Sistema de Asistencia Fiscal) para argumentar solicitudes de medidas cautelares y cualquiera de estos mecanismos de término no dan cuenta de una inocencia y, por lo tanto, argumentan diciendo que si bien el Ministerio Público ejerció el principio de oportunidad el imputado ha entrado antes en conflicto con la ley. Algunos jueces desestiman esta argumentación fundado en la presunción de inocencia, pero otros escuchan y pueden aplicar una medida cautelar más gravosa que la que proporcionalmente correspondería para el caso.

De igual forma resulta relevante para la eventual presentación, por parte del detenido e imputado, de una querrella por detención ilegal. En efecto, un argumento muy fuerte para decir que existió una arbitrariedad en la detención es justamente la decisión de un tribunal de sobreseer o absolver de la imputación por la cual se produjo la privación momentánea de libertad.

Eso los fiscales lo saben y cuando se enfrentan a un defensor dispuesto a ello echan mano a el principio de oportunidad para evitar la absolución o el sobreseimiento definitivo.

La forma en que habitualmente funciona el sistema es el siguiente: en el caso de desórdenes por faltas, el fiscal envía un requerimiento de procedimiento monitorio solicitando la aplicación de una multa, dado lo mecanizado del sistema la gran mayoría de los tribunales simplemente lo aceptan, tanto el procedimiento como la multa solicitada por el fiscal. El requerimiento y la resolución que recayó sobre él se notifica al imputado. Muchos imputados no logran comprender; no obstante que se les dice en la notificación obviamente en jerga jurídica, que deben oponerse a la aplicación de la multa que se sugiere. Si no manifiestan dicha oposición entonces queda firme la aplicación de la multa. Con ello la estadística del Fiscal figura como con una causa terminada y con una condena, algo bueno para sus estadísticas internas. Con ello tiene un gran número de causas terminadas y tramitadas lo que redundo en una buena evaluación interna. Si se observan los números en el período el segundo número más alto después de los principios de oportunidad es el de acoge requerimiento procedimiento monitorio y proposición de multa: 3114.

En caso de que dentro de plazo el imputado se oponga se cita a audiencia de juicio simplificado donde en principio el imputado debe llevar todos sus medios de prueba.

La estrategia, en esa audiencia, seguida al menos en una fiscalía es ofrecer en ese caso una rebaja sustancial de la multa si es que la persona acepta su responsabilidad. El problema del sistema de licitación de defensa y sobre carga de trabajo de los defensores ha creado incentivos perversos para que exista una fuerte estimulación por parte de los defensores a aconsejar al imputado aceptar

estas rebajas. En caso que no acepta se ofrece una suspensión condicional del procedimiento y aquí las presiones son más fuertes ya que se le dice que si firma cada dos o tres meses un libro en la comisaría en sus antecedentes no aparecerá una anotación prontuaria. En el evento que el imputado nuevamente rechace esta oferta entonces el fiscal dice que no se está listo para ir a juicio y solicitan nuevo día y hora. Es decir, el imputado, previendo que se pudiera realizar el juicio lleva su prueba, con la pérdida de tiempo que ello significa para todos y el fiscal no hace concurrir a los Carabineros, no lleva los eventuales videos que pudiera tener, etc. Cuando finalmente se va a realizar el juicio entonces el fiscal decide aplicar principio de oportunidad sin que la defensa pueda oponerse a su aplicación.

Esta es exactamente la situación vivida en un caso llevado por las Clínicas de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Un estudiante llamado Howard Symess participaba de las protestas realizadas contra la ley general de educación. En momentos que se encontraba mirando como se llevaban detenido a otro estudiante increpa a Carabineros diciendo: “¿Qué estaba haciendo el cabro? ¿Estaba robando? ¿Estaba vendiendo droga?”. Uno de los carabineros profundamente molesto con los cuestionamientos se abalanzó sobre él y lo tomó detenido, a lo que él dice: “No pos, no, miren como me llevan”. Esto lo pudo ver todo Chile porque fue filmado por las cámaras de todos los canales de televisión y se transmitió en todos los noticieros.

Pues bien, el Ministerio Público presenta un requerimiento de procedimiento monitorio en contra de doce personas los hechos vale la pena transcribirlo para ver que todas las aprehensiones teóricas anotadas al comienzo de este artículo, se concretizan en la práctica.

Hechos: “El día 13 de mayo de 2009, aproximadamente a las 13:10 horas en circunstancias que personal policial se encontraba de servicio en Parque Almagro, ubicado en calle Santa Isabel con Nataniel Cox, comuna de Santiago, sorprendieron a los requeridos [los nombra a todos, incluido Howard Symmes] quienes sin motivo alguno, procedieron a tomarse las tres pistas de circulación de la Avenida Santa Isabel, obstaculizado totalmente el libre tránsito vehicular y peatonal existente a esa hora en el lugar además de lanzar objetos contundentes en la vía pública y en contra de personal de carabineros infringiendo las disposiciones reglamentarias y legales sobre orden público y reuniones”.

Más adelante volveremos al revisar la escasa jurisprudencia a la que se accedió para ver que estos hechos no se diferencian en nada de otra causa donde se condena a la gente por el delito de desórdenes públicos. Evidenciando la arbitrariedad sustentada en la vaguedad del texto elegido por el legislador. Pero ahora quisiera centrarme en el requerimiento.

Como se sabrá el requerimiento en un procedimiento simplificado cumple las veces de una acusación, es decir el marco fáctico que debe probar el Ministerio Público se encuentra fijado por el requerimiento. Pues bien, los hechos descritos no se condicen con la conducta desplegada por al menos el señor Symess. La grabación muestra el momento exacto de la detención donde no se le ve tirando objetos contundentes ni obstruyendo el tránsito ni ninguna de las conductas que se le atribuye. Esto muestra lo absolutamente mecanizado que se encuentra el funcionamiento del Ministerio Público a la hora de requerir por desórdenes públicos.

En el caso concreto, sólo cuatro jóvenes se opusieron al requerimiento, sólo cuatro no aceptaron responsabilidad y sólo cuatro rechazaron una suspensión condicional. Se tuvo que ir a tres audiencias con toda la prueba, para ver que en la última se aplicara principio de oportunidad y que el juez no dejara discutir el sobreseimiento definitivo. La oposición de la defensa fue desestimada diciendo que era una atribución exclusiva del fiscal ejercer el principio de oportunidad facultando solo a la víctima para oponerse, no al imputado.

El caso de Howard Symess muestra además la nula aplicación de criterios dogmático penales para analizar la situación concreta de cada imputado. No se plantea ningún mecanismo teórico para resolver un eventual conflicto de derechos. Analizar criterios de imputación objetiva. O cualquier otro criterio dogmático que permitiera una resolución de calidad en el caso concreto.

En el caso de Howard Symess resulta evidente que estaba ejerciendo su derecho de protesta y luego su derecho a la libertad de expresión: protestar contra la Ley General de Educación y luego criticar el actuar de los carabineros.

Respecto del primer punto resulta evidente que en una sociedad democrática en el siglo XXI se acepta, y es más se espera, que los estudiantes manifiesten su opinión sobre determinadas políticas públicas que les afectan. No es menor que el proceso de reforma de la educación en Chile se da justamente porque los estudiantes secundarios, se toman colegios y protestan en las calles. La llamada Revolución Pingüina, en alusión a sus uniformes. Es decir simplemente aplicando uno de los criterios de imputación objetiva, a saber, rebasar el riesgo permitido, se hubiese concluido que la conducta es atípica. Por otra parte se podría haber planteado el Ministerio Público si los jóvenes obran amparados por una causal de justificación, a saber, la del artículo 10 N° 10 del Código Penal. Que impone: “Están exentos de responsabilidad criminal: N° 10 El que obrare... en el ejercicio legítimo de un derecho”.

Supongamos que los jóvenes hubiesen cortado el tránsito. Ponderando el corte de tránsito con el derecho a manifestar su disconformidad con el resultado del proceso por ellos iniciado, ¿no se puede decir que dicha conducta se encuentra justificada justamente porque en el caso concreto el tema por el cual protestan tiene preponderancia sobre el que un vehículo tenga que tomar una ruta alternativa?

Esa discusión evidentemente al interior del Ministerio Público no se dio en este caso y mi percepción es que generalmente no se da.

En los tribunales la cosa no es mucho mejor. En fuentes abiertas no existe posibilidad de encontrar jurisprudencia sobre desórdenes públicos sea en su forma de falta o sea en su forma de simple delito. Ello no obstante que de acuerdo con los datos proporcionados por la Corporación de Administración del Poder Judicial en 2007, en los Juzgados de Garantía y Orales hubo 4296 ingresos por delito de desórdenes públicos del 269. El año 2008, 5083; y en 2009, 4764.

Sin perjuicio, de lo cual accediendo a una base de datos que no es de libre acceso al público, se logró obtener sólo cuatro fallos. De los cuales uno se pronuncia sobre si existe discernimiento de un menor acusado de desórdenes públicos. De los tres restantes son todos juicios simplificados donde se acepta responsabilidad por los hechos en cuestión por parte de los imputados, sin que exista discusión jurídica al respecto.

Es cierto que existen 94 sobreseimientos y 61 sentencias absolutorias, sin embargo, como no es posible obtener el dato desagregado no se pudo ir a esas causas para ver el razonamiento del tribunal para sobreseer en unos casos y absolver en los otros.

De los fallos a los cuales se accedió solo un juez hace un análisis detallado del conflicto de derechos que hay en juego cuando se está frente al derecho de protesta. Es el juez Daniel Urrutia a través de sus razones para declarar inadmisibles querellas interpuestas por la intendencia de Santiago y el Ministerio del Interior, ambas de los partidos de la Concertación, en casos de protestas hace una ponderación de derechos, echa mano a los informes de la Relatoría de Libertad de Expresión. Así por ejemplo en la causa Rit 6601-2008 resolvió: “Los hechos denunciados en la querella, no son constitutivos del delito del artículo 269 del Código Penal, de hecho no cumplen las hipótesis fácticas señaladas, pues en primer lugar deben los desórdenes, turbar gravemente la tranquilidad pública, no con cualquier fin sino acotado expresamente a dos objetivos; para causar injuria u otro mal a alguna particular o con cualquier otro fin reprobado”.

Los desórdenes descritos no pueden ser considerados, como realizados para causar injuria o daño a alguna persona particular, constituye una argumentación insalvable el hecho que dentro de los fines de la manifestación del día del Trabajador, no se encontraba causar daños o injuria a nadie en particular; asimismo no es posible calificar los objetivos de la manifestación como reprobables o dignos de reproche, lo contrario es limitar inaceptablemente tanto la libertad de expresión como la libertad de reunión. La interpretación señalada del artículo 269 del Código Penal va en directa correlación con lo afirmado por el informe 2005 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, acerca de la libertad de expresión en su página 152. Posteriormente el mismo juez, según informe el Capítulo citado del Informe 2009 sobre Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, habría advertido: “Si alguna de ustedes es activista o se dedica a alguna de esas situaciones, eventualmente van a ser detenidas de nuevo; es muy probable sobre todo por la situación en la cual en nuestro país se limita la libertad de expresión y la libertad de reunión en las calles, sobre todo cuando se corta el tránsito”. Producto de lo cual el Ministro del Interior, militante del Partido Por la Democracia y posteriormente Diputado designado el Sr. Felipe Harboe, presentó un reclamo formal en contra del juez ante la Corte de Apelaciones de Santiago a lo cual el Ministro agregó dos sentencias donde había declarado inadmisibles querellas de la Intendencia de Santiago. Por estos hechos se le abrió un sumario interno al juez y se le formularon cargos por el ministro instructor²⁴.

Es llamativo que los jueces de Garantía de Santiago que han incorporado fuertemente la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de injurias y calumnias a la hora de analizar causas por desórdenes, sean por falta o por el delito, al parecer no están echando mano a dichos criterios jurisprudenciales. Como no se pudo acceder a los fallos absolutorios no sabemos si ahí lo están

²⁴ Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2009, cit., ps. 75 y 76.

haciendo, tampoco se puede determinar si los defensores están utilizando esos argumentos, pero lo cierto es que el único juez del que se tiene noticias que declara inadmisibles querellas es el Juez Urrutia y las consecuencias para su carrera judicial no han sido muy positivas.

Como se anticipó hay un caso que es particularmente llamativo y que deja en evidencia las deficiencias de los tipos que ya se denunciaron.

Es la causa RIT 5470-2005, del Juzgado de Garantía de Temuco. El requerimiento del Ministerio Público señala:

“Que el requerimiento del Ministerio Público, expresa que con fecha 21 de Diciembre del 2005 funcionarios de Retén Los Laureles recibieron una denuncia de un particular, en orden a que el camino público que une el sector Los Laureles con el sector Esperanza Colico, se encontraba cortado con árboles, piedras y diversos elementos contundentes que interrumpían el libre desplazamiento de particulares, lo anterior era practicado por un grupo de personas encapuchados, que constituido personal policial en el lugar se constató que efectivamente el camino publico se encontraba interrumpido y cortado en un tramo de 650 metros, y que quien dirigía y participaba activamente en el hecho era Juana Calfunao, frente a ello, personal de fuerzas Especiales, a cargo del capital Ignacio Núñez procedió a despejar la vía a fin de restablecer el orden público, siendo atacados por un grupo de individuos liderados por la imputada.

Que con fecha 22 de diciembre del 2005 el referido camino publico nuevamente fue cortado, interrumpiéndose el libre tráfico de particulares, todo ello liderado por Juana Calfunao, razón por la cual a las 19:15 horas, personal de Carabineros procedió a despejar la ruta, retirando elementos tales como árboles, un poste de alumbrado público, troncos, bolones, piedras y alambres de púa, mientras realizaban tal labor nuevamente fueron atacado por un grupo de individuos liderados por Juana Calfunao Paillalef.

Que el 23 de diciembre del 2005 en horas de la mañana Juana Calfunao junto a terceros procedió a interrumpir el libre tránsito por el camino público antes referido ello con árboles, piedras y diversos elementos contundentes frente a lo anterior y con el fin de restablecer el normal funcionamiento de la vía pública en horas de la tarde se procedió a despejar la ruta por personal de carabineros, situación que la requerida Juana CaJfunao intentó evitar arremetiendo a carabineros, junto al grupo que lideraba con palos piedras, rosos, cuchillos y diversos elemento contundentes, en razón de lo anterior se procedió a su detención en un predio colindante, en el momento que se daba a la fuga, en un bajo a unos 200 metros del camino público, la que practicó el Sub-oficial Omar Aburto Oliva, y los cabos 1° Luis Sepúlveda Campos, Pablo Bahamondes Hernández, y Patricio Muñoz Bustos, quienes fueron amenazados por esta con una horqueta indicándoles textualmente ‘acércate paco culiao y te cago’, haciéndoles ademanes de agresión con el arma, lo anterior fue percibido y escuchado por el Capitán Ignacio Núñez, haciéndose presente que en la persecución por parte de fuerza especiales, se aprehendió a una mujer mayor de edad, quien se negó a identificar frente a la autoridad que la requirió, razón por la cual se recurrió al Registro Civil; tal detención la practicó el Sub-oficial Patricio González y Alejandro Quezada siendo este ultimo lesionado con el mango de una pala por la imputada Luisa Calfunao Paillalef, ocasionándole lesiones leves, de lo que se dio cuenta a la Fiscalía Militar correspondiente”.

La descripción de hechos referida a los desórdenes públicos es bastante similar a la imputada a Howard Symess y otros estudiantes. ¿Por qué en un caso

es desórdenes de la falta y en otros es simple delito? Las personas del caso de Temuco fueron también formalizada por las amenazas y por las lesiones, por lo tanto, aquellas conductas típicas no pueden dar cuenta de la diferente calificación jurídica que se le da a los desórdenes. Por lo que la diferencia está dada por el arbitrio, en primer lugar, del fiscal que lleva la causa y en segundo por el juez o jueza que resuelve el caso.

En este caso es una evidencia de la concretización de los riesgos que los principios de derecho penal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 9, quieren evitar. La decisión del Ministerio Público de utilizar el artículo 269 en lugar del 415 implica condenas de distinta envergadura para la imputada. No es la descripción típica la que muestra por cual delito hay que formalizar sino que es la decisión del Ministerio Público. Por lo que un sistema con incentivos en los lugares equivocados combinado con tipos abiertos redundaría en una condena más gravosa para una persona.

Todo lo expuesto muestra la necesidad de reformar la regulación del derecho de protesta en Chile para hacerlo respetuoso de los derechos humanos y las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado en su conjunto.

Daniela Salazar Marín

***El derecho a la protesta social en Ecuador.
La criminalización de los manifestantes persiste
pese a las amnistías***

I. Introducción

Ecuador es una de las democracias más frágiles de América Latina. Desde el año 1996, ninguno de los Presidentes constitucionales elegidos por voto popular ha logrado terminar su mandato. En este contexto, resulta relevante analizar cómo el Estado ecuatoriano está garantizando aquellos derechos que son esenciales para el funcionamiento de una democracia, como el derecho a la libertad de expresión. El presente estudio se enfocará en una parte fundamental del derecho a la libertad de expresión, como es el derecho a la protesta pacífica¹.

No es posible concebir la democracia sin el derecho a manifestar libremente las opiniones. Por ello, los Estados deben garantizar el derecho de todos, incluso de quienes opinan distinto del gobierno, a llevar a cabo protestas pacíficas para participar en la democracia y fortalecerla. El derecho a reunirse y expresar opiniones a favor o en contra del gobierno está expresamente reconocido en el artículo 21 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, como parte fundamental de los derechos a la libertad de expresión y reunión, el derecho a la protesta pacífica está protegido por normas internacionales de derechos humanos, ratificadas por el Ecuador, incluyendo las normas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos².

Ciertamente, la libertad de expresión y de reunión no son derechos absolutos, y no es posible justificar actos violentos o delictivos simplemente porque han sido cometidos en el marco de una demostración pública. Lo que el Estado está llamado a proteger es el derecho a la protesta *pacífica*. Al hacerlo, el Estado debe recordar que no es admisible cualquier limitación a este derecho, únicamente podría admitirse una restricción al derecho a la protesta pacífica cuando resultara necesario para proteger otro bien jurídico de la misma o mayor relevancia, como es el caso de los derechos a la vida e integridad personal. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha entendido que “la participación de las sociedades a través de la manifestación pública

¹ Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, señaló que la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica y que, en este sentido, el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión. Véase: CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, Cap. V: Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y la Libertad de Reunión, 27/2/2006, párr. 6.

² Véase, en particular, los arts. 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. IV y XXI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

(...), como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, revisite un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho”³.

La Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha reconocido que “las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se puedan presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión”⁴.

Especialmente en el contexto ecuatoriano, es importante recordar que las movilizaciones sociales han sido, por lo general, la única forma a través de la cual ciertos grupos tradicionalmente excluidos han conseguido reivindicar sus derechos o, al menos, han logrado que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público. Asimismo, las protestas se han convertido en un mecanismo eficaz para realizar denuncias públicas sobre políticas y leyes que vulneran derechos de la ciudadanía, en particular aquellas que afectan su derecho a vivir en un ambiente sano. De hecho, gran parte de las movilizaciones en Ecuador están relacionadas con la protección de la naturaleza y con los conflictos que se generan en las comunidades debido a los efectos dañinos de las actividades extractivas. El impacto que las movilizaciones sociales han tenido en el acceso de varios grupos sociales a la igual protección de sus derechos por parte del Estado evidencia la importancia de proteger este derecho fundamental de las personas.

La nueva Constitución ecuatoriana, aprobada en 2008, reconoce los derechos a expresarse, reunirse, y manifestarse libremente⁵, y adicionalmente señala en su artículo 98 que “los individuos y los colectivos podrán ejercer el *derecho a la resistencia* frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos” (las cursivas no son del original).

A pesar de esta protección constitucional, el derecho penal ha sido utilizado con demasiada frecuencia para restringir estos derechos a través de la iniciación de juicios penales y la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan la protesta como medio de expresión. Este fenómeno es el que se conoce como “criminalización de la protesta”. La precaria situación del derecho a la protesta pacífica en Ecuador fue reconocida por la Asamblea Nacional Constituyente⁶, que la describió en los siguientes términos:

³ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, Cap. V: Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y la Libertad de Reunión, 27/2/2006, párr. 91.

⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes.

⁵ Constitución 2008. Art. 66: “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. (...) 13. El derecho a asociarse, reunirse y manifestarse en forma libre y voluntaria”.

⁶ La Asamblea Nacional Constituyente fue convocada por el Presidente de la República el 15/1/2007, por medio de una Consulta Popular con el propósito de reformar la Constitución y

“En este marco de protesta y oposición de las comunidades a la ejecución de los proyectos [extractivos e hidroeléctricos], las empresas (con apoyo de representantes del Estado), han utilizado una serie de mecanismos para deslegitimar y acallar a las comunidades y personas oponentes, desatando o profundizando la inestabilidad y la conflictividad social. (...) Se han soslayado sus reclamos, (...) éstos han sido considerados ‘actos delictivos que deben ser reprimidos con todo el rigor de la ley’. (...) Para eliminar o neutralizar la resistencia, en muchos casos, se han diseñado y ejecutado una serie de acciones tácticas o concretas, [tales como] la criminalización de la protesta mediante la presentación de denuncias y acciones legales en contra de dirigentes, líderes y pobladores. (...) El hostigamiento por medio de demandas administrativas y denuncias penales, pretende encarcelar inmediatamente a líderes y pobladores que presentan la mayor resistencia, tienen liderazgo y gozan de legitimidad en las comunidades o a activistas ambientales, utilizando la figura del delito flagrante, de la institución de la orden judicial, de la prisión preventiva y de la perversa identificación entre los hechos políticos de resistencia con delitos tipificados en el Código Penal. [Se] ha recibido denuncias que señalan la persecución y hostigamiento de defensoras y defensores a través de la iniciación sucesiva de procedimientos judiciales que meses después son sobreseídos por no encontrar responsabilidad de las personas procesadas en los hechos investigados. No obstante dichos sobreseimientos, nuevas investigaciones –en la mayoría de los casos con pruebas distintas pero relativas a acusaciones similares– son abiertas y, como consecuencia, se ordenan nuevas detenciones o restricciones judiciales. La Comisión ha recibido denuncias de varios casos de la apertura y sobreseimiento de estas acusaciones penales contra una misma persona, así como de la apertura y sobreseimiento sucesivo de investigaciones respecto de varios líderes de una misma organización o reivindicación. (...) Se trata entonces de denuncias y acusaciones presentadas con el fin de detener arbitrariamente y privar de la libertad, de manera provisional o definitiva, a personas que ejercen su derecho a la protesta e intentan proteger el ambiente y el patrimonio público⁷.

Un estudio de distintos casos de criminalización de la protesta en Ecuador permite ver que, en la mayoría de los casos, las denuncias que se presentan contra los manifestantes son completamente infundadas y, en otros, se pretende que hechos menores sean sancionados aplicando normas que tipifican delitos tan graves como el terrorismo, el separatismo y el sabotaje. Esto ha generado que la vasta mayoría de los procesos penales iniciados contra quienes ejercen su legítimo derecho a movilizarse, se queden estancados en las etapas iniciales de investigación ante la fiscalía, sin que las cortes y tribunales de última instancia hayan tenido la posibilidad de revisar estas decisiones y emitir jurisprudencia más adecuada que pueda constituir una guía sobre los criterios que los órganos judiciales deberían aplicar al momento de analizar acusaciones penales relacionadas con manifestaciones públicas.

reestructurar el régimen de instituciones públicas. Se instaló el 30 de noviembre de 2007 en Montecristi, provincia de Manabí y finalizó su labor la noche del 24/7/2008.

⁷ Asamblea Constituyente. Mesa de Legislación y Fiscalización. Informe favorable para conceder amnistía a las personas acusadas de varios delitos vinculados con la protesta y movilización. Montecristi, 11/3/2008.

Es preocupante que los fiscales y jueces penales ecuatorianos, al analizar denuncias relativas a supuestos delitos cometidos en el marco de una protesta, ni siquiera consideren para sus decisiones que uno de los bienes jurídicos a proteger en los casos de acusaciones penales relacionadas con demostraciones sociales es justamente el derecho a la libertad de expresión. Al recibir una denuncia sobre un supuesto delito cometido en el marco de una protesta, el juez está obligado a ponderar los derechos en cuestión y garantizar que el legítimo ejercicio de la protesta pública como forma colectiva de expresión sólo sea limitado en virtud de los requisitos que el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como condición para restringir el derecho a la libertad de expresión. Más aún, los jueces deben asegurar que no se esté invocando una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir, desnaturalizar o privar de contenido real el derecho a la libertad de expresión⁸. No obstante, del estudio de distintas piezas procesales y decisiones judiciales sobre la materia, es posible concluir que las consideraciones sobre derechos humanos están ausentes del análisis que realizan los fiscales y jueces, quienes se limitan a examinar si los hechos se adecuan o no a lo tipificado en el Código Penal.

El uso –o abuso– del derecho penal para criminalizar a quienes ejercen su derecho a la protesta pacífica es tan generalizado en Ecuador que en el año 2008, cientos de personas se beneficiaron de varias amnistías otorgadas por la Asamblea Nacional Constituyente. Más allá de lo inadecuado que resulta tratar hechos como estos a través de amnistías generales, es asombroso que tampoco la Asamblea haya tenido en cuenta para su decisión que la protesta pacífica es una forma de ejercer el derecho a la libertad de expresión. Si bien la Asamblea comprendió que distintas personas estaban siendo penalizadas por ejercer su derecho a protestar, y que esta era una manera de criminalizar los derechos humanos, el problema fue analizado desde la perspectiva de amenazas a los defensores de derechos humanos mas no como una afectación al derecho básico a manifestar ideas y opiniones. En vez de enfocarse en la protección de un derecho, las amnistías se enfocaron en la protección de un grupo de personas, lo que dio lugar a posibles irregularidades. Al estudiar los decretos de amnistía (conocidos como “mandatos”), los informes de mayoría y minoría en los que se fundamentaron dichos mandatos, así como las actas de las sesiones de la Asamblea en las que se adoptaron estas decisiones, no fue posible encontrar una sola mención al derecho a la libertad de expresión. Tal pareciera que este derecho es tan poco valorado en Ecuador que ni los jueces ni los legisladores recuerdan que existe al momento de fundamentar sus decisiones.

Si bien las amnistías otorgadas por la Asamblea Constituyente significaron un alivio para cientos de personas que enfrentaban severos juicios penales en virtud de su oposición a ciertas leyes, políticas y prácticas, así como también constituyeron un reconocimiento del Estado de que se había abusado de su poder punitivo, las amnistías no lograron tener un efecto en la forma en que el

⁸ Véase: CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

derecho penal continúa siendo utilizado por las autoridades ecuatorianas para criminalizar a quienes ejercen su derecho a realizar manifestaciones públicas. De hecho, con posterioridad a las amnistías han surgido muchos nuevos casos que ahora se encuentran pendientes ante los jueces y tribunales.

Asimismo, desde el Ejecutivo se continúa la práctica de emitir amenazas a quienes anuncian o realizan manifestaciones contra las políticas oficiales. En varias ocasiones el Presidente de la República ha acusado públicamente de sabotaje, separatismo, y otros graves delitos, a quienes han manifestado públicamente su desacuerdo con el gobierno, y ha solicitado que se aplique todo el rigor de la ley para sancionarlos.

La utilización de sanciones penales, sumada a las amenazas de altas autoridades del Estado, tiene un efecto disuasivo respecto de quienes buscan reivindicar sus derechos utilizando el espacio público para manifestar sus ideas. Al respecto, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha reconocido que “la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Es cierto que su ejercicio puede ser abusivo y causar daños individuales y colectivos importantes. Pero también es verdad que las restricciones desproporcionadas terminan generando un efecto de silenciamiento, censura e inhibición en el debate público que es incompatible con los principios de pluralismo y tolerancia, propios de las sociedades democráticas. No resulta fácil participar de manera desinhibida de un debate abierto y vigoroso sobre asuntos públicos cuando la consecuencia puede ser el procesamiento criminal, la pérdida de todo el patrimonio o la estigmatización social. Por eso es imprescindible ajustar las instituciones y la práctica punitiva del Estado a los imperativos de marco jurídico interamericano”⁹.

II. Tipos penales que favorecen la criminalización del derecho a la protesta pacífica

Como se adelantó, en Ecuador las normas penales son frecuentemente utilizadas para sancionar a quienes ejercen su derecho a expresarse en manifestaciones públicas. Ahora bien, es necesario distinguir entre aquellas normas del derecho penal que en sí mismas son problemáticas y aquellas que únicamente generan un problema debido a la forma en que son utilizadas para intimidar y sancionar a los manifestantes.

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que resulta en principio inadmisibles la penalización *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. Por ello ha expresado su preocupación por la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, los cortes de ruta o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida o la libertad de las personas¹⁰.

⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. La agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes, párr. 35.

¹⁰ *Ibidem*.

De acuerdo con la legislación ecuatoriana, la participación en una protesta no es, en sí misma, un delito. No obstante, algunos tipos penales vigentes restringen el ejercicio efectivo del derecho a la protesta. Uno de esos tipos penales se encuentra en el artículo 246 del Código Penal ecuatoriano, que sanciona con prisión de ocho días a tres meses al que se hubiere opuesto, por vías de hecho, a la ejecución de obras públicas ordenadas por la autoridad competente. El artículo 247 del mismo Código sanciona con prisión de tres meses a dos años los casos en los que dicha oposición se hubiere realizado por medio de violencia o amenazas, lo que permite concluir que el artículo 246 se aplica exclusivamente para los casos en que la medida de hecho se realiza de manera pacífica. La oposición a la ejecución de obras públicas en muchos casos se realiza para proteger derechos de la población. En Ecuador ha sido una práctica común, y en muchos casos necesaria, la oposición a obras públicas, particularmente cuando se ejecutan sin respetar el derecho de las comunidades a ser consultadas o cuando no se han llevado a cabo los estudios de impacto ambiental correspondientes. La oposición pacífica a la ejecución de una obra pública, mientras no amenace la vida o la integridad de las personas, no debería generar una sanción penal.

Tampoco se ajustan a los estándares del sistema interamericano de derechos humanos los tipos penales que restringen la realización de manifestaciones con penas de prisión y multas cuando dichas manifestaciones se llevan a cabo sin un permiso previo. Por ejemplo, el artículo 153 del Código Penal sanciona con prisión de uno a tres meses a quien “promoviere, dirigiere u organizare (...) manifestaciones públicas en calles, plazas u otros lugares abiertos, siempre que se realizaren sin permiso escrito de autoridad competente, en el que se determinen el objeto de la reunión, el sitio, día y hora en que ha de verificarse”. La norma establece también una pena de tres a seis meses de prisión cuando la manifestación se hiciere en contra de la prohibición emanada de autoridad competente. Por su parte, el inciso 9 del artículo 606 del mismo Código sanciona hasta con prisión de dos a cuatro días a “los que formaren mítines o pobladas para cualesquiera manifestaciones políticas, religiosas, etc., sin el correspondiente permiso escrito de la policía”. Nótese que el Código requiere un permiso y no únicamente una notificación a las autoridades, lo que implica que éstas están facultadas a no emitir una autorización.

Al respecto, la CIDH ha destacado que la regulación del uso del espacio público no puede comportar exigencias que restrinjan excesivamente el ejercicio del derecho a la manifestación pacífica y su finalidad no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida¹¹. Por su parte, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado:

¹¹ Al respecto, véase: CIDH, *Informe sobre la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*, 7/3/2006, párrs. 55-63. Véase también: CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30/12/2009, párr. 142. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha señalado que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación pública no es incompatible con el art. 21 del Pacto, sin embargo, encontró que el Estado de Finlandia era responsable de violaciones a los derechos humanos en un caso en el cual la restricción a una manifestación no pudo justificarse en motivos de seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. Véase: ONU, Comité de Derechos Humanos, Caso Kivenmaa c. Finlandia, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf, Comunicación n° 412/1990, Finlandia, 10/6/1994. CCPR/C/50/D/412/1990.

“La exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión. (...) Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc.). Las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual”¹².

Si bien puede ser razonable requerir que ciertas manifestaciones públicas sean previamente notificadas a una autoridad competente, a fin de que se adopten las medidas necesarias para precautelar la seguridad de los propios manifestantes y garantizar que no se entorpezcan las actividades en el sitio de la protesta, no resulta compatible con los estándares internacionales en la materia exigir el permiso escrito de una autoridad para poder realizar una manifestación, ni menos aún otorgar a dicha autoridad la facultad de prohibir dicha manifestación. Sancionar con pena de prisión a quienes realizan una manifestación pacífica, por el sólo hecho de no haber obtenido un permiso, aún cuando no se haya vulnerado derechos de terceras personas, resulta a todas luces desproporcionado.

Adicionalmente, la legislación penal ecuatoriana sanciona con prisión el cierre de calle. El artículo 129 del Código Penal señala que será sancionado con prisión de uno a tres años el que “ilegalmente impidiere el libre tránsito de vehículos, personas o mercaderías por las vías públicas del país”. Si bien esta norma no prohíbe expresamente las manifestaciones, es conocido que en Ecuador la forma más común de llevar a cabo protestas sociales es a través del bloqueo de calles y autopistas. Así, de manera tácita esta norma restringe el derecho a realizar manifestaciones en las vías públicas. De hecho, la mera existencia de esta norma puede tener por efecto inhibir a las personas de salir a las calles a ejercer su derecho a la protesta. Ciertamente, los cortes de ruta causan molestias en otros ciudadanos y pueden llegar a comprometer algunos de sus derechos. Pero también debe reconocerse que si todas las protestas se llevaran a cabo en lugares alejados por donde no circule ninguna persona, carecerían de impacto alguno al momento de llamar la atención de las autoridades respecto de los temas objeto de la protesta. Por eso, es necesario que normas penales como la del artículo 129 sean revisadas y se incorporen en ellas criterios que permitan su utilización únicamente de conformidad con los límites dentro de los cuales es posible restringir legítimamente el derecho a la libertad de expresión.

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en el caso ecuatoriano una gran parte de las manifestaciones se realizan en torno a las políticas ambientales del gobierno, en particular contra al establecimiento de proyectos extractivos en

¹² CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, cap. V: Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y la Libertad de Reunión, 27/2/2006, párr. 94.

zonas protegidas, en zonas pobladas y en territorios ancestrales. Tanto el derecho penal ordinario como el derecho penal militar han sido utilizados para sancionar este tipo específico de manifestaciones.

Debido a que el desarrollo de la actividad petrolera y minera en Ecuador ha sido considerado como un sector estratégico y prioritario, se han generado relaciones de apoyo entre las empresas petroleras y las Fuerzas Armadas, al punto que las fuerzas militares ecuatorianas prestan servicios de protección, transporte e inteligencia a empresas transnacionales. Además de estos acuerdos de cooperación, a través de decretos ejecutivos de emergencia se ha establecido la obligación de las Fuerzas Armadas de proteger los campos petroleros de la Amazonía. Los decretos ejecutivos han sido particularmente utilizados para combatir protestas sociales, invocando la Ley de Seguridad Nacional y disponiendo el control del orden interno por parte de las Fuerzas Armadas, en contravención de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³. A la luz de estos decretos, varios individuos han sido procesados ante la justicia penal militar ecuatoriana por hechos ocurridos en el marco de acciones de defensa del medio ambiente. Esto se debe a que la declaratoria del estado de emergencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional, otorgaba a la jurisdicción penal militar competencia para juzgar a civiles. Si bien en junio de 2008 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de dichos artículos¹⁴, la Ley de Seguridad Pública y del Estado¹⁵ que fue emitida al derogarse la Ley de Seguridad Nacional, mantiene el mismo espíritu de control social que la ley anterior¹⁶.

La jurisdicción penal ordinaria también se utiliza para reprimir a quienes manifiestan en contra de los proyectos extractivos del Estado. Entre otros, se utiliza el artículo 158 del Código Penal, que reprime con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años a todo aquel que “interrumpa o paralice servicios públicos (...) con el propósito de producir alarma colectiva”. También se aplica el artículo 159 del mismo Código, que sanciona con prisión de uno a tres años al que “impidiere, desorganizare o perturbare la recolección, producción, transporte,

¹³ La Comisión Interamericana ha sido enfática al señalar que “en un sistema democrático es fundamental la separación clara y precisa entre la seguridad interior como función de la policía y la defensa nacional como función de las fuerzas armadas, ya que se trata de dos instituciones substancialmente diferentes en cuanto a los fines para los cuales fueron creadas y en cuanto a su entrenamiento y preparación”. CIDH, *Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30/12/2009, párr. 33.

¹⁴ Tribunal Constitucional, Ecuador, Resolución n° 0042-2007-TC. Registro Oficial 371-S de 1/7/2008. Hasta antes de la sentencia, el art. 147 de la Ley de Seguridad Nacional establecía que, “declarado el Estado de Emergencia, las infracciones sancionadas con reclusión, serán juzgadas con arreglo al Art. 145”. A su vez, el art. 145 de la Ley de Seguridad Nacional disponía: “En tiempo de guerra o decretada la movilización las infracciones puntualizadas en el Capítulo anterior, serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno”. De tal forma, los arts. 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional permitían el juzgamiento de civiles ante tribunales militares.

¹⁵ Publicada en el Registro Oficial n° 35 del 28/9/2009.

¹⁶ Véase, por ejemplo, los arts. 32 y 43, Ley de Seguridad Pública.

almacenaje o distribución de materias primas, productos elaborados o extraídos, maquinarias o cualquier otro medio necesario para la producción, con el propósito de producir alarma colectiva”. Asimismo, es frecuente que las autoridades designen como “zona de seguridad” los alrededores de campos petroleros y otros proyectos de extracción, lo que permite la aplicación del artículo 161 del Código Penal para sancionar con prisión de seis meses a dos años a todo aquel que “se introdujere injustificadamente (...) en zonas de seguridad determinadas por la autoridad competente”.

Ahora bien, para reprimir a quienes ejercen su derecho a la protesta también se ha recurrido a la aplicación indebida y desproporcionada de las normas del Código Penal que sancionan el terrorismo (art. 160 y ss.), el sabotaje (art. 158 y ss.), la rebelión (art. 146, 218 y ss.), el separatismo (art. 128), la asociación ilícita (arts. 269 a 372), la intimidación (art. 277 y ss.), la instigación a delinquir (art. 286), la apología del delito (art. 387) y el secuestro o plagio (art. 188). Otras normas menos severas que también se utilizan en el marco de procesos judiciales iniciados contra manifestantes son los tipos penales relativos a lesiones, tentativa de asesinato, robo, usurpación, extorsión e injurias.

La vaguedad que caracteriza estos tipos penales ha permitido que sean utilizados para penalizar de manera excesiva a quienes realizan manifestaciones públicas por distintos motivos. Por ejemplo, el artículo 158 del Código Penal sanciona con el delito de sabotaje a todo el que interrumpa o paralice servicios públicos. Frecuentemente, en el marco de protestas sociales junto a pozos petroleros, las empresas deciden interrumpir la producción como medida de seguridad. Posteriormente, se responsabiliza penalmente por esta medida a quienes participaron de la protesta, utilizando la norma del Código Penal que reprime el sabotaje. De manera similar, el artículo 159 sanciona con prisión de uno a tres años al que “impidiere, desorganizare o perturbare la recolección, producción, transporte, almacenaje o distribución de materias primas, productos elaborados o extraídos, maquinarias o cualquier otro medio necesario para la producción”. Como medida de protesta, muchas veces los manifestantes obstruyen las vías de acceso para evitar el ingreso de maquinaria de compañías petroleras, mineras y madereras. Aun en los casos en que esta medida se realiza de manera pacífica y por el tiempo necesario para llamar la atención de las autoridades, con posterioridad esta norma se utiliza para sancionar con prisión a los manifestantes. Así también, el artículo 218 del Código Penal, que sanciona con el delito de rebelión “todo ataque, toda resistencia hecha con violencias o amenazas a los empleados públicos” ha sido utilizado para procesar penalmente a una persona que se paró frente a la Fiscalía general con un cartel exigiendo la salida del Fiscal y acusándolo de corrupción. Y el artículo 128 del Código Penal, que sanciona con prisión de seis meses a tres años al que “públicamente (...) incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo” ha sido utilizado para reprimir a dos personas que colgaron una pancarta declarando persona no grata al Presidente de la República en determinada ciudad.

Finalmente, si bien el presente estudio se limita al derecho a la protesta como un ejercicio colectivo, cabe dejar señalado que la legislación penal ecuatoriana contiene también una serie de normas a través de las cuales se sancionan manifestaciones individuales de protesta cuando resultaren en una ofensa al Presidente o a otras autoridades. Entre otras, los artículos 230, 231 y 232 del

Código Penal, que se refieren a ofensas a las autoridades, están siendo utilizados con peligrosa frecuencia para penalizar a quienes expresan su opinión a través de palabras o señas que ofendieren a una autoridad pública. Durante los últimos dos años es posible identificar en Ecuador una tendencia al uso abusivo de la legislación penal para proteger la honra o reputación de autoridades e instituciones, así como también para sancionar a quienes expresan opiniones críticas respecto de funcionarios públicos. De hecho, más de una docena de juicios se han iniciado recientemente para procesar y sancionar a ciudadanos que han ofendido la “majestad” del Presidente de la República¹⁷.

De lo anterior es posible concluir la necesidad de revisar la legislación penal ecuatoriana, y su aplicación por parte de los jueces y tribunales, con miras a garantizar que se respeten estrictamente los límites impuestos por el artículo 13 de la Convención Americana. No se está proponiendo que se deje de aplicar el derecho penal en los casos en que hayan ocurrido delitos en el marco de una demostración, particularmente si los derechos a la vida o integridad de las personas han sido vulnerados. Únicamente se está subrayando la necesidad de que, al aplicar estas normas, los jueces busquen un equilibrio entre la necesidad de proteger dichos derechos y la de garantizar el derecho a la protesta pública como ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

III. Uso de la legislación penal ecuatoriana para criminalizar la protesta social

Los casos que se relatan a continuación constituyen ejemplos concretos del uso de la legislación penal para intimidar o sancionar a personas que se reúnen para demostrar su oposición contra el gobierno o contra la actividad de ciertas empresas.

Debe advertirse que el relato y el análisis de estos casos no provienen de la jurisprudencia de las cortes ecuatorianas. Esto se debe a dos factores. En primer lugar, la mayoría de denuncias penales presentadas contra personas que ejercen su derecho a la protesta constituyen denuncias infundadas, sin mayores evidencias, lo que ha tenido como consecuencia que los procesos judiciales se estancuen en las primeras etapas de investigación ante la fiscalía y no lleguen a ser revisados por un juez. En segundo lugar, una gran parte de los casos en los que se pudo evidenciar un mal uso del derecho penal para sancionar a manifestan-

¹⁷ Entre otros, está el caso del comerciante quiteño Mauricio Ordóñez quien, según el parte policial, fue apresado en junio de 2007 por orden presidencial luego de que supuestamente le hiciera señales al Presidente cuando pasaba con su caravana motorizada. También está el caso de Carlos Hidalgo, un militante del partido Prian, quien fue apresado por un mes y medio luego de arrojar un volante al paso del presidente durante una campaña electoral. En febrero de 2008 Correa señaló a Félix Salvatierra, un albañil de Babahoyo, por supuestamente haberlo insultado, y posteriormente fue detenido por algunas horas. En abril de 2008, tres mineros fueron detenidos por faltar de palabra al jefe de Estado, luego de que alguien gritara al Presidente “Correa, ¿por qué no caminas?”, cuando él llegaba en carro a la ciudad de Portovelo. También seis estudiantes de la Universidad Católica de Guayaquil fueron procesados por ofensas al Presidente, quien los tildó de “majaderos” luego de que se enfrentaran con la policía tras una cadena sabatina presidencial en agosto de 2008. Una pareja de esposos también fue detenida brevemente después de que ella mirara mal y torciera su boca a la caravana presidencial.

tes fue beneficiada de amnistías generales otorgadas por la Asamblea Constituyente entre marzo y julio de 2008, lo que extinguió las acciones penales y no permitió el desarrollo de precedentes judiciales respecto de este tipo de casos. De tal forma, la jurisprudencia ecuatoriana relativa a casos de protesta social es casi inexistente y el desconocimiento de los jueces y demás funcionarios judiciales sobre el tema es tangible. Por último, es necesario advertir que la selección de casos que se presenta a continuación no es exhaustiva sino representativa de la forma en que las autoridades estatales han enfrentado los conflictos que se generan en el marco de protestas y manifestaciones.

III. A. Manifestaciones contra el Oleoducto de Crudos Pesados¹⁸

Un antecedente que no puede dejar de mencionarse al hablar de criminalización de la protesta en Ecuador es el de las manifestaciones contra la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados (OCP). El 15 de febrero de 2001, Ecuador suscribió un contrato con el consorcio OCP Ltda. para la construcción de un nuevo oleoducto. Los trabajos de construcción del OCP se iniciaron a principios de julio de 2001, en medio de la oposición de varios sectores de la población, e incluso ecologistas y campesinos afectados por la construcción del oleoducto. Para el año 2003, la organización Acción Ecológica reportaba que 73 personas, nacionales y extranjeras, habían sido detenidas por oponerse pacíficamente a la construcción del OCP. Algunos fueron detenidos por unas horas, otros hasta por cinco días. Prácticamente todos fueron liberados en virtud de recursos de hábeas corpus, lo que evidencia la ilegalidad de sus detenciones.

Así, por ejemplo, en marzo de 2002, un grupo de 17 activistas que se había instalado en la zona más frágil del Bosque Protector Mindo Nambillo para impedir, a través de una demostración pacífica, el avance de la construcción del OCP, fue desalojado y luego detenido por un operativo policial dirigido por el Grupo de Intervención Rescate (GIR). Entre los detenidos se encontraban 14 extranjeros y 3 ecuatorianos (uno de los cuales era menor de edad). Para acusarlos se aplicó el artículo 147 del Código Penal, que tipifica el delito de *terrorismo*. Algunos extranjeros fueron liberados bajo condición de salir del país y el resto de detenidos fue liberado el 1 de abril de 2002 en virtud de un hábeas corpus.

De manera similar, en la madrugada del 12 de mayo de 2002, ocho ecologistas que habían subido a Guarumos fueron detenidos por un teniente que firmó como “Policía Especial OCP”. Un menor de edad y un ciudadano alemán fueron liberados, mientras que los otros seis fueron llevados a los calabozos del Centro de Detención Provisional. Se los acusó de “permanecer en predios del OCP y *violar el derecho de vía*”. El 13 de mayo en la tarde se ordenó que sean liberados.

Otro caso ocurrió el 9 de enero de 2002, cuando campesinos de la cooperativa Unión Paltense de la parroquia 7 de Julio en Shushufindi realizaron una

¹⁸ El relato de estos hechos está basado en el siguiente documento: Acción Ecológica. Boletín Alerta Verde 126: “Violaciones de los Derechos Humanos en la Construcción del OCP (Oleoducto de Crudos Pesados)”, mayo de 2003, disponible en: www.accionecologica.org/images/docs/petroleo/alertas/viola.pdf.

protesta relativa a las indemnizaciones por el paso del oleoducto por sus fincas. La protesta fue fuertemente reprimida por funcionarios policiales y militares que habían firmado un acuerdo de cooperación para brindar seguridad a la compañía Occidental. Después de la protesta, los manifestantes se reunieron en dos casas de Pozo Seco, que fueron allanadas por las fuerzas del orden sin que exista una orden judicial. Más de quince personas fueron detenidas. Si bien todos los detenidos fueron liberados al día siguiente en virtud de un recurso de hábeas corpus que declaró ilegales sus detenciones¹⁹, llama la atención que, mientras estaban detenidos en los calabozos de la policía, se tomó su declaración con la presencia de un supuesto abogado “defensor” quien les preguntó, entre otros, si conocían que el hecho de *obstaculizar una vía* es penado por la ley²⁰.

III. B. Manifestaciones contra la Metrovía en Guayaquil²¹

A finales de julio de 2006, empezó a funcionar un sistema integral de transporte masivo urbano en la ciudad de Guayaquil, llamado Metrovía. Este sistema implicó el reemplazo de varias líneas de transporte público, lo que motivó protestas de la ciudadanía. El 14 de agosto de 2006, aproximadamente 200 personas realizaron una protesta que habría interrumpido el paso vehicular en una de las paradas de la Metrovía. La protesta duró aproximadamente 20 minutos y se realizó de manera pacífica hasta que miembros de la Policía Nacional llegaron a la escena, rociaron gas al grupo (en el que habían mujeres y niños), golpearon a varias personas, detuvieron a cinco civiles y dos periodistas. Estos últimos fueron liberados al día siguiente por orden del intendente policial del Guayas, mientras que los otros tres ciudadanos detenidos fueron trasladados a la Penitenciaría del Litoral el mismo día de su detención. Al día siguiente, el 15 de agosto de 2006, el juez décimo quinto de lo penal del Guayas formalizó su detención acusándolos de obstruir y paralizar la Metrovía. El Fiscal inició una instrucción en su contra y decidió acusarlos del delito de *sabotaje y terrorismo de bienes públicos* tipificado en el artículo 158 del Código Penal. Diez días después, el 25 de agosto, se realizó un peritaje en el que se verificó que la protesta ocurrió a 38 metros de la parada de la Metrovía y el fiscal solicitó al juez la revocatoria de la prisión preventiva por considerar que se habían desvanecido los elementos de convicción. El 28 de agosto, el juez sustituyó la orden de prisión preventiva por la prohibición de salida del país. En su providencia, el juez explica que la resolución se tomó considerando que de las versiones receptadas por el fiscal se desprende que los incidentes que originaron la investigación se adecuan a lo tipificado en el artículo 129 del Código Penal, que establece una sanción de uno a tres años de prisión a quienes ilegalmente *impidieren el libre tránsito de vehículos*,

¹⁹ “Hábeas Corpus”, 10/1/2002, Documentos oficiales del poder judicial obtenidos para esta investigación.

²⁰ “Versión del Detenido”, 10/1/2002, Documentos oficiales del poder judicial obtenidos para esta investigación.

²¹ El relato de los hechos de este caso está basado en el siguiente artículo: Flores Aguirre, Xavier, “Criminalización de la libertad de expresión: protesta social y administración local en Guayaquil”, en *Iconos*, n° 27, FLACSO, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, enero de 2007, disponible en: www.flacso.org.ec/docs/i27flores.pdf.

personas o mercaderías por las vías públicas del país. El 17 de noviembre de 2006, el Fiscal emitió un dictamen que absolvió a dos de los ciudadanos involucrados y acusó a uno de ellos por la autoría del delito de *paralización de servicios públicos*. De acuerdo con la versión del ciudadano acusado, Jorge Hilario Gilbert Camacho, su arresto ocurrió porque al pasar por el lugar de la protesta estaba siendo entrevistado por un periodista de Canal Uno cuando un policía le insultó y le ordenó callar, a lo que él respondió exigiendo respeto a su derecho a la libertad de expresión²².

III. C. Casos de manifestaciones beneficiados por la amnistía de 14 de marzo de 2008

Conforme se señaló anteriormente, entre noviembre de 2007 y julio de 2008 funcionó en Ecuador una Asamblea Nacional Constituyente. El 29 de noviembre de 2007, dicha Asamblea emitió el Mandato Constituyente N° 123, en virtud del cual resolvió asumir las facultades del Congreso Nacional y destituirlo, a pesar de que había sido electo por voto popular y recién había iniciado sus funciones en enero de ese mismo año. La Asamblea interpretó que, además de redactar una nueva Constitución, estaba facultada para emitir leyes, acuerdos, mandatos constituyentes, resoluciones y otras decisiones. Asimismo, la Asamblea decidió asumir y ejercer “plenos poderes”, es decir, afirmó que sus decisiones serían jerárquicamente superiores a cualquier otra norma de orden jurídico y de obligatorio cumplimiento para todas las personas naturales, jurídicas y demás poderes públicos sin excepción alguna. Se estableció además que ninguna decisión de la Asamblea Constituyente sería susceptible de control o impugnación por parte de alguno de los poderes constituidos.

En ejercicio de sus “plenos poderes” establecidos por el Mandato Constituyente N° 1, la Asamblea Constituyente asumió la facultad del Congreso Nacional de conceder amnistías. Luego de corroborar la existencia de una política de criminalización de la protesta pacífica, la Asamblea concedió varias amnistías a favor de personas que habían ejercido su derecho a la protesta y en tal virtud tenían juicios penales pendientes. Este hecho fue celebrado por organizaciones de derechos humanos del país, para las cuales constituyó “un reconocimiento sin precedentes en relación con la instrumentalización del derecho penal como medio de criminalización de la protesta social”²⁴.

Así, el 14 de marzo de 2008, la Asamblea emitió una amnistía general titulada “Derechos Humanos Criminalizados”, en virtud de la cual se extinguieron²⁵

²² Véase: El Telégrafo. Jorge Hilario Gibert (sic) Camacho: A la Cárcel no Vuelvo Más. 31/7/2008, p. 12, disponible en: www.telegrafo.com.ec/files/Ediciones_Impresas/PDFs/elTelegrafo.31-07-2008.pdf.

²³ Asamblea Nacional Constituyente. Mandato 1, disponible en [//constituyente.asamblea-nacional.gov.ec/documentos/mandato1.pdf](http://constituyente.asamblea-nacional.gov.ec/documentos/mandato1.pdf).

²⁴ INREDH, CEDHU y Acción Ecológica, *Informe sobre la situación de los defensores y las defensoras de derechos humanos en el Ecuador*, mayo de 2009. Presentado a la Unidad de Defensores de Derechos Humanos de la CIDH.

²⁵ El Código Penal ecuatoriano expresa en el art. 98: “La acción penal se extingue por amnistía, o por remisión de la parte ofendida en los delitos de acción privada, o por prescripción”. A su vez, el Art. 99 señala: “La amnistía no solamente hará cesar la acción penal sino también la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones civiles”.

los casos penales contra más de 350 ciudadanos que habían sido enjuiciados por delitos comunes tipificados en el Código Penal en virtud de las acciones de resistencia y de protesta que habían llevado adelante en defensa de sus comunidades y de la naturaleza, frente a proyectos de explotación de los recursos naturales²⁶. En sus considerandos, la Asamblea advirtió que varias personas habían realizado acciones de resistencia y protesta y que algunas de ellas habían sido reprimidas y luego enjuiciadas “por delitos políticos y comunes conexos con los políticos, en algunos casos por compañías nacionales y extranjeras, en otros por intermediarios e inclusive por funcionarios públicos”. Se señaló también que “algunas compañías con intereses en estos proyectos, con el aval permisivo de sucesivos gobiernos, se han valido de una gran variedad de delitos tipificados en el Código Penal para sindicar y castigar a líderes e integrantes de las comunidades que han ejercido el derecho de resistencia por infracciones, tales como: la promoción y organización de manifestaciones públicas sin permiso (artículo 153 CP); del sabotaje y del terrorismo (capítulo IV, del libro II, CP); la rebelión y atentados contra funcionarios públicos (artículos 118 y siguientes del capítulo I título III del libro II CP); los obstáculos puestos a la ejecución de las obras públicas (artículos 246 a 248 CP); la asociación ilícita (artículos 269 a 372 CP); la intimidación (artículos 277 a 282 CP); la instigación a delinquir (art. 286); la apología del delito (art. 387); el incendio y otras destrucciones, deterioros y daños (capítulo VII, título V, del libro II CP); los delitos contra la propiedad (título X, libro II CP), sea el hurto, el robo o la usurpación; los delitos contra los medios de transporte (capítulo VIII, bis); paradójicamente, los daños contra el medio ambiente (capítulo X a bis); de los delitos contra las personas (título VI, libro II), sea contra la vida, sea por lesiones; o los delitos de secuestro o plagio (art. 188 CP)”.

La Asamblea entendió que dichas “acciones de movilización y reclamo de comunidades son de naturaleza esencialmente política y de reivindicación social” y en tal virtud concedió las amnistías, cuyo efecto es “la extinción de la acción penal y la condena, con el propósito de subsanar errores judiciales y sanciones injustas a perseguidos políticos y personas inocentes, justificables en este momento de la vida política del país”.

Estaría fuera del alcance de este estudio mencionar cada uno de los casos beneficiados de la amnistía. Sin embargo, algunos de los casos más representativos serán descritos a continuación en tanto permiten analizar cómo el derecho penal es utilizado para reprimir a quienes ejercen su derecho a la protesta pacífica en Ecuador.

Por ejemplo, el caso de Wilman Adolfo Jiménez Salazar²⁷ es ilustrativo de la situación por la que atraviesan cientos de defensores de derechos humanos al ejercer su derecho a la protesta pacífica. Los hechos ocurrieron en junio de 2006,

²⁶ Asamblea Constituyente. Amnistía n° 4: Derechos Humanos Criminalizados, 14/3/2008, disponible en: [//constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_derecho_humanos_criminalizados.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_derecho_humanos_criminalizados.pdf).

²⁷ El relato de los hechos de este caso está basado en documentos oficiales del poder judicial proporcionados por INREDH.

pero corresponde aclarar que desde el 20 de marzo de 2006, el Presidente de la República había decretado el Estado de Emergencia en las provincias del Napo, Orellana y Sucumbíos alegando grave conmoción interna. En este contexto, el 19 de junio de 2006, Wilman Jiménez, ejerciendo su labor como defensor de derechos humanos, se encontraba observando una paralización campesina realizada por las Comunidades Payamino, Punino y 15 de Abril, en los alrededores de la Estación Coca-Payamino, en la provincia de Orellana. Los campesinos se encontraban reclamando contra la Compañía Perenco por los daños ambientales causados en su territorio. En particular, solicitaban el entierro de una tubería de crudo que estaba al aire libre y que había ocasionado quemaduras en algunas personas. La participación de Wilman Jiménez se limitó a recabar información sobre las acciones de la comunidad mediante la recepción de versiones y la toma de fotografías. La paralización fue brutalmente reprimida por las fuerzas militares, quienes recurrieron al uso de bombas lacrimógenas y disparos con balas de goma. Wilman Jiménez fue herido con seis balas de goma en sus piernas, brazos y abdomen. Posteriormente, fue detenido por la Policía Nacional de Orellana y puesto a órdenes del fiscal militar de la Cuarta Zona del Ejército “Amazonas”. Al ser detenido le despojaron de su cámara y de la información que traía consigo.

El mismo 19 de junio de 2006 se presentó un recurso de hábeas corpus ante el gobierno municipal de Orellana. La Audiencia fue convocada para esa tarde, a las 18:30 horas. En la Audiencia, no se presentó al detenido, y la Policía de Orellana comunicó que “Wilman Adolfo Jiménez Salazar se encuentra a órdenes del señor fiscal de la Cuarta División del Ejército Amazonas, el mismo se encuentra en las instalaciones de la Brigada de Selva 19 Napo, en calidad de detenido por lo que no es posible atender el pedido de Hábeas corpus No. 221 de fecha 19 de junio”. De hecho, mientras se efectuaba la Audiencia, Wilman Jiménez había sido trasladado a la Brigada de Selva 19 Napo, recinto militar donde permaneció hasta el día siguiente, cuando fue conducido a la Brigada de Selva 17 Pastaza, en donde estuvo detenido durante 17 días, bajo el control de las autoridades militares y acusado de los delitos de sabotaje y terrorismo.

A las 19 horas del 19 de junio, la alcaldesa decidió conceder el hábeas corpus y ordenar la inmediata libertad de Wilman Jiménez, considerando que no se había presentado al detenido, no se había exhibido una orden constitucional de privación de libertad y no se había justificado su detención. No obstante, las autoridades militares se negaron a recibir el oficio mediante el cual las autoridades municipales comunicaban la concesión del hábeas corpus²⁸.

²⁸ Frente al incumplimiento de las autoridades militares respecto del hábeas corpus, se dedujo una acción de amparo constitucional en contra del Comandante de la IV División Amazónica, solicitando que ejecute el recurso de hábeas corpus concedido a favor de Wilman Jiménez el 19 de junio del 2006. El 17 de julio del 2006, el Juzgado Tercero de lo Civil del Napo resolvió denegar el amparo “por no haber demostrado la existencia de acto ilegítimo alguno dentro del proceso”. Esta acción fue elevada ante el Tribunal Constitucional, el cual confirmó la resolución del juez inferior argumentando que “el amparo no es la acción que permita la ejecución de un Recurso de Hábeas Corpus”. Véase: Tribunal Constitucional, Ecuador, Resolución n° 0898-2006-RA, Registro Oficial Suplemento 255, 18/1/2008.

El 20 de junio de 2006, el Comité de Derechos Humanos de Orellana denunció ante la Fiscalía la detención de Wilman Jiménez. La Fiscalía designó a dos peritos para que efectuaran la diligencia de reconocimiento médico legal; sin embargo, las autoridades de la Brigada de Selva 19 Napo impidieron el ingreso a los peritos y el examen médico no se pudo realizar.

El mismo 20 de junio de 2006, el juez segundo de lo Penal de la Cuarta Zona Militar inició un Auto Cabeza de Proceso en contra de Wilman Jiménez, acusándolo de haber *ingresado a una zona de seguridad*, en consideración de que el decreto de emergencia 1368 de 23 de mayo de 2006 había declarado zona de seguridad todos los campos petroleros ubicados en las provincias de Napo, Orellana y Sucumbíos. En la misma diligencia, se dictó una orden de prisión preventiva en contra de Wilman Jiménez, quien se encontraba detenido en el Centro de Detención Militar n° 4 ubicado en el interior del Fuerte Militar Amazonas.

El 29 de junio de 2006 la defensa de Wilman Jiménez solicitó al juez de lo Penal de Napo que aboque conocimiento de la causa y ordene al juez militar que se inhiba de continuar conociendo del caso por falta de jurisdicción respecto de civiles. El 12 de septiembre de 2006, el juez de la causa penal militar decidió ceder la competencia al juez tercero de lo Penal del Napo, quien el 25 de septiembre, dispuso el archivo del juicio de competencia y remitió el expediente a la fiscalía de Orellana. El 29 de septiembre de 2006 el agente fiscal avocó conocimiento de la causa y continuó la indagación previa, pero dejando constancia de que “efectivamente, en aplicación a lo dispuesto en la Ley de Seguridad Nacional, el juzgamiento de esta presunta infracción es de competencia penal militar”.

El juicio por los delitos de *sabotaje y terrorismo* en contra de Wilman Jiménez continuó abierto sin mayores avances en la investigación, puesto que no existían indicios suficientes para imputarlo como autor de tales delitos. Y es que incluso del peritaje policial efectuado el 20 de abril de 2007 se desprende que la detención de Wilman Jiménez se produjo aproximadamente a 100 metros de la garita de los guardias que vigilan la estación, y no dentro de la estación como había sido alegado. El proceso concluyó el 23 de abril de 2008 cuando el Juzgado Tercero de lo Penal de Napo declaró la extinción de la acción penal en virtud de que la indagación previa en contra de Wilman Jiménez se encontraba inmersa dentro de los hechos que motivaron la amnistía emitida por la Asamblea Constituyente el 14 de marzo de 2008.

Si bien con posterioridad a la declaratoria de Amnistía la organización INREDH presentó una denuncia ante el Ministerio de Defensa Nacional amparada en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Legislación Ejecutiva, los abusos cometidos por la fuerza pública en contra del defensor Wilman Jiménez continúan en la impunidad. En el proceso que fue archivado constan los informes médicos que demuestran la magnitud de las heridas de Wilman Jiménez, además de otros abusos de los que fue víctima durante su ilegal detención por 17 días y el proceso iniciado en su contra por la justicia penal militar. Así, aun cuando Wilman Jiménez recuperó su libertad –y ya no estaba siendo procesado–, los funcionarios que participaron en la violación de sus derechos no fueron sancionados, y el Estado no le reparó el daño ocasionado.

Como se señaló anteriormente, este caso es sólo un ejemplo de muchos

otros²⁹ en los cuales la jurisdicción militar ha sido utilizada para juzgar y sancionar a civiles en virtud de lo establecido en la Ley de Seguridad Nacional declarada inconstitucional a mediados de 2008³⁰.

Otro caso emblemático que fue beneficiado de dicha amnistía es el de Carlos Zorrilla Cot³¹ y otros pobladores de Intag. Las comunidades del valle de Intag, en la provincia de Imbabura, han llevado a cabo una resistencia pacífica contra la minería desde mediados de los 90 cuando Bishimetals, subsidiaria de la empresa Mitsubishi, encontró ahí un yacimiento de cobre y molibdeno. El proyecto fue abandonado en 1997 en virtud de la oposición de las comunidades de Intag. Sin embargo, desde 2004 la empresa canadiense Ascendant Copper³² llegó a Intag para realizar actividades de exploración.

Desde entonces, se inició un intenso conflicto en la comunidad, cuyos miembros en su mayoría se organizaron para impedir de manera pacífica el paso de los trabajadores de la compañía. En el año 2006, el conflicto en la zona escaló rápidamente. A medida que la oposición a la minería fue creciendo, líderes comunitarios de Intag habrían recibido amenazas de muerte por parte de empleados y allegados de la compañía³³. Asimismo, la compañía recurrió a la contratación de fuerzas irregulares³⁴ (en su mayoría militares en servicio pasivo y activo) para que ingresen a las comunidades utilizando pistolas, metralletas y bombas lacrimógenas, provocando varios enfrentamientos y heridos³⁵. La compañía también recurrió a la iniciación de una serie de procesos judiciales infundados en contra de los campesinos opositores a la minería, con miras a intimidarlos.

Entre 2004 y 2006, en la Fiscalía, se registraron 13 denuncias contra pobladores de Intag presentadas por empleados y gerentes de la empresa Ascendant Copper. A pesar de que muchos de estos procesos se refieren a delitos menores como *robo de gallinas* o *lesiones leves*, en varios de ellos, la Fiscalía dispuso la

²⁹ A manera de ejemplo puede revisarse el proceso penal militar seguido en contra de varias personas que se encontraban realizando acciones de protesta en el Sector de El Chaco en Baeza, contra quienes el Juzgado Segundo de lo Penal de la Cuarta Zona Militar dictó un auto cabeza de proceso el 23/2/2006.

³⁰ Véase: Tribunal Constitucional, Ecuador, Resolución n° 0042-2007-TC, Registro Oficial Suplemento 371, 1/7/2008.

³¹ El relato de los hechos de este caso está basado en documentos oficiales del Poder Judicial proporcionados por INREDH.

³² Ahora Copper Mesa Mining Corporation.

³³ Véase: CEDHU, Líderes de Intag en la mira de la persecución y el amedrentamiento, 23/8/2007, disponible en http://cedhu.org/index.php?option=com_content&task=view&id=35&Itemid=38.

³⁴ El 8 de noviembre de 2006 se presentó una denuncia ante el Ministerio de Defensa respecto de la participación de miembros de las fuerzas armadas en ataques a la población del valle de Intag, incluyendo nombres y números de identidad de las personas que participaron de los ataques, sin que hasta la fecha se conozca si el Estado inició alguna investigación al respecto.

³⁵ Para ver las imágenes de la protesta pacífica y el uso desproporcionado de la fuerza y las armas por parte de fuerzas irregulares en el valle del Intag, véase el documental “Bajo Suelos Ricos”, en <http://underrichearth.ryecinema.com/>.

detención provisional prolongada de los imputados. El análisis de estas denuncias permite ver que muchos de los casos fueron sobreseídos o archivados por falta de prueba. Otras varias denuncias no pasaron de la etapa de investigación preprocesal, presumiblemente debido a la falta de pruebas para poder llevar a cabo la imputación fiscal. De hecho, la gran mayoría de los casos no superó la etapa de indagación previa puesto que los denunciante no se acercaron a reconocer la denuncia o no pudieron justificar la existencia de los artículos o animales supuestamente robados. En ciertos casos los acusados fueron detenidos y posteriormente liberados por haber estado en detención más de 24 horas sin fórmula de juicio.

En este contexto, el caso de Carlos Zorrilla Cot permite ilustrar cómo fue utilizada la justicia penal para criminalizar a los líderes comunitarios del valle de Intag a raíz de la oposición de la comunidad a la actividad de la compañía minera Ascendant Copper. Carlos Zorrilla es un conocido dirigente comunitario de Intag y miembro de la organización Defensa y Conservación de Intag (DECOIN). El 13 de julio de 2006, Carlos Zorrilla se encontraba junto a varios pobladores de la zona de Intag realizando una manifestación pacífica en las afueras del Ministerio de Energías, Minas y Petróleos en la ciudad de Quito. En horas de la tarde, una mujer extranjera de nombre Leslie Brooke Chaplin empezó a repartir volantes a favor de la minería y de la compañía canadiense. La manifestación contó con resguardo policial y se llevó a cabo de manera pacífica, sin mayores incidentes.

Sorpresivamente, once días más tarde, Leslie Brooke Chaplin presentó una denuncia ante la fiscalía acusando a Carlos Zorrilla de ser el autor intelectual de un presunto robo que sufrió el día de la manifestación. Según la denuncia, se le habría sustraído una cámara de vídeo y 500 dólares americanos en efectivo. La denuncia y posteriores escritos están firmados por el Dr. Edmundo Vaca Burneo, quien con fecha 5 de septiembre de 2007 presentó una denuncia ante la fiscalía señalando que nunca conoció a la señora Leslie Brooke Chaplin y que fue víctima de suplantación de identidad y falsificación de firma y rúbrica.

La fiscal decidió abrir la instrucción fiscal y solicitó la prisión preventiva de Carlos Zorrilla únicamente sobre la base de las versiones de Leslie Brooke Chaplin y tres presuntos testigos, sin haber solicitado la declaración del imputado ni de otras personas que presenciaron los hechos y conocían al señor Zorrilla. Tampoco se ordenó revisar el parte policial a pesar de que la manifestación contó con un fuerte cerco policial y cualquier incidente pudo haber sido puesto en conocimiento de las autoridades en ese mismo momento. El 3 de octubre de 2006, el juez décimo de lo penal dictó la orden de prisión en contra de Carlos Zorrilla, notificando únicamente a un defensor de oficio designado por el Estado y el 16 de octubre de 2006 el juez ordenó el allanamiento del domicilio de Carlos Zorrilla, que se realizó el siguiente día. Hasta esa fecha, Carlos Zorrilla no tenía conocimiento alguno del proceso en su contra. El allanamiento se llevó a cabo por alrededor de 20 oficiales de la policía fuertemente armados, en un operativo sospechosamente desproporcionado para las circunstancias que se investigaban (supuesto robo de una cámara de vídeo). Carlos Zorrilla no estuvo presente durante el allanamiento a su domicilio. Si bien el allanamiento se autorizó para incautar los objetos presuntamente robados, el acta de “indicios encontrados en el lugar de los hechos” permite ver que se incautaron quince documentos, alre-

dedor de cien CD con documentos y vídeos, diskettes de computador y libros, entre otros documentos personales, también cheques en blanco que no guardaban relación alguna con la acusación sino más bien con el trabajo de Carlos Zorrilla en oposición a los daños causados por la minería. Después de más de una hora de búsqueda intensa, la policía afirmó haber encontrado en la repisa de la biblioteca un arma y una sustancia blanca que presumían era droga.

El 24 de octubre de 2006, un escrito supuestamente presentado por Vaca Burneo solicitó que se vincule al proceso a seis líderes comunitarios, señalando que la señora Leslie Brooke Chaplin habría podido identificarlos (a pesar de que se encontraba ya fuera del país). Al día siguiente, la fiscal solicitó al juez que se ordene la detención de estas seis personas, solicitud que, afortunadamente, fue negada por el juez. El 15 de noviembre de 2006, el juez décimo de lo penal revocó la orden de prisión contra Carlos Zorrilla por no existir elementos suficientes en su contra.

Sin embargo, seis días más tarde, el 21 de noviembre de 2006, se dio inicio a una nueva instrucción fiscal contra Carlos Zorrilla por el supuesto delito de *tenencia ilegal de armas* y se solicitó otra vez que se ordene su prisión preventiva. El 23 de noviembre de 2006, el juez quinto de lo Penal de Pichincha emitió una orden de prisión preventiva contra Carlos Zorrilla, a pesar de que el supuesto delito no tuvo lugar dentro de su jurisdicción. El 7 de febrero de 2007, el juez se inhibió de conocer el caso por ser incompetente en razón del territorio, pero se negó a revocar la orden de prisión preventiva. El 8 de marzo de 2007, el agente fiscal de Imbabura se abstuvo de acusar a Carlos Zorrilla puesto que la única prueba del delito era el parte policial, ya que la supuesta arma incautada había desaparecido. La resolución del agente fiscal fue confirmada por el Ministerio Fiscal de Imbabura el 15 de marzo de 2007. El 3 de abril de 2007, el juez dictó el sobreseimiento definitivo de Carlos Zorrilla en el caso iniciado por supuesta tenencia ilegal de armas.

El 16 de marzo de 2007, en el marco del juicio por supuesto *robo*, la fiscal emitió su dictamen en el que decidió no acusar a Carlos Zorrilla puesto que la cámara de vídeo, objeto del delito, había sido encontrada en manos de Gludis Stalin Chavarría Arteaga, en la provincia de Manabí, junto a otras evidencias de varios ilícitos. Finalmente, el 30 de junio de 2008, el juez encontró que “del proceso no aparecen indicios (...) de que el imputado haya participado en el asalto y robo a Leslie Brooke Chaplin” y dictó el auto de sobreseimiento definitivo del proceso y del imputado, declarando “que la denuncia presentada por la señora Leslie Brooke Chaplin en contra de Carlos Zorrilla Cot es maliciosa y temeraria”.

El juicio iniciado contra Carlos Zorrilla por supuesta *tenencia de droga*, el mismo que no registraba mayor movimiento y se encontraba en indagación previa ante la Fiscalía de la Unidad de Delitos Antinarcóticos de Pichincha fue incluido entre los casos que se beneficiaron de la amnistía del 14 de marzo de 2008.

El caso de Carlos Zorrilla ilustra el uso en Ecuador de procesos penales como mecanismo de intimidación contra quienes lideran procesos de reivindicación social y dedican su vida a la defensa del medio ambiente. Como se había adelantado, el caso de Carlos Zorrilla no es el único procedimiento penal iniciado en el contexto de la oposición de la comunidad al proyecto de la empresa Ascendant Copper. Por ello, la amnistía general emitida por la Asamblea Constituyente en marzo de 2008 incluyó ocho casos relacionados con este conflicto. El

primer caso se inició por el supuesto delito de *plagio* de 30 trabajadores de la empresa Falericorp, contratada por la empresa minera. Más de treinta personas de la comunidad habían sido imputadas. Al momento de la amnistía, el proceso continuaba en indagación previa puesto que la parte acusadora no había practicado diligencia alguna. Un segundo proceso fue iniciado por el representante legal de Ascendant Copper contra cinco miembros de la comunidad, también por el delito de *plagio*. Al momento de la amnistía, el proceso se encontraba en etapa de indagación previa, y las órdenes de detención habían sido revocadas. Un tercer proceso fue iniciado por una ingeniera vinculada a la empresa, quien acusó de supuesto *robo* a cinco miembros de la comunidad. Al momento de la amnistía el proceso continuaba en investigación preprocesal. El cuarto proceso fue iniciado por un empleado de la empresa que acusó a seis miembros de la comunidad del delito de *plagio* de 57 personas en diciembre de 2006. Al momento de la amnistía el proceso continuaba en etapa de indagación previa. Un quinto proceso fue iniciado por el gerente de Ascendant Copper luego de que pobladores impidieran el ingreso de personas vinculadas a la empresa. Los miembros de la comunidad fueron acusados de *robo* de equipos de la empresa. El caso continuaba en indagación previa al momento de la amnistía. Un sexto proceso fue iniciado por un poblador allegado de la empresa en contra de varios miembros de la comunidad a quienes los acusó del *robo* de cinco chanchos, 5 pavos y 1500 dólares. Al momento de la amnistía, la etapa de indagación previa había sido detenida porque el acusador no había podido demostrar la existencia de los bienes supuestamente robados. Un séptimo proceso se inició por un ex militar vinculado a la empresa, que acusó a 70 personas de la comunidad por supuestas *lesiones* cuando intentó ingresar a la comunidad en compañía de 60 trabajadores de la empresa Flareicorp. Al momento de la amnistía el proceso continuaba en indagación previa. Finalmente, un proceso por *lesiones* fue iniciado por una persona vinculada a la empresa en contra de varios miembros de la comunidad, por supuestas lesiones ocurridas en diciembre de 2006. Al momento de la amnistía el proceso continuaba en indagación previa³⁶.

Otro caso que fue incluido entre los beneficiados de la amnistía general de 14 de marzo de 2008 es el de los pobladores del barrio El Rosal, en la parroquia Tambillo, provincia de Pichincha, quienes el 20 de noviembre de 2007 realizaron una manifestación y se opusieron a la instalación de un tendido eléctrico de alta tensión. En su contra se iniciaron cuatro procesos distintos por *sabotaje* y se extendieron boletas de encarcelamiento. Los casos se encontraban en etapa de indagación previa cuando se otorgó la amnistía. En diciembre de 2007 se inició también un proceso contra varios miembros de dicha comunidad imputándoles el delito de *interrupción de servicio público*. Las órdenes de detención habían

³⁶ La violencia y la presencia de fuerzas irregulares en la zona provocaron que el gobierno suspenda las actividades de la compañía a fines de 2006 y de nuevo en 2007. El 15 de abril de 2008 la Asamblea Nacional emitió un Mandato Minero a través del cual se extinguió aproximadamente el 80% de concesiones mineras en el país que no contaban con los respectivos estudios de impacto ambiental. El 12 de noviembre de 2008 el Ministerio de Minas y Petróleo del Ecuador extinguió la concesión minera más importante de Copper Mesa Mining Corporation (Ascendant Copper) en la zona de Intag.

sido confirmadas por el juez y el juicio se encontraba en etapa de investigación cuando se otorgó la amnistía. El representante legal de la compañía también inició un proceso por *injuria no calumniosa* contra un poblador al que se le acusó de haber publicado panfletos contra la empresa por su oposición al proyecto de fundición de chatarra. El proceso se encontraba ya en casación cuando fue beneficiado de la amnistía. La amnistía incluyó también otros doce procesos penales iniciados por representantes de la empresa contra miembros de la comunidad; sin embargo, el informe de amnistía no detalla cuáles eran los delitos imputados, en qué contexto se dieron los hechos ni en qué etapa se encontraban los procedimientos.

La amnistía también benefició a los pobladores de Pindo en la provincia de Orellana, afectados por la compañía Petroriental. En julio de 2006, dieciocho comunidades del sector protagonizaron una medida de hecho y en octubre del mismo año fue detenido el dirigente de la Comunidad Rodrigo Borja, Dociteo Cuenca. Fue acusado los delitos de *sabotaje y terrorismo* en virtud de supuestos daños ocurridos durante una protesta realizada en julio de 2006. En mayo de 2007, la comunidad realizó una nueva medida de hecho para protestar en contra de la empresa Petroriental. Esta vez, cuatro personas fueron detenidas y acusadas por *terrorismo y sabotaje de servicios públicos*. El dirigente Dociteo Cuenca, quien había recuperado su libertad tras pagar una fianza, fue nuevamente detenido y posteriormente recuperó su libertad porque no se establecieron indicios de culpabilidad.

Asimismo, la amnistía benefició a las comunidades de San Pablo de Amalí, en la parroquia San José del Tambo, ubicada en la zona costera del cantón Chillanes, provincia de Bolívar. La comunidad se oponía a la construcción de una central hidroeléctrica puesto que se evidenciaron varias irregularidades en el proceso de concesión, incluyendo la falta de consulta previa. Como medida de protesta, la comunidad decidió impedir el paso de los trabajadores de la construcción. Ante esta situación, el cuerpo de ingenieros del ejército dispuso el uso de la fuerza militar para ingresar a los sitios donde se construiría la obra, lo que causó varios enfrentamientos. El comandante del cuerpo de ingenieros del ejército inició varios procesos penales contra los pobladores, incluyendo un proceso por los delitos de *sabotaje y terrorismo*. La mayoría de denuncias permaneció en la etapa de indagación previa, a falta de prueba. Asimismo, varios dirigentes fueron detenidos bajo cargos infundados y luego fueron liberados mediante hábeas corpus.

La amnistía benefició además a los pobladores de la comunidad de Salango, en el cantón Puerto López, provincia de Manabí, afectados por un empresario hotelero. A raíz de una protesta efectuada con el propósito de pedir la restitución de las tierras comunales y el acceso tradicional a la playa y el mar, que había sido obstruido por el empresario, varios comuneros fueron denunciados por el delito de *terrorismo*, logrando que el caso llegue a la Segunda Sala del Tribunal Penal de Manabí. El empresario inició otros varios juicios por *injuria, sabotaje* y otros delitos.

También se beneficiaron de la amnistía las comunidades del cantón Limón Indanza, afectadas por la empresa Sipetrol. El conflicto empezó en agosto de 2006, cuando la comunidad de Jimbitono del cantón Limón Indanza se inundó a causa de un desperfecto en la infraestructura de la empresa minera Sipetrol.

La inundación afectó los cultivos y el ganado de las familias campesinas. Los pobladores del cantón, ante esta situación, y preocupados por los impactos ambientales provocados por la presencia minera, llevaron a cabo una marcha denominada “por la dignidad y la vida”. El objeto fue exigir la salida de las compañías mineras. Unas 200 personas se concentraron y recorrieron dos calles. Luego, unas 100 personas se dirigieron hacia la subestación de Sipetrol. Cuando la población llegó, la subestación ya estaba acordonada por la policía. En hechos que no han podido ser aclarados, varias explosiones ocurrieron al interior de la subestación. La empresa responsabilizó de la explosión a 27 pobladores que participaron de la marcha y se emitieron órdenes de detención contra cuatro de ellos, quienes fueron acusados de *terrorismo*. Incluso se dictó una orden de prisión contra uno de los líderes de la comunidad que después comprobó que no estuvo presente en el cantón el día de la marcha. Si bien el proceso culminó con la amnistía, con posterioridad a la decisión de la Asamblea Constituyente han sido víctimas nuevamente de detenciones³⁷. De manera similar, veinte personas acusadas de *sabotaje, terrorismo y atentado con explosivos* por impedir la explotación minera en Rosa de Oro, San Carlos y Tundayme, provincia de Morona Santiago, fueron beneficiadas de la amnistía.

Finalmente, entre las más de 350 personas que fueron beneficiadas de esta amnistía general se encuentra Floresmilo Villalta, cuyo caso merece ser mencionado (y será analizado más adelante) a pesar de que el delito que se le imputa no ocurrió precisamente en el marco de una protesta. El señor Villalta es un reconocido activista que ha liderado varios de los procesos de movilización contra las empresas madereras Endesa-Botrosa en el predio Pambilar, cantón Quinindé, provincia de Esmeraldas. En la tabla que se anexa al informe favorable para esta primera amnistía se incluye un caso en el que el señor Villalta fue acusado por el delito de supuesta *violación sexual* a una menor de edad. El informe favorable para la concesión de la amnistía se limita a señalar lo siguiente:

“Contexto: Presidente de la Asociación Ecuador Libre y defensor de los bosques de patrimonio forestal del Estado (bloque 10), por aproximadamente una década. Obtuvo una Resolución del Tribunal Constitucional a favor de la causa de defensa del bosque, que nunca se aplicó. Igualmente, obtuvo informes favorables del Ministerio del Ambiente, reconociendo la adjudicación ilegal de PFE a las empresas ENDESA-BOTROSA. Además, obtuvo informe favorable de la Comisión de Fiscalización del Congreso Nacional. Detención. Ha sufrido constantes amenazas, agresiones y juicios por parte de las empresas madereras. Estuvo detenido por varias ocasiones, pero ha logrado probar su inocencia. Excepto en el actual proceso, cuyo expediente refleja una serie de anomalías pues existe una entrevista grabada, en radio *La Luna*, en la que la supuesta persona violada, afirma que no ocurrió tal ilícito”.

En el marco del proceso por supuesta violación sexual, el juez de lo penal y el Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, en su sentencia de 16 de octubre de

³⁷ Frontline, Ecuador, José Paucar, detenido arbitrariamente y Vicente Zhunio Samaniego y Wilmar Reinoso, amenazados, 14/3/2009, disponible en www.frontlinedefenders.org/es/node/1614.

2006, lo condenaron a 16 años de prisión por considerarlo autor del delito de violación tipificado en los artículos 512 y 513 del Código Penal. Al momento de la amnistía el señor Villalta llevaba dos años privado de su libertad, la sentencia del Tribunal Cuarto de lo Penal había sido confirmada por la Corte Suprema de Justicia y se encontraba pendiente un recurso de casación.

La Asamblea Constituyente consideró que el juicio por violación se había tratado de una persecución en contra de Villalta, debido a su activismo social y ambiental. Sin embargo, transcurridos siete meses de emitida la resolución de amnistía, el presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha se negó a cumplir lo ordenado por la Asamblea Constituyente³⁸, aduciendo que esta última no dirigió dicha amnistía directa y expresamente al recurrente, y afirmando, además, que el caso se encontraba sentenciado por el Tribunal y confirmado por la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, argumentó que la Corte Provincial de Justicia de Pichincha había rechazado por improcedente una acción de hábeas corpus propuesta por Floresmilo Villalta, y que por tanto, el Tribunal Penal Cuarto no tenía competencia para pronunciarse sobre un asunto ya resuelto por el superior. En virtud de lo anterior, se abstuvo de ordenar su libertad. Como consecuencia, se presentó ante la Corte Constitucional una Acción de Incumplimiento, solicitando que se disponga que el presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha ordene la inmediata libertad del señor Villalta en cumplimiento de la amnistía.

La Corte Constitucional observó:

“La Asamblea Nacional Constituyente, de forma inequívoca identificó: el sujeto, el objeto y el proceso penal relacionado al accionante, y después de un análisis del proceso penal invocado ha detectado irregularidades, considerando que es un ciudadano que ha ejercido su derecho a la resistencia y ha realizado oposición a la acción devastadora de los Recursos Forestales del Estado por más de una década, incluso siendo inculcado en varios delitos comunes. (...) Si la Asamblea Constituyente del 2008 fue de plenos poderes, es fácil colegir que los Mandatos Constituyentes dictados por dicha Asamblea ocupan un lugar privilegiado en la jerarquía normativa ecuatoriana. De esta manera, el contenido de la Amnistía (...) tiene el carácter de vinculante y posee superioridad jerárquica ante los poderes constituidos. (...) Al emanarse la Amnistía No. 4 denominada ‘Derechos Humanos Criminalizados’ conforme el Mandato No. 1, se convierte en norma constitutiva del sistema jurídico ecuatoriano y tampoco puede ser susceptible de impugnación alguna por ningún poder constituido, sino tan solo susceptible de aplicación, cotejándolo con el listado de beneficiarios de la misma”³⁹.

A la luz de este análisis, la Corte Constitucional aceptó la acción por incumplimiento y dispuso que el Presidente del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha cumpla con los términos de la amnistía. La decisión de la Corte Constitu-

³⁸ Corresponde mencionar que este no es el único caso en el cual operadores de justicia se han negado a cerrar las causas judiciales contra individuos beneficiados por la amnistía.

³⁹ Corte Constitucional, Ecuador, Sentencia n° 0004-09-SAN-CC, caso n° 0001-08-AN. Acción por Incumplimiento, 24/9/2009.

cional causó gran controversia entre quienes consideran que la Asamblea Constituyente no había realizado un análisis suficiente del caso cuando otorgó la amnistía y que no correspondía beneficiar de una amnistía a una persona únicamente en virtud de su activismo social contra una empresa maderera si esta persona había sido condenada por delitos sexuales.

III. D. Manifestaciones de los trabajadores de Correos del Ecuador

El 12 de noviembre de 2007, varios trabajadores intermediados por tres empresas privadas que prestaban sus servicios para Correos del Ecuador, al tomar conocimiento de que se pretendía despedirlos, decidieron realizar una protesta en virtud de la cual ocuparon las instalaciones de Correos del Ecuador. La protesta, que se llevó a cabo de manera pacífica, concluyó con la aprobación de un acta de compromiso en la que se manifiesta, entre otros, que los directivos de Correos del Ecuador se comprometen a no asumir acciones de retaliación contra los trabajadores intermediarios.

No obstante, el 19 de noviembre de 2007, la Presidencia de la República, en respuesta a una consulta realizada por el gerente ejecutivo de Correos del Ecuador en relación con las consecuencias jurídicas de la protesta y el acta de compromiso, señala que el artículo 158 del Código Penal sanciona con reclusión mayor ordinaria la paralización de servicios públicos y le recuerda que “acorde con las disposiciones del Señor Presidente Constitucional de la República (...) el Gobierno Nacional y sus instituciones no deben tolerar la paralización de los servicios públicos a cualquier título que esta se dé. Por lo que, deberán continuar con las acciones penales e iniciar las acciones administrativas que correspondan, en contra de los trabajadores intermediarios o no de Correos del Ecuador que paralizaron los servicios el día 12 de noviembre de 2007, sin perjuicio de que se demande la nulidad del Acta de Compromiso ante los jueces competentes”⁴⁰.

Consecuentemente, el 27 de noviembre de 2007, seis trabajadores fueron detenidos mientras ingresaban a sus labores y se inició contra ellos una acción penal acusándolos del delito de *paralización de servicios públicos*. El mismo día, se procedió al despido de 62 trabajadores y al cierre de las instalaciones con ayuda de la fuerza pública. La denuncia en la que se fundamentó la orden de prisión había sido presentada por el Presidente Ejecutivo de Correos del Ecuador, que orgánicamente es parte de la Vicepresidencia de la República. En dicha denuncia se solicita que los trabajadores sean procesados por el delito establecido en el artículo 235 del Código Penal, que sanciona con prisión de ocho días a dos meses a quienes, sin causa legítima, rehusaren a prestar un servicio público. En subsidio, solicitó que se los enjuicie conforme al artículo 153 del Código Penal que sanciona con prisión de uno a tres meses al que organizare *manifestaciones públicas sin permiso escrito de autoridad competente*. Además, se pidió al fiscal que se los investigue por el delito contenido en el artículo 155 del Código Penal, que sanciona con reclusión menor de tres a seis años a los que, con el fin de alterar el orden público, *invadan instalaciones públicas o privadas*.

⁴⁰ Presidencia de la República, Oficio n° T.1495-SGJ-07-02929 del 19/11/2007.

En apenas cinco días, el fiscal emitió una instrucción fiscal acusándolos del delito de *interrupción de comunicaciones*, establecido en el artículo 422 del Código Penal. No obstante, en su informe a la nación de 15 de enero de 2008, el mismo Presidente de la República solicitó a la Asamblea Constituyente una amnistía a favor de los trabajadores procesados. La amnistía fue concedida por la Asamblea Constituyente en consideración de que “los trabajadores tercerizados de la Empresa Nacional de Correos que se movilizaron para demandar el respeto a sus derechos de estabilidad y libre organización, [habían] sido injustamente despedidos de sus puestos de trabajo, enjuiciados y privados de su libertad cinco de ellos; [así como también en consideración de que] las acciones de movilización y reclamo de los trabajadores son de naturaleza política y de reivindicación social que no se adecuan a delitos comunes”⁴¹.

III. E. Manifestaciones en Dayuma

Dayuma es una parroquia rural de la Amazonía fuertemente afectada por la contaminación ambiental producida por la extracción de hidrocarburos. Luego de movilizaciones realizadas en el año 2005, el gobierno se comprometió a proveer a la población de servicios básicos y a construir vías adecuadas de acceso. Dos años después, la situación de la parroquia continuaba con total desatención por parte de las autoridades, por lo que en noviembre de 2007 la población llevó a cabo un paro para exigir el cumplimiento de los compromisos adquiridos⁴². Así, el 26 de noviembre de 2007, los pobladores determinaron cerrar la Vía Auca, que conduce al pozo petrolero con el mismo nombre. El cierre de esta vía, en determinado momento, provocó que no llegue al pozo el diesel necesario para su funcionamiento.

El cierre de la vía fue considerado como un atentado contra las instalaciones petroleras y sirvió como pretexto para que el gobierno, bajo el argumento de “grave conmoción interna”, declare el Estado de emergencia, militarice la zona, y active la jurisdicción militar para enjuiciar a civiles, de conformidad con el artículo 145 de la Ley de Seguridad Nacional entonces vigente⁴³. Así, “la respuesta del Estado fue la de decretar el Estado de Emergencia en la provincia entera, movilizar a las fuerzas militares para reprimir a la comunidad, utilizar al

⁴¹ Asamblea Constituyente. Amnistía n° 5: Correos. 14/3/2008, disponible en [//constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_ammistia_correos.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_ammistia_correos.pdf).

⁴² INREDH, CEDHU y Acción Ecológica, *Informe sobre la situación de los defensores y las defensoras de derechos humanos en el Ecuador*, mayo de 2009, presentado a la Unidad de Defensores de Derechos Humanos de la CIDH.

⁴³ Entre los considerandos del decreto de emergencia n° 777 del 29/11/2009, el Presidente de la República ya anunció que se han cometido delitos de sabotaje “que a pesar de las múltiples denuncias presentadas por las autoridades del Gobierno Central, ante los representantes del Ministerio Público, y otros entes responsables del control ciudadano con asiento en la provincia de Orellana, para que se investigue y sancione de conformidad con la Ley Penal, los delitos de sabotaje cometidos en contra de la infraestructura de la industria petrolera y su personal de operadores en la citada provincia, no han tenido éxito y su indolencia ha dado lugar a una vergonzosa impunidad”.

sistema penal para la judicialización de los detenidos imputándoles, entre otras, la condición de terroristas y finalmente justificar las medidas desproporcionadas ante la opinión pública”⁴⁴. Cabe destacar que la protesta social no se había realizado a nivel de toda la provincia, sino únicamente en la parroquia Dayuma.

Con estos antecedentes, el 30 de noviembre de 2007, la Cuarta División del Ejército Amazonas envió un comunicado de prensa declarando que el mando militar asumía plenos poderes en la jurisdicción señalada y decretaba el toque de queda, la prohibición de portar armas y la prohibición de realizar cualquier manifestación, reunión o asociación, “aún con fines pacíficos”⁴⁵. El mismo día, el ejército ingresó violentamente a los domicilios de los habitantes de la Parroquia Dayuma e indiscriminadamente detuvo a todas las personas a quienes consideraba opositores al régimen e incitadores de la desobediencia civil. Entre las 6 y las 10 de la mañana, el ejército detuvo a 27 personas en la Parroquia Dayuma, incluidos tres menores de edad⁴⁶. De acuerdo con las versiones de los detenidos, todos fueron maltratados física y verbalmente, incomunicados y trasladados a las instalaciones de los campos de la empresa petrolera estatal Petroecuador. Permanecieron allí hasta horas de la tarde cuando fueron trasladados a la Policía Judicial de Orellana. Durante el tiempo que permanecieron recluidos fueron interrogados sin presencia de un abogado defensor⁴⁷. Varios vídeos demuestran que las 27 personas arrestadas se encontraban en su casa al momento de su detención. Ninguno de los detenidos fue hallado en delito flagrante, como se argumentó en el juicio que se les siguió por *terrorismo asociado*⁴⁸. A 9 de enero de 2008, fecha en que se emitió el informe de la Comisión Veedora “Dayuma”⁴⁹, sólo 16 de los detenidos imputados habían sido liberados.

⁴⁴ INREDH, CEDHU y Acción Ecológica, *Informe sobre la situación de los defensores y las defensoras de derechos humanos en el Ecuador*, Presentado a la Unidad de Defensores de Derechos Humanos de la CIDH.

⁴⁵ Comunicado de Prensa, Cuarta División de Ejército “Amazonas”, Bando n° 001. Puerto Francisco de Orellana, 30 de noviembre de 2007.

⁴⁶ Los menores de edad fueron puestos a órdenes del juez de la Niñez y Adolescencia a, quien cambió la orden de prisión preventiva por la medida cautelar consistente en presentarse periódicamente ante el juez el primer lunes de cada mes. Esto incluso a pesar de que la Fiscalía solicitó que la petición sea desestimada por no haber encontrado méritos para la detención.

⁴⁷ INREDH, Dayuma: La represión que no queremos de un régimen que se proclama ciudadano, 24/9/2008, disponible en www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=90%3Adayuma-la-represion-que-no-deseamos-de-un-regimen-que-se-proclama-ciudadano&Itemid=49.

⁴⁸ Cabe añadir que Guadalupe Llori, Prefecta de la Provincia de Orellana, fue detenida bajo la acusación de ser autora intelectual del delito de *terrorismo organizado* junto con otras doce personas entre las que se encontraban Jhon Rosero, presidente de la junta parroquial de Dayuma, y Ana Rivas, Alcaldesa de Orellana, a quien se le acusó de terrorismo y sabotaje por haber otorgado la libertad de los detenidos a través del hábeas corpus. Véase: CEDHU, Informe sobre principales violaciones de derechos humanos en Ecuador 2007, disponible en [//cedhu.org/images/noticias/derechos.pdf](http://cedhu.org/images/noticias/derechos.pdf).

⁴⁹ La Comisión Veedora “Dayuma” quedó conformada por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, el Ministro de Educación, el Viceministro de Coordinación de Seguridad Interna y Externa, y los Directores de las organizaciones no gubernamentales APDH, INREDH y SERPAJ.

En las conclusiones generales del Informe de la Comisión Veedora “Dayuma” se señaló lo siguiente:

“Se reporta y se constata la presencia de hematomas, producto de golpes en el dorso en 15 de los 25 detenidos. (...) 4. (...) Esta Comisión no puede determinar si estos hechos se suscitaron durante la detención, o posterior a la misma. 5. No existe claridad acerca del tipo de discernimiento que utilizó la fuerza pública para realizar cada una de las detenciones. (...) 6. La Comisión ha comprobado que el transporte de los detenidos en Dayuma es inaceptable e intolerable; es una práctica reñida con los derechos de un detenido y refleja malas prácticas aún presentes en el país que deben ser totalmente desterradas. 7. La Comisión considera que una audiencia de control de flagrancia realizada simultáneamente a 23 detenidos, constituye un mecanismo que no garantiza la individualización real de la flagrancia”.

Después de haber analizado el informe de la Comisión Veedora “Dayuma”, la Mesa de Fiscalización y Legislación de la Asamblea Nacional Constituyente propuso que se otorgue una amnistía⁵⁰ a favor de las víctimas del caso. Entre otros, el informe de la Mesa de Fiscalización apuntó que

“La forma en que se detuvo a las personas, hizo imposible determinar su participación o no, y en qué medida, en los actos que son de nuestro análisis. Difícilmente podríamos entonces, definir su culpabilidad cuando no se cuentan con las pruebas del caso, más todavía en consideración a la situación que allí se vive, las condiciones geográficas y distancias, la casi inexistente posibilidad de acceder a la justicia, dada la ausencia de juzgados, de Corte Superior y de un mayor número de fiscales. (...) La Comisión considera procedente la amnistía para los involucrados en los acontecimientos de Dayuma, con lo que rechazamos cualquier calificación de ‘terroristas’ que se les haya dado”⁵¹.

La amnistía fue concedida de manera general para “todas las personas detenidas, indiciadas o bajo investigación o por investigarse por las causas y los hechos de la violencia social en Dayuma, Orellana, y la actuación de la Fuerza Pública, del 26 de noviembre al 2 de diciembre del 2007”. No obstante, de manera insólita la Asamblea Constituyente tomó la oportunidad para exhortar “a la población civil a no repetir paralizaciones, ni cierre de vías”. Así, resulta evidente que la amnistía no constituye un reconocimiento de la Asamblea del legítimo derecho a la protesta pacífica, sino que más bien constituye un nuevo factor para inhibir a la población del ejercicio de este derecho.

III. F. Manifestaciones en Las Naves

El conflicto en el cantón Las Naves, provincia de Bolívar, inició a partir de junio de 2007. Los ciudadanos del cantón, inconformes con supuestas irregula-

⁵⁰ Asamblea Constituyente, Amnistía n° 3, Dayuma, 14/3/2008, disponible en http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_dayuma.pdf.

⁵¹ Asamblea Constituyente, *Informe favorable para conceder amnistía a los pobladores involucrados en los sucesos de la parroquia Dayuma, Provincia de Orellana*, Montecristi, 11/3/2008.

ridades cometidas por el Alcalde, decidieron organizarse y conformar un Comité Cívico contra la Corrupción en Representación del Cantón Las Naves. El 3 de junio de 2007, alrededor de 500 personas realizaron una marcha, y con posterioridad, decidieron tomarse en forma pacífica la parte externa del edificio donde funciona la Municipalidad. Este hecho provocó que el 5 de junio de 2007 se iniciara una indagación previa dictada por el agente fiscal distrital de la provincia de Bolívar, bajo presuntos delitos de *rebelión, atentado contra el orden público o la seguridad del Estado, integración de grupos ilegales y sedición*. El conflicto en la Municipalidad continuó, y los días 15 y 16 de febrero de 2008, en hechos que no han sido del todo aclarados, el fiscal del cantón Echandía estuvo retenido por parte de la población en el cantón Las Naves. En relación con estos hechos se iniciaron varios procesos penales a través de los cuales se imputó a una persona por el delito de *usurpación de funciones*, a una persona por el delito de *tenencia ilegal de armas*, a ocho personas por el delito de *plagio* (del Fiscal de Echandía) y a 7 personas por *delitos contra la propiedad* (de la provincia de Los Ríos). En todos los casos se emitieron órdenes de prisión preventiva.

El 8 de julio de 2008, la Asamblea Constituyente consideró que tanto la toma de las dependencias municipales como la retención del Fiscal fueron “actos evidentemente políticos” y, tomando en cuenta “que, se evidencia que se ha judicializado los actos políticos de los ciudadanos de dicha jurisdicción y se ha criminalizado el estado de inconformidad y desobediencia [resolvió]: conferir amnistía a favor de todas las personas (...) que se encuentran detenidas, indiciadas, acusadas, bajo investigación o por investigarse las causas y los hechos violentos ocurridos desde el 3 de junio de 2007 en el cantón Las Naves”⁵².

III. G. Manifestaciones en Vinces

También se beneficiaron de una amnistía otorgada por la Asamblea Constituyente los ciudadanos del cantón Vinces, de la provincia de Los Ríos, quienes del 1 al 5 de febrero de 2007 habían realizado un levantamiento contra sus autoridades municipales, reclamando el incumplimiento de sus funciones. En su contra se inició una instrucción fiscal acusándolos por el delito tipificado en el artículo 160 del Código Penal, que sanciona los *actos de agrupaciones guerrilleras, de comandos y terroristas*. La Asamblea consideró que se había iniciado una acción penal por terrorismo “sin que la reclamación de las comunidades de Vinces, suscitadas del 1 al 5 de febrero del año 2007 pueda considerarse como tal y por otro lado, del estudio realizado no existen informes que sostengan que se actuó con tácticas militares de ataques breves, repentinos, con voladuras de instalaciones, puentes, con secuestro de armas y provisiones, ni se trató de grupo de soldados armados y entrenados en un ejército regular o irregular para que se considerase comandos, ni se ha utilizado medios explosivos, químicos, biológicos, secuestros con ánimo de causar terror en una población civil, de tal manera que puedan encuadrarse los actos de protesta en tal tipicidad”. Además, la

⁵² Asamblea Constituyente, Amnistía n° 13, *Personas involucradas en hechos acaecidos en el cantón Las Naves, Provincia de Bolívar*, 28/7/2008, disponible en: [//constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_las_naves_bolivar.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_las_naves_bolivar.pdf).

Asamblea Constituyente estimó que “es obligación de todos, especialmente del Estado, guardar la proporcionalidad de sus actos, sanciones y defensa de sus derechos, por lo que resulta un exceso el inicio de acciones a título de guerrilla, comando y terrorismo, que atenta a los derechos humanos y jurídicos de los acusados”. A la luz de lo anterior, la Asamblea resolvió conceder una amnistía general a “todas las personas detenidas, indiciadas, acusadas, bajo investigación o por investigarse por las causas y los hechos violentos ocurridos durante las protestas del 1 al 5 de febrero del 2007, en los alrededores de la Municipalidad del cantón Vinces de la provincia de Los Ríos” y ordenó “el archivo definitivo de todos los procesos penales que se hubiesen iniciado o desarrollado por las causas y los hechos violentos ocurridos durante (...) protestas”⁵³. Nótese que, si bien resultaba desproporcionado iniciar una acción penal por el delito de terrorismo, la amnistía se concedió para extinguir la acción penal por hechos *violentos* ocurridos en el marco de la protesta, hechos que no necesariamente están protegidos por el derecho a la protesta pacífica.

III. H. Casos de manifestaciones beneficiados por la amnistía del 22 de julio de 2008⁵⁴

Con posterioridad a la primera amnistía general concedida el 14 de marzo de 2008, denominada “derechos humanos criminalizados”, y a las amnistías que se otorgaron para los casos de Correos del Ecuador, Dayuma, Vinces, y las Naves, la Asamblea Constituyente conformó una Comisión para analizar la procedencia de nuevas amnistías para casos similares. El informe de la Mesa de Legislación y Fiscalización⁵⁵ señala que “del análisis de los procesos realizado por la Comisión se desprende que se trata (...) de denuncias y acusaciones presentadas con el fin de detener arbitrariamente y privar de la libertad, de manera provisional o definitiva, a personas que ejercen su derecho a la protesta e intentan proteger los recursos naturales y por ende sus territorios”. Es de resaltar que este informe, a diferencia de los documentos en los que se fundamentaron las primeras amnistías, por lo menos hace referencia la protesta como derecho, y no se limita a tratar el asunto como una amenaza a los defensores de derechos humanos.

Como fundamento de la amnistía se señaló:

“Los actos de resistencia de las comunidades por los cuales los líderes sociales han sido criminalizados (...) son actos ‘políticos’ en la medida en que se orientan al bien

⁵³ Asamblea Nacional Constituyente, Amnistía n° 9, 4/7/2008, disponible en http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/amnistia_ciudadanos_vinces.pdf.

⁵⁴ Asamblea Nacional Constituyente, Amnistía n° 12, 22/7/2008, disponible en http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_chillanes_bolivar.pdf.

⁵⁵ Asamblea Constituyente, Informe de la Mesa de Legislación y Fiscalización sobre la procedencia de nuevas amnistías a personas acusadas de varios delitos vinculados con la protesta y movilización en contra de la actividad minera, construcción y funcionamiento de centrales hidroeléctricas, defensa de espacios comunales, y, en general, con la exploración y explotación de recursos naturales no renovables, Montecristi, 8/7/2008, disponible en http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_chillanes_bolivar.pdf.

público, aunque quienes los enfrentan los combaten caracterizándolos como delictivos. Hay que distinguir, pues, los actos políticos de protesta, en ejercicio del derecho de resistencia, con diversos tipos de delitos comunes. En suma, los actos de resistencia de la comunidad son actos esencialmente de interés público, es decir políticos, cuya finalidad es el bienestar del colectivo que se rebela, sin espacio para la imputación de delitos comunes”⁵⁶.

Lamentablemente, el informe favorable para la Amnistía emitido por la Mesa de Legislación y Fiscalización en varios casos omite información precisa sobre el contexto, las personas denunciadas o denunciantes, los números de expediente en las instancias judiciales, el estado del proceso o el delito imputado lo que vuelve imposible el análisis de todos los casos beneficiados. No obstante, a continuación se hará referencia a algunos de los casos más relevantes beneficiados con la amnistía de 22 de julio de 2008, en tanto permiten comprender la magnitud de las vulneraciones al derecho de protesta pacífica en Ecuador.

Entre los casos beneficiados de esta segunda amnistía está el de las comunidades de Saraguro. Conforme al informe favorable para la amnistía, el conflicto inició los primeros días de noviembre de 2006 cuando unos 150 indígenas de varias comunidades de Saraguro realizaron una protesta pacífica contra la policía, dado que ésta había detenido a tres jóvenes indígenas por supuestos escándalos en la vía pública. Los protestantes señalaban que en la riña habían participado indígenas y no indígenas, pero únicamente los indígenas habían sido detenidos. Los jóvenes fueron liberados luego de una conversación con el Comisario y la policía en la que los protestantes afirmaron que aplicarán la justicia indígena, pero acto seguido el Comandante Provincial de la Policía de Loja inició una denuncia contra dos líderes de la comunidad acusándolos del delito de *rebelión* en contra de la policía. El juicio se encontraba ante la Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia cuando se otorgó la amnistía.

También se benefició de una amnistía el caso de los pobladores de Taracoa, en el cantón Francisco de Orellana. Los hechos ocurrieron el 12 de julio de 2007 cuando los miembros de la Red de Líderes Ángel Shingre y otras veinte personas de la parroquia hicieron una toma simbólica de la junta parroquial, pidiendo la renuncia de su presidente, quien habría incumplido los compromisos con la parroquia. Como retaliación, el presidente de la junta parroquial inició en su contra una denuncia por los delitos de *sustracción y destrucción de bienes públicos*. La denuncia fue desestimada al llegar a un acuerdo con las comunidades. Sin embargo, el Fiscal de Orellana continuó tramitando la causa y pidió orden de prisión contra los denunciados, sin haber siquiera pedido que rindan sus declaraciones. El proceso se encontraba en etapa de indagación previa cuando fue beneficiado de la amnistía.

La amnistía también benefició a quince personas procesadas por el delito de *cierre de vías públicas* en el marco del levantamiento nacional contra la minería de 27 de junio de 2007 y a otras 17 personas denunciadas por el mismo delito en

⁵⁶ *Ibidem*.

el marco del levantamiento de 28 de junio de 2008. Además, se beneficiaron decenas de personas denunciadas por participar en una movilización contra la minería el 2 de abril de 2008, sin que la resolución de amnistía mencione los denunciantes ni los supuestos delitos de los cuales se los acusaba.

En relación con la explotación petrolera, esta nueva amnistía general benefició al Presidente de la Asociación Wichukachi del pueblo kichwa de Pastaza, quien había sido acusado por *sabotaje y terrorismo* luego de que, en marzo de 2008 algunas comunidades llevaran adelante medidas de hecho ante el incumplimiento de garantías de protección ambiental frente a la empresa AGIP que ocasionaron daños en la infraestructura del campo Vilano, bloque diez. Al momento de la amnistía el juicio se encontraba en etapa de instrucción fiscal y la orden de prisión preventiva emitida por el juez primero de lo Penal de Pastaza por pedido del fiscal estaba siendo apelada ante la Corte Superior.

La amnistía benefició además a dos hermanos de la comunidad de Cristalino afectada por la empresa Petrobell en las provincias del Coca y Orellana. Los hechos ocurrieron el 4 de octubre de 2007 cuando los campesinos de Tiwino, Loma del Tigre y Cristalino impidieron el paso a los vehículos de la empresa Petrobell en el marco de una protesta contra la compañía por la contaminación del río Cristal. La fuerza pública reprimió fuertemente a los campesinos, detuvo a algunos de ellos y los condujo al campamento de la petrolera. Uno de los manifestantes, Segundo Loor, murió en esas instalaciones. Las fuerzas armadas y un ex militar que actuaba como jefe de seguridad de la empresa acusaron a los hermanos Esmeraldas Alcívar de haber asesinado a su propio compañero y de intentar asesinar a militares. Al momento de la amnistía los juicios por supuesto *intento de asesinato* se encontraban en etapa intermedia, con un dictamen fiscal acusatorio y contra los acusados se había emitido una orden de prisión preventiva.

También fueron amnistiados varios miembros de la Comunidad la Victoria en el cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos, contra quienes la empresa Petroproducción había iniciado un juicio por *sabotaje y extorsión* luego de que la comunidad se opusiera a la perforación de un pozo petrolero en virtud de que el estudio de impacto ambiental no correspondía al del lugar donde se estaba realizando perforación. Asimismo, los integrantes del Frente de Defensa de la Amazonía, organización de la zona ampliamente reconocida por su trabajo de defensa de los derechos humanos, habían sido acusados de *instigar al sabotaje*. El juicio se encontraba en indagación previa cuando se benefició de la amnistía. De manera similar, cerca de cien personas, incluyendo dirigentes de varias comunidades de Sucumbíos, habían sido acusadas por Petroproducción de los delitos de *sabotaje y terrorismo*, en virtud de su oposición a la perforación de pozos petroleros. Más de seis casos distintos se encontraban en etapa de indagación previa ante la fiscalía de asuntos petroleros de Sucumbíos y fueron beneficiados de la amnistía.

Finalmente, se recordará que la amnistía de 14 de marzo de 2008 había beneficiado a Floresmilo Villalta, un poblador del predio Pambilar, cantón Quinindé, provincia de Esmeraldas, afectado por las empresas madereras Endesa-Botrosa, quien se encontraba cumpliendo una condena por el delito de violación sexual. Esta nueva amnistía general se otorgó a favor de varios otros casos relacionados con dichas empresas madereras. Según se señala en el informe favora-

ble para la amnistía⁵⁷, como resultado de sus acciones de resistencia frente a la explotación de las empresas madereras, los pobladores del predio Pambilar fueron víctimas de atropellos y persecuciones, que dieron lugar a varios juicios penales todos ellos iniciados por la empresa Bosques Tropicales S.A. (Botrosa). Entre los procesos amnistiados se encuentra una denuncia por el supuesto delito de “organización de *pseudo* cooperativas e invasión de propiedad privada” que se inició contra Floresmilo Villalta y otros tres miembros de la comunidad. Al no haberse presentado al juicio ante el Tribunal Penal Segundo de Esmeraldas en enero de 2008, éste emitió una orden de captura en su contra. También se benefició de la amnistía otra denuncia interpuesta contra Floresmilo Villalta por *tenencia ilegal de armas*. No se tiene detalles sobre el estado de este juicio ante el Tribunal Primero de lo Penal de Esmeraldas al momento de la amnistía. Una tercera denuncia incluida en la amnistía se refiere a un proceso iniciado contra Floresmilo Villalta y otros seis miembros de la comunidad por el supuesto delito de *invasión*. Respecto del estado de este caso, el informe de amnistía señala que en septiembre de 2005 se emitió un auto de llamamiento a juicio y se ordenó la detención en firme de los imputados. Una cuarta denuncia cuyos efectos penales se extinguieron en virtud de la amnistía había sido presentada por la empresa Botrosa S.A. contra Floresmilo Villalta y otras 14 personas por los delitos de *terrorismo*, *tentativa de asesinato* y otros. El proceso se encontraba en etapa de apelación ante la Corte Superior de Justicia de Esmeraldas al momento de la amnistía. Una quinta denuncia incluida en la amnistía se refiere al proceso iniciado contra varios miembros de la comunidad por el supuesto delito de *incendio*. El fiscal había emitido un dictamen acusatorio y órdenes de prisión contra los imputados cuando se otorgó la amnistía.

III. I. Manifestaciones que resultaron en la toma del Municipio de Salinas en el 2005

Luego de que la Asamblea Constituyente finalizara sus labores, la Asamblea Nacional retomó su facultad de otorgar amnistías. El 27 de abril de 2010, el pleno de la Asamblea Nacional aprobó la concesión de una amnistía a favor de seis ciudadanos que participaron en la toma del Municipio del cantón Salinas, el 25 de febrero de 2005 y que estaban siendo procesados por el delito de *invasión de edificios públicos*. Los hechos ocurrieron cuando en febrero de 2005 alrededor de 300 personas se tomaron el Palacio Municipal de Salinas como medida de respaldo al candidato a la Alcaldía en las elecciones del mismo año y en protesta de los resultados electorales proclamados por el Tribunal Electoral Provincial del Guayas que otorgaron el triunfo al candidato del otro partido. La Asamblea Nacional consideró que los hechos se originaron por las disputas y diferencias electorales entre los pobladores de la zona, y, por tanto, el delito de invasión de edificios públicos, tipificado en el artículo 155 del Código Penal es un delito político. En virtud de ello, la Asamblea aprobó el archivo definitivo de todas las indagaciones previas y procesos penales que se hubiesen iniciado o

⁵⁷ *Ibidem*.

desarrollado por las causas y los hechos ocurridos en la toma del Municipio de Salinas el día 25 de febrero de 2005. Al mismo tiempo, exhortó a la sociedad en general a no repetir los actos que ocasionaron la paralización de los servicios públicos.

III. J. Casos de manifestaciones objeto de criminalización con posterioridad a los decretos de amnistía

Ciertamente, el hecho de que cientos de personas se hayan beneficiado de amnistías generales concedidas por la Asamblea Constituyente no ha impedido que el Estado continúe con su política de utilizar el derecho penal para sancionar a ciudadanos por el ejercicio de su derecho a la protesta pacífica. Los casos que se describen a continuación así lo demuestran.

Varios de casos de criminalización tuvieron lugar en el marco de las movilizaciones contra la aprobación de la Ley Minera a principios de 2009. A pesar de que la amnistía de 22 de julio incluyó a personas procesadas en el marco de manifestaciones contra la Ley Minera, en contra de las decenas de personas detenidas por hechos similares en el año 2009 se iniciaron procedimientos penales por los supuestos delitos de *cierre de la vía pública*, *sabotaje de servicios públicos o privados*, *terrorismo organizado* y *atentados contra la seguridad del Estado*; también se acusó a una persona por ser “dirigente de paro”. En varios casos las detenciones fueron confirmadas y los procesos continúan, en su mayoría, en etapa de investigación ante la Fiscalía.

Otro ejemplo de criminalización de la protesta pacífica ocurrió cuando en el año 2009 las organizaciones y comunidades Shuar ubicadas en Nankintza, donde estaría ubicado el proyecto minero Panantza-San Carlos, en la provincia de Morona Santiago, decidieron no permitir la instalación del campamento a la empresa Ecuadorriente, subsidiaria de la minera canadiense Corriente Resources Inc. Cuando técnicos de esa empresa intentaron ingresar al sitio, las familias indígenas ahí presentes retuvieron sus implementos de trabajo. Los instrumentos retenidos fueron entregados a la Fiscalía y la Policía Judicial, demostrando que no era su intención sustraer fraudulentamente cosas ajenas, sino proteger su territorio. No obstante, los técnicos interpusieron una acción judicial por *robo agravado* en contra de tres de los indígenas: Samik Adriano Ankuash Juwa, Tsetsekip, Rafael Tsamaraint Sankup y Antuash José Mashu Asamant. Los dos primeros fueron privados de su libertad⁵⁸.

El 20 de mayo de 2009, un grupo de trabajadores públicos realizó una marcha en rechazo a un decreto que, a su juicio, afecta los derechos de los trabajadores, la organización y los contratos colectivos. Los manifestantes llegaron a la Gobernación del Guayas portando carteles con consignas en contra del gobierno y retratos del presidente alterados con dibujos, que luego quemaron. Según su versión, la protesta fue pacífica pero los policías apresaron a varios de los pro-

⁵⁸ INREDH y CEDHU, Nota dirigida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de noviembre de 2009 en relación con la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador, p. 19.

testantes cuando quemaron la imagen del Presidente. 12 personas fueron detenidas por los supuestos delitos de *escándalo y cierre de la vía pública, faltamiento de palabra y agresión a miembros policiales*. Asimismo, se analizaba si correspondía acusarlos por faltar a “la majestad de la presidencia de la República”, en virtud de la quema de sus pósteres y pancartas con insultos.

Uno de los casos más controvertidos ocurrió cuando el 28 de octubre de 2009 fueron detenidos Giancarlo Zunino y Félix Pilco, representantes de la Nueva Junta Cívica de Guayaquil. Su detención ocurrió en horas de la noche cuando estos dos representantes de la Nueva Junta Cívica, junto con otras cuatro personas, colocaban, en la ciudad Guayaquil, pancartas en donde se leía “persona no grata” en referencia al Presidente de la República. El fiscal de delitos flagrantes consideró que las pancartas propendían al separatismo y el mismo día de la detención inició una instrucción fiscal por el delito de *incitación o fomento al separatismo*. Asimismo, el juez de garantías penales ordenó su prisión preventiva. Si bien recobraron su libertad el 5 de noviembre luego de pagar una fianza, el juicio en su contra continuó hasta que el 20 de enero el juez declaró el sobreseimiento definitivo, en tanto no se habían encontrado elementos suficientes para acusarlos por el delito de separatismo.

No se puede dejar de mencionar el caso de los 41 taxistas detenidos en Loja en noviembre de 2009, luego de que un grupo de choferes de transporte urbano protagonizara un paro y obstruyera la vía para exigir a las autoridades el control debido ante la proliferación de taxis ilegales. El paro habría evitado el paso de una comitiva presidencial que viajaba a una provincia cercana. En tal virtud, 41 conductores fueron detenidos y acusados de *sabotaje y terrorismo*. En principio, las detenciones fueron confirmadas por el juez de la causa pero luego fueron liberados gracias a una medida alternativa otorgada por el juez de garantías penales. El juicio en su contra continúa.

También puede mencionarse lo ocurrido el 22 de abril de 2010, cuando Ángel Gabriel Salvador, quien había sido testigo ante la Comisión de Fiscalización de la Asamblea Nacional que estudiaba la posibilidad de llevar a juicio político al Fiscal General, se encontraba frente a la Fiscalía General portando un cartel que decía “Fuera fiscal corrupto”. El juez 14° de Garantías Penales de Pichincha dio paso a una instrucción fiscal en su contra, en la que se lo acusa del delito de *rebelión*.

Y en mayo de 2010 cinco indígenas fueron detenidos en el marco de las masivas protestas en las vías contra la Ley de Aguas. Carlos Pérez Guartambel, Federico Guzmán, Efraín Arpi, Pablo Quezada e Isaac Lozano fueron acusados de *terrorismo, sedición y sabotaje* por la agente fiscal de lo penal del Azuay. Si bien el presidente de la Corte de Justicia de Azuay revocó la orden de prisión, el proceso en contra de los cinco dirigentes indígenas continúa. La reacción del Ministro de Gobierno fue determinante: “La movilización está permitida, lo que no podemos aceptar es el cierre de vías o atentar contra los bienes públicos, el secuestro de personas”⁵⁹.

⁵⁹ El Comercio, Los Campesinos Alistan Otras Marchas, disponible en <http://elcomercio.com/2010-05-08/Noticias/Politica/Noticias-Secundarias/EC100508P5SEGUIMIENTOIN DIO.aspx>.

IV. La protección del derecho a la protesta pacífica en Ecuador frente a los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión

El análisis del marco legal vigente y de la forma en que las leyes penales han sido aplicadas a distintos escenarios de protesta permite establecer ciertas conclusiones con respecto a los potenciales o reales conflictos del derecho penal ecuatoriano con el derecho a la protesta como ejercicio de la libertad de expresión.

Primeramente, la vigencia de normas penales que facultan a las autoridades competentes a prohibir la realización de una manifestación pacífica y que sancionan con prisión a quienes realicen manifestaciones sin contar con un permiso previo es en sí misma atentatoria del derecho a la libertad de expresión. Si bien los Estados tienen un amplio margen de discreción al elegir las medidas razonables y apropiadas para asegurar que las manifestaciones procedan pacíficamente, ello no implica que estén facultados para impedir que, en ejercicio del derecho a la libertad de expresión, se lleve a cabo una manifestación pacífica. Tampoco es admisible el uso de sanciones penales cuando dichas protestas realizadas sin permiso previo no hayan vulnerado los derechos a la vida o la integridad de las personas. Sancionar o amenazar con sancionar penalmente a una persona que ejerció su derecho a la protesta de manera pacífica y sin afectar los derechos de terceros, únicamente en virtud de que no contaba con un permiso para realizar dicha protesta, constituye una violación del derecho a la libertad de expresión según los estándares del sistema interamericano de derechos humanos. De hecho, la Comisión Interamericana ha entendido que no basta un mero desorden para justificar la detención de una persona que está protestando en forma pacífica, sino que para que esa detención sea legítima es necesario justificar la probabilidad de que la conducta de la persona que está manifestando pueda ocasionar actos violentos al interferir con los derechos o libertades de otros⁶⁰.

En segundo lugar, la existencia de una norma penal que tipifica como delito el cierre de vías públicas, sin incluir criterios que permitan establecer los límites dentro de los cuales no es admisible restringir el derecho a la protesta pacífica, resulta atentatoria contra el derecho a la libertad de expresión. Ciertamente, es probable que las protestas que se desarrollan en vías públicas o que tienen por objeto su cierre conlleven importantes molestias en personas ajenas a la manifestación. También es factible que al cerrar vías se impida el trabajo de ciertas empresas e incluso se obligue a las autoridades a interrumpir algún servicio público. Sin embargo, lo anterior no necesariamente convierte a la protesta en un acto ilícito. Por el contrario, el Estado debe garantizar el derecho a utilizar los espacios públicos para expresar opiniones o reclamar derechos. Para que la norma del Código Penal que tipifica como delito el cierre de vías públicas no sea, en sí misma, contraria al derecho a la libertad de expresión, debería estar redactada de forma tal que incluya los criterios contenidos en el artículo 13 de

⁶⁰ CIDH, *Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2005*, cap. V, Las Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Opinión y la Libertad de Reunión, 27/2/2006, párr. 99.

la Convención Americana como requisito indispensable para justificar su aplicación contra personas que están ejerciendo su derecho a la protesta pacífica. En todo caso, los jueces deben tomar en consideración estos criterios antes de aplicar esta norma para sancionar a quienes utilizan espacios públicos para manifestar.

En tercer lugar, el vasto uso de tipos penales que se utilizan de manera desproporcionada para sancionar los hechos ocurridos en el marco de protestas constituye un verdadero atentado del Estado ecuatoriano contra el derecho a realizar manifestaciones sociales. De los casos descritos en las secciones anteriores, es posible observar que los tipos penales que con más frecuencia se utilizan para iniciar procesos penales contra manifestantes son los que sancionan los delitos de *terrorismo* y *sabotaje*. Con respecto a la aplicación del delito de terrorismo en el contexto de restricciones a la libertad de expresión, los Relatores para la Libertad de Expresión han enfatizado que ésta “debe limitarse a los crímenes violentos diseñados para promover causas ideológicas, religiosas, políticas o de criminalidad organizada, con el objetivo de ejercer una influencia sobre las autoridades públicas mediante la generación de terror entre la población”⁶¹. Un estándar similar debe utilizarse cuando se pretende sancionar acciones de protesta a través de delitos graves como el sabotaje.

No se pretende que el Estado deje de ejercer su facultad y obligación de imponer sanciones penales cuando se cometan actos ilícitos en el marco de protestas. Sin embargo, del análisis de los distintos casos mencionados en las secciones anteriores es posible concluir que los órganos judiciales han realizado una aplicación extensiva de ciertas figuras penales para acusar a los participantes de manifestaciones de delitos sumamente graves como son el terrorismo y el sabotaje. Esta interpretación extensiva de los tipos penales señalados constituye un ejercicio arbitrario de las facultades penales del Estado, más aún cuando al aplicar estos tipos penales contra manifestantes no se analizan las lesiones a los derechos de reunión y expresión. Para poder garantizar estos derechos, el Estado debe encontrar un equilibrio entre la necesidad de sancionar los excesos o los actos ilegítimos que hayan ocurrido y la necesidad de garantizar las expresiones públicas de los ciudadanos en un régimen democrático. El uso abusivo de normas penales que se refieren a delitos de extrema gravedad, cuya aplicación a ilícitos cometidos en el marco de una protesta resulta a todas luces desproporcionada, constituye una criminalización del derecho a la protesta. Cuando el Estado recurre o permite a otros recurrir al uso de estas figuras penales sin asidero alguno, es claro que no estamos ante una reacción legítima del Estado frente a la infracción de leyes penales, sino más bien ante una persecución penal contra las personas que a través de protestas y manifestaciones han expresado

⁶¹ Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Antiterrorista y Antiextremista del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, Atenas, 9/12/2008. En igual sentido, se puede consultar el Informe Anual de la CIDH 2002, Vol. III: Informe Anual de la Relatoría de Libertad de Expresión.

su crítica a las políticas oficiales. Si bien son muy escasas las personas que han llegado a ser condenadas en el marco de procesos iniciados por delitos cuya aplicación es excesiva para los hechos ocurridos durante protestas, el sólo sometimiento a un proceso penal que no se ajuste al principio de proporcionalidad constituye una restricción ilegítima del derecho a la protesta. Así, de los casos descritos en las secciones anteriores se evidencia que el Estado ecuatoriano, a través de sus autoridades judiciales, ha ejercido un control penal sobre la expresión de opiniones políticas que resulta inadmisibles a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

Lo anterior, sumado a que gran parte de los procesos penales contra personas que ejercen su derecho a la resistencia a través de medios pacíficos se inicia en virtud de denuncias temerarias e infundadas, ha tenido como consecuencia que los procesos penales se estanquen en las etapas preprocesales de investigación debido a la falta de pruebas suficientes para fundamentar una acusación penal. Esto ha impedido que los casos lleguen a ser analizados por un juez y ha implicado además que los procesos, y en ocasiones las medidas privativas de libertad, se extiendan en el tiempo sin que exista certeza alguna de cuándo llegarán a su fin. Entre las consecuencias de este fenómeno están: el impacto psicológico de los demandados y sus familias, particularmente cuando existen medidas privativas de libertad; los gastos procesales; el debilitamiento de las organizaciones comunitarias y de sus luchas sociales; y, lo que es peor, el efecto inhibitorio que estos procesos penales tienen respecto de otras personas que desean ejercer su derecho a la protesta pacífica.

Como cuarto punto se puede decir que la ausencia de un análisis judicial de los distintos derechos que entran en conflicto cuando se inician procesos penales contra manifestantes es notoria. Corresponde insistir que es facultad y obligación del Estado sancionar a quienes cometan ilícitos previstos en su legislación penal, pero esta facultad debe ser ejercida tomando en cuenta que existen varios derechos en conflicto: por un lado, los derechos de terceros que puedan haber sido afectados en el marco de una protesta y, por otro, el derecho a la libertad de expresión de quienes ejercen su derecho a la protesta. De las distintas piezas procesales que han podido obtenerse en relación con los casos descritos en las secciones anteriores es posible advertir que el análisis que realizan los fiscales al iniciar un proceso contra manifestantes se reduce exclusivamente al ámbito penal, es decir, se analiza únicamente si los hechos del caso se adecuan o no a lo tipificado en las distintas normas del Código Penal, sin tomar en consideración los distintos derechos que potencialmente están afectados, en particular el derecho a la libertad de expresión. En los pocos casos que han superado las etapas preprocesales y han llegado a ser analizados por un juez es posible observar la misma ausencia de un análisis que contemple los distintos derechos que están en juego. Se ignora por completo que las sanciones penales en situaciones de protesta deben aplicarse en casos absolutamente excepcionales en los cuales se haya verificado actos de violencia que afecten los derechos a la vida e integridad personal. Dado que este tipo de casos no ha llegado a ser analizado por las cortes y tribunales superiores del país, no existe jurisprudencia en Ecuador en la cual se analice si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar si la criminalización de la protesta satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de toda sociedad democrática.

En quinto lugar, si bien entre marzo y julio de 2008 se otorgaron amnistías en virtud de las cuales se extinguieron cientos de procesos penales en los que se había criminalizado el derecho a la protesta, y a pesar de que la concesión de estas amnistías constituye un reconocimiento del Estado de que se abusó del derecho penal con miras a perseguir a personas que ejercieron legítimamente su derecho a la protesta, el uso de amnistías para corregir estos abusos resulta inadecuado por distintas razones. Ante todo, resulta inadecuado porque los casos de criminalización de la protesta constituyen potenciales casos de violaciones a los derechos humanos. El Estado tiene la oportunidad de corregir, a través de decisiones judiciales, los abusos del derecho penal que se hayan cometido por parte de los jueces de instancia. Pero si, luego de agotar las distintas instancias judiciales, las personas que son víctimas de criminalización de sus derechos no han logrado que el Estado garantice su derecho a la protesta pacífica, esas personas deben poder acudir a instancias internacionales con el objeto de demandar que el Estado cumpla con sus obligaciones de derechos humanos. Sin embargo, las amnistías han privado a las víctimas de obtener una decisión que permita individualizar y sancionar a los responsables, lo que resulta incompatible con las garantías judiciales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana y el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 del mismo instrumento⁶².

Más aún, las amnistías suponen el perdón o el olvido de los delitos, no obstante, en la mayoría de casos de criminalización de la protesta los delitos ni siquiera existieron, por lo que no cabía “perdonarlos”. Lo que corresponde en estos casos no es el olvido sino el reconocimiento de que es ilegítimo el uso del derecho penal para sancionar ilícitos ocurridos en ocasión de una protesta cuando ese uso no se restringe a los casos en los que sea estrictamente necesario aplicar el derecho penal para satisfacer un interés público imperativo.

Incluso para quienes consideran que las amnistías constituyen un importante instrumento de negociación política que los Estados se reservan para alcanzar la paz en situaciones de conflicto, la forma específica en la que estas amnistías fueron otorgadas también resulta inadecuada por varios motivos. En primer lugar, resulta inadecuada porque las amnistías fueron concedidas de manera general, con información muy vaga y muchas veces incompleta, sin que se haya realizado un análisis caso a caso de los diferentes escenarios y una evaluación de los distintos derechos en conflicto. Por ejemplo, las amnistías se otorgaron sin que quede claro bajo qué requisitos es admisible tomarse un edificio público, o cuándo es delito paralizar un servicio público o bajo qué circunstan-

⁶² La posición de la Comisión Interamericana con respecto a las leyes de amnistía puede ser consultada en sus informes con respecto a los siguientes casos: Informe 26/92, Masacre Las Hojas (El Salvador); Informe 28/92 (Argentina); Informe 29/92 (Uruguay); Informe 34/96 (Chile); Informe 36/96, Héctor Marcial Garay Hermosilla y otros (Chile); Informe 25/98, Mauricio Eduardo Jonquera Encina y otros (Chile); Informe 1/99, Lucio Parada Cea y otros (El Salvador); Informe 133/99, Carmelo Soria Espinoza (Chile); Informe 136/99, Ignacio Ellacuría y otros (El Salvador); Informe 37/99, Monseñor Óscar Arnulfo Romero y Galdamez (El Salvador); Informe 61/01, Samuel Alfonso Catalán Lincoleo (Chile); Informe 28/00, Barrios Altos (Perú); Informe 30/05, Luis Alfredo Almonacid (Chile). Véase también la posición de la Corte Interamericana al respecto en su sentencia del caso Barrios Altos (Perú).

cias es posible afirmar que se utilizó una denuncia por un delito sexual únicamente para amedrentar a un defensor que había organizado varias movilizaciones. Así, las más variadas situaciones fueron incluidas en una misma amnistía como “derechos humanos criminalizados” sin considerar que, en algunos casos, sí pudieron haberse cometido excesos que, quizá, correspondía que sean sancionados por los órganos judiciales. Sea que esos excesos hayan provenido de los manifestantes o de la fuerza pública, las amnistías los dejaron en la impunidad sin antes haber analizado las pruebas del caso. De tal forma, si en verdad los derechos de terceras personas fueron vulnerados, esas personas nunca alcanzarán justicia. Y si los derechos de los manifestantes fueron violentados, sea por la fuerza pública o por las autoridades judiciales, esos manifestantes deberán conformarse con la impunidad de los agentes estatales⁶³ y con la falta de reparación por los daños ocasionados⁶⁴.

A pesar de la delgada línea que a veces separa los casos en los que el Estado está obligado a usar sus facultades penales para sancionar excesos y los casos en los que el Estado debe abstenerse de usar esas facultades para garantizar el legítimo ejercicio del derecho a la protesta, las amnistías se concedieron como una decisión de última instancia, sin posibilidad de que la decisión sea revisada por un juez independiente a través de un análisis detallado de las circunstancias.

Las amnistías concedidas no sólo carecen de un análisis caso a caso, sino que además el análisis general que realizan omite por completo considerar que uno de los derechos en juego es el derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, el informe constituyente en el que se basó la amnistía “derechos humanos criminalizados” fundamenta la concesión de la amnistía únicamente en el derecho a la dignidad humana, el derecho a la resistencia o rebelión y el derecho a la legítima defensa de la naturaleza y los derechos humanos⁶⁵. Así, los estándares establecidos por el sistema interamericano como requisito indispensable para restringir legítimamente el derecho a la protesta como ejercicio del derecho a la libertad de expresión no fueron considerados en ningún momento por los asambleístas.

Tan sólo una de las amnistías otorgadas hizo referencia al derecho a la protesta social y realizó un interesante análisis estableciendo que “los actos de resistencia de la comunidad son actos esencialmente de interés público, es decir polí-

⁶³ Al respecto, incluso las organizaciones de derechos humanos que solicitaron a la Asamblea Constituyente que se expida la amnistía han señalado con preocupación que “a pesar del reconocimiento oficial acerca de la instrumentalización de la justicia para la criminalización de los defensores y defensoras de derechos humanos, que hiciera el Estado mediante las resoluciones de amnistías emitidas por la Asamblea Nacional Constituyente en 2008, no se ha iniciado ninguna investigación que identifique responsabilidades al respecto, pese a la gravedad de algunos de los casos”. Véase: INREDH y CEDHU, Nota dirigida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 3 de noviembre de 2009 en relación con la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador, p. 19.

⁶⁴ Las amnistías concedidas por la Asamblea Constituyente omitieron también establecer un régimen indemnizatorio a cargo del Estado por los daños.

⁶⁵ Asamblea Constituyente, Mesa de Legislación y Fiscalización, Informe favorable para conceder amnistía a las personas acusadas de varios delitos vinculados con la protesta y movilización, Montecristi, 11/3/2008, disponible en [//constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_chillanes_bolivar.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/aministia_personas_chillanes_bolivar.pdf).

ticos, cuya finalidad es el bienestar del colectivo que se rebela, sin espacio para la imputación de delitos comunes”⁶⁶. No obstante, este análisis es únicamente parte de un informe interno de una de las mesas de la Asamblea Constituyente que, si bien es de carácter público, no fue publicado en el Registro Oficial y no está disponible a menos que se realice una solicitud expresa al centro de documentación de la Asamblea. De tal forma, no puede esperarse que el análisis contenido en dicho informe sirva como fundamento o guía para posteriores decisiones adoptadas por las cortes del país en casos de criminalización de la protesta, lo que acentúa la ausencia de precedentes judiciales sobre la materia.

El uso de amnistías también fue inadecuado en tanto se aplicó incluso para protestas que no pueden calificarse como pacíficas. Por ejemplo, en el caso de los pobladores de Vinces, si bien resultaba desproporcionado iniciar una acción penal por el delito de terrorismo, la amnistía se concedió para extinguir la acción penal por hechos *violentos* ocurridos en el marco de la protesta, hechos que no necesariamente están protegidos por el derecho a la protesta pacífica y que merecían un análisis detallado llevado a cabo por órganos judiciales independientes en consideración de todas las pruebas del caso y de los distintos derechos en conflicto.

Tan inadecuadas resultan las amnistías para “corregir” los abusos del derecho penal contra manifestantes que, con posterioridad a las amnistías, los abusos han continuado e, incluso, se han intensificado. En ese sentido, como han apuntado las principales organizaciones de derechos humanos del país, “cientos de personas se beneficiaron de las amnistías otorgadas por la Asamblea Constituyente, logrando un alivio momentáneo en lo personal y familiar, a sabiendas que en tanto los proyectos continúan otra vez recrudecerán los conflictos y nuevos escenarios de criminalización surgirán”⁶⁷.

En sexto lugar, se puede decir que en Ecuador el derecho a la protesta pacífica no es valorado ni garantizado por las distintas autoridades del Estado. Como se señaló, este derecho no forma parte del análisis de los fiscales, jueces y asambleístas que han conocido casos en los que se pretendía utilizar el derecho penal para criminalizar el derecho de protesta. Tan poco valorada es la participación en la democracia a través de protestas pacíficas que la Asamblea Constituyente exhortó a la población civil a no repetir paralizaciones ni cierre de vías⁶⁸ y una de sus Comisiones recomendó que se exija un permiso a quienes deseen realizar marchas y manifestaciones⁶⁹.

Asimismo, el Estado ha permitido que este derecho sea limitado sin fundamento a través de prohibiciones de realizar cualquier manifestación, reunión o asociación, “aún con fines pacíficos”, como ocurrió cuando el ejército asumió ple-

⁶⁶ *Ibídem*.

⁶⁷ INREDH y CEDHU, Nota dirigida a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 3 de noviembre de 2009 en relación con la Situación de Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en Ecuador, p. 3.

⁶⁸ Asamblea Constituyente, Amnistía n° 3: Dayuma, 14/3/2008, disponible en [//constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_dayuma.pdf](http://constituyente.asambleanacional.gov.ec/documentos/resolucion_amnistia_dayuma.pdf).

⁶⁹ Asamblea Constituyente, Informe del caso La Cadena, Probado el 21/2/2008 por la Mesa de Legislación y Fiscalización.

nos poderes en la provincia de Dayuma⁷⁰. Al respecto, cabe aclarar que es obligación de la fuerza pública establecer las limitaciones que sean necesarias para asegurar que las manifestaciones sean pacíficas, pero su accionar debe tener por objeto proteger los derechos de reunión y expresión de los manifestantes, así como los derechos de terceros. Si a través de la fuerza pública lo que se busca es desincentivar el ejercicio del derecho a la protesta o dispersar las manifestaciones sin que exista un fundamento para ello, la acción de la fuerza pública se torna ilegítima incluso si no se ha verificado uso desproporcional de la fuerza.

Finalmente, como si lo anterior no fuera suficiente para restringir ilegítimamente el derecho a la protesta, las altas autoridades del Estado ecuatoriano, a través de sus discursos, realizan constantes amenazas con el efecto de inhibir el ejercicio de este derecho. A continuación se mencionan algunos ejemplos de expresiones del Presidente que tienen un efecto silenciador entre quienes desean ejercer su derecho de protesta.

En noviembre de 2007, el Presidente de la República firmó un decreto ejecutivo mediante el cual declaró en emergencia a la estatal petrolera Petroecuador, y dispuso que el Ministerio de Defensa autorice la participación de personal de la armada en la gestión de esa empresa. Al nombrar como nuevo titular de la empresa petrolera a un oficial de la Marina, le ordenó que “enjuicie por sabotaje a todas las personas que la Presidencia de la República considera antipatriotas y causantes de los daños producidos en los pozos de la Amazonía”⁷¹. Asimismo, frente a los hechos ocurridos en Dayuma, las expresiones del Presidente de la República fueron: “tolerancia cero a todo el que quiera hacer paros y generar caos, anarquistas que están acostumbrados con los otros gobiernos a paralizar el desarrollo del país cuando les da la gana, los castigaremos con todo el rigor de la ley”⁷².

En abril de 2008, cuando se anunciaba una protesta frente a la posibilidad de que se realicen proyectos de extracción minera en territorios ancestrales indígenas, el Presidente de la República advirtió: “el Estado garantiza a las compañías la integridad de sus bienes y terrenos legítimamente obtenidos. (...) Si nos sacan 200 gentes, hago un llamado para que salgan 200.000 ciudadanos. (...) Hacemos un llamado a parar el carro a esta centena de locos furiosos financiados por el extranjero”⁷³.

Similares declaraciones realizó el Presidente en enero de 2009 durante su informe a la nación: “Basta ya de tanto absurdo y de tanto verdadero abuso. Invoquemos nosotros también, la gran mayoría del pueblo ecuatoriano, el derecho a resistir. Sí, a resistir a que pequeños grupos absolutamente minoritarios

⁷⁰ Comunicado de Prensa, Cuarta División de Ejército “Amazonas”, Bando n° 001, Puerto Francisco de Orellana, 30/11/2007.

⁷¹ El Universo. Petroecuador a manos militares. 30 de noviembre de 2007, disponible en www.eluniverso.com/2007/11/30/0001/9/550C676073B840F09A11B0571F127EB4.html.

⁷² El Comercio, “El Presidente pide a los alcaldes amazónicos no hacer más paros”, 14/12/2007, disponible en www.elcomercio.com/buscar_sencillo.asp?id_medio=1.

⁷³ Ídem, “El ambientalismo colmó la paciencia del Presidente Correa”, 27/4/2008, disponible en www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=121385&anio=2008&mes=4&dia=27.

nos impongan sus particulares visiones e intereses, robándonos hasta la verdad, cuando lo que siembran es muerte”⁷⁴.

De manera más reciente, ante la resolución de movilizarse contra el gobierno adoptada por las principales organizaciones indígenas del país el día 26 de febrero de 2010, en su “enlace ciudadano”⁷⁵ de fecha 28 de febrero de 2010⁷⁶, el Presidente de la República señaló: “Esto es puro y simple separatismo, llamémoslo por su nombre, separatismo (...). Están echando esta Constitución olímpicamente a la basura, porque, lean la Constitución, los ecuatorianos tenemos derecho a la libre movilidad en todo el territorio nacional”. Más adelante, durante el mismo enlace, el Presidente expresó:

“Ya basta, créanme. No van a poder detener la revolución ciudadana. Pero sí pueden estorbar, sí pueden dañar, sí pueden bloquear, sí pueden hacer gastar recursos, tiempo, ¿verdad? Bueno, no tenemos tiempo que perder (...) ¡ya basta! Ya basta de tratar de dividirnos (...) ya basta de levantamiento, bloqueos, etc., (...). No tienen argumentos (...). ¡Ya basta! Hay tantas cosas por las cuales luchar (...). No tenemos tiempo para perder. Y obviamente actuaremos con toda la firmeza de la ley porque no podemos permitir tampoco que grupos minoritarios quieran perjudicar a la gran mayoría, quieran perjudicar al Estado, quieran ponernos una condición de inestabilidad, cerrar carreteras, etc. Ya eso, compañeros, debe ser inaceptable en el Ecuador del siglo XXI. Y lo más trágico: lo prohíbe la propia Constitución que tantas veces invocan estos grupos. Esta Constitución, señores, prohíbe, esta Constitución aprobada por el 63% de los ecuatorianos, prohíbe, la interrupción del transporte público, es decir, prohíbe el bloqueo de carreteras”.

Como si lo anterior no fuera lo suficientemente intimidante, en el marco del mismo “enlace ciudadano”, en referencia a una manifestación estudiantil, el Presidente afirmó:

“Nos hicieron un paro. Irresponsablemente. Qué vergüenza que sean estudiantes universitarios. Hace dos días nos cerraron la Panamericana exigiendo 8 millones de dólares adicionales para completar un campus. No es que falte presupuesto, se les ha dado lo que corresponde por ley. Exigiendo 8 millones de dólares adicionales para acabar un campus que se metieron a hacer las autoridades y no calcularon adecuadamente. Entonces vamos a la medida de hecho a tomarnos la panamericana. ¿Saben cuántos centavos van a lograr con esa medida de hecho? Cero. Y lo que he ordenado, al Ministro de Gobierno y al Gobernador, [es] que tenga perfectamente identificado a los dirigentes de esa medida de hecho inconstitucional, ilegal, y se le empiece el correspondiente juicio penal, por rectores que sean. (...) Y se toman por diez horas una de las principales carreteras del país. ¿Hasta cuándo vamos a aguantar eso? (...) Vamos a responder con la ley en la mano. Y señores de la universidad técnica de Cotopaxi (...), ¿saben cuánto van a recibir por su reclamo? Cero señores.

⁷⁴ Palabras del Presidente Rafael Correa, Informe a la nación en el inicio del tercer año de revolución ciudadana, p. 6, 19/1/2009, disponible en www.presidencia.gov.ec/pdf/discursos-plaza.pdf.

⁷⁵ Enlace Ciudadano es el nombre del programa semanal de radio y televisión a través del cual el Presidente de la República informa a sus mandantes.

⁷⁶ Audio del Enlace Ciudadano n° 161, Shell, Pastaza, 28/2/2010, disponible en www.presidencia.gov.ec.

Aprendan a ser democráticos, aprendan a cumplir la ley, aprendan a ser estudiantes, profesores, directores universitarios, así no se debate en la academia”.

Estos ejemplos ilustran cómo desde las más altas esferas del Estado ecuatoriano se ha creado un ambiente de intimidación que inhibe la expresión de ideas disidentes. El total desprecio del derecho a expresar ideas a través de demostraciones pacíficas, particularmente cuando esas ideas provienen de grupos minoritarios o de grupos opositores del gobierno, es evidente en las declaraciones del Presidente.

A manera de conclusión, puede señalarse que el derecho a la protesta pacífica no es un derecho que se encuentre auténticamente garantizado en Ecuador. Este derecho es vulnerado por la existencia de tipos penales que tienen por efecto restringir las manifestaciones pacíficas; por el abuso de las facultades órganos jurisdiccionales con el fin de sancionar la protesta social a través de tipos penales a todas luces desproporcionados; por el uso inadecuado de la facultad de los asambleístas de otorgar amnistías a quienes han sido perseguidos por delitos políticos; por la falta de sanción a los abusos cometidos por la fuerza pública en el marco de protestas; por la forma en que se ha permitido a la fuerza pública impedir y prohibir que se realicen manifestaciones, inclusive pacíficas y por el uso continuo de amenazas vertidas desde el Poder Ejecutivo contra quienes ejercen su derecho a realizar manifestaciones.

El Estado ecuatoriano se encuentra en deuda con las personas que han sido excluidas de manera sistemática del debate público. Es imperativo que se implementen las medidas necesarias para garantizar efectivamente el derecho a la protesta social como ejercicio de la libertad de expresión y como condición indispensable para la democracia. Para ello, resulta necesario que el Estado modifique su legislación con miras a asegurar que las normas penales se ajusten a los estándares interamericanos de libertad de expresión, estableciendo de manera precisa y razonable los criterios necesarios para poder aplicar legítimamente el derecho penal contra personas que hacen uso de su derecho a la protesta pacífica. Se necesita, además, que se establezcan sanciones contra las autoridades públicas, incluyendo los integrantes del poder judicial, que utilicen arbitrariamente el poder penal para sancionar la expresión disidente. El Estado debe reconocer que “la criminalización de la legítima movilización y protesta social, sea a través de represión directa a los manifestantes, o a través de la iniciación de procesos judiciales, es incompatible con una sociedad democrática donde las personas tienen el derecho de manifestar su opinión”⁷⁷. Por ello, debe adoptar todas las medidas necesarias no sólo para abstenerse de interferir con el ejercicio de este derecho, sino también para asegurar su ejercicio efectivo ⁷⁸.

⁷⁷ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 30/12/2009, párr. 176. Véase también CIDH, Informe sobre la Situación de las Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas. 7/3/2006, párr. 217.

⁷⁸ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*. 30/12/2009, párr. 118. Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas. 7/3/2006, párr. 55. Véase también CIDH, Observaciones preliminares de la visita a Honduras, 21/8/2009.

MÉXICO

Miguel Rábago Dorbecker

La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”

“Manifestaciones públicas, huelgas, boicots de consumidores, desobediencia civil y otras formas de acción directa (a menudo ilegales) son parte integral de los movimientos antihegemónicos que al mismo tiempo usan caminos institucionales como el litigio y el cabildeo”¹.

I. Características generales del sistema jurídico mexicano en materia de libertad de expresión y tendencias hacia la criminalización de la protesta social

I. A. Breve contexto sociopolítico

Para comprender la reciente escalada de la conflictividad social y, por ende, del uso selectivo del derecho penal para sofocar a la protesta social, primero hay que contextualizar la actual realidad mexicana. Inmersa en un incipiente y muy insatisfactorio proceso de transición política de un régimen autoritario de dominación electoral del Partido Revolucionario Institucional, la sociedad mexicana ha optado en un primer momento por el robustecimiento del sistema electoral y una activa participación en él, como centro del cambio político. Sin embargo, el sistema de administración de justicia ha sido relegado a un término mucho menos importante que las reformas estructurales en materia electoral y de liberalización de la economía. El sistema jurídico ha sufrido grandes modificaciones para garantizar una mayor competencia en el sistema de partidos y para adaptarse a un proyecto económico en el que lentamente se ha desmantelado la intervención directa del Estado en ella, además de disminuir su capacidad regulatoria.

Las reformas más importantes al sistema jurídico mexicano que afectan la relación entre derecho a la libertad de expresión y sistema penal fueron dos principalmente: la reforma de 1994 al Poder Judicial de la Federación y la reforma constitucional en materia penal de 2008. Las realidades en las que se dan ambos sucesos son distintas, en 1994 se quería fortalecer la independencia del Poder Judicial Federal en general, pero especialmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este sentido, se trataba de contar con un árbitro imparcial para dirimir disputas políticas entre los diversos poderes del Estado mexicano, sobre todo entre el Legislativo y el Ejecutivo. De tal manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se erigía como el mediador de las disputas ocasionadas por el lento asenso de los partidos políticos de oposición, en controlar alcaldías impor-

¹ De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César, “El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica”, en *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, UAM-Antropos, Barcelona, 2007, p. 19.

tantes, gobiernos locales, la mayoría del Congreso de la Unión y finalmente la presidencia de la República. Sin embargo, la tutela de los derechos humanos contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos quedaba estructuralmente intacta. La reforma de 1994 no se centró en la ampliación del uso de los tribunales como garantes de los derechos humanos, sino que dicha labor fue encomendada paralelamente a órganos no jurisdiccionales, principalmente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

La segunda reforma, además de su carácter más contemporáneo, permite entender la realidad sociopolítica mexicana. Con posterioridad al muy exacerbado triunfalismo del cambio electoral del año 2000, la falta de reformas políticas profundas trajo un mayor descontento de la población que no veía materializadas sus expectativas. También la implementación de un programa de liberalización y reducción del gasto público, sumado a una creciente reducción de la capacidad regulatoria del Estado en materias ambientales y laborales, por ejemplo, orilló a diferentes sectores a optar por la protesta social como forma de participación política. Gran parte de las personas y movimientos sociales ante los cuales el derecho penal ha sido instrumentalizado como forma de represión, muestran las mismas calidades: pertenecen a grupos vulnerables desempoderados, a quienes el acceso a otras opciones les es casi vedado. Esta reforma constitucional en materia de seguridad y justicia se presenta como una respuesta al clima de inseguridad pública y auge de la delincuencia organizada, en gran parte promovida por una campaña constante de medios masivos de comunicación y el gobierno para modificar la percepción ciudadana.

I. B. Falta de armonización del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno

Quizá la forma más efectiva de analizar el sistema jurídico mexicano, respecto de su trato a la protesta social, es el de un doble estándar. Por un lado, el sistema Constitucional garantiza las distintas libertades relacionadas con la facultad de los individuos y los grupos de inconformarse públicamente². A este hecho se debe añadir que México participa activamente de los sistemas regional

² La libertad de expresión se regula en los arts. 6 y 7 de la Constitución Política de México. El art. 6 señala textualmente: “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que el ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público”. El art. 7, por su parte, se refiere más a la divulgación de ideas por escrito, entendible según el marco histórico bajo el cual se redactó el artículo, ya que no ha sufrido modificaciones desde el texto original de 1917. El texto dice: “Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que la vida privada, a la mora y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito. Las leyes orgánicas dictaran cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, ‘papeleros’, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos”.

En lo referente a la libertad de reunión y asociación, esta se recoge en el art. 9, que al igual que el 7, no ha sido reformado desde principios de siglo: “No se podrá coartar el

y universal de derechos humanos, firmando y ratificando la gran mayoría de los acuerdos. De tal manera, los tres principales grupos de derechos vulnerados a través de la criminalización de la protesta social son: el Derecho de la Libertad de expresión, Derecho de libertad de reunión y asociación, así como el Derecho a la libertad de tránsito; encuentran un fundamento constitucional y en diferentes instrumentos internacionales suscritos por México³. Sin embargo, la gran distancia que existe entre el reconocimiento constitucional y convencional de dichos derechos, con la configuración y aplicación de las garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales, es desconcertante.

Un tema estructural se refiere a la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Las mejores prácticas internacionales en materia de libertad de expresión y referentes al procedimiento penal no han podido armonizarse adecuadamente al sistema jurídico mexicano, ya que el formalismo jurídico de los tribunales, de las autoridades administrativas y de los abogados, cuando no la abierta reticencia a la aplicación de estándares internacionales, han minado una coherente protección hacia el derecho a disentir en México. De facto, muchas veces el derecho penal ha sido utilizado selectivamente para sofocar a movimientos sociales, en especial existe una tendencia a utilizarlo en contra de sindicalistas y campesinos. Si bien la libertad de expresión en México tiene un desarrollo material considerable, derivado de la batería de instrumentos internacionales que lo reconocen, la aplicación de estos instrumentos en el derecho interno ha sido muy raquítica y limitada a la vía del artí-

Derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlos para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar. No se considera ilegal y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias en contra de esta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee”.

Finalmente la libertad de tránsito se incluye en el art. 11 de la Constitución y garantiza que todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

³ Los distintos tratados en materia de protección internacional de Derechos Humanos que se encuentran vigentes en México, que reconocen el derecho de libertad de expresión, de reunión, de asociación y de circulación que son: Pacto de San José (arts. 13, 15, 16 y 22), Convención de Belem do Para (art. 4.h sobre derecho de asociación), Pacto de Derechos Civiles y Políticos (arts. 12, 13, 19, 21 y 22), Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (arts. 12, 13 y 15), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer (arts. 7 y 15.4), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 2.e, 5.d.i y 5.d.ix), Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (arts. 13 y 26) y Pacto Internacional de Derechos, económicos, sociales y culturales (art. 8).

culo 133 de la Constitución, interpretado de manera jerárquica por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN)⁴. Recientemente la propia SCJN ha limitado la facultad del órgano no jurisdiccional de protección de dere-

⁴ Sobre la relación entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos y derecho interno, ver Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009. La decisión más importante en materia de jerarquía de tratados son los tratados internacionales. Se ubican por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental, y que, aunque en principio la expresión “serán la Ley Suprema de toda la Unión” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la ley suprema. El problema respecto de la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado, en la jurisprudencia y en la doctrina, distintas soluciones entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y la misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, con la existencia de “leyes constitucionales”; será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del art. 133 constitucional deriva de que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio art. 133 el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de la competencia de esta última sobre las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del art. 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el art. 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, n° 60, correspondiente a diciembre de 1992, p. 27, de rubro: “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal. Novena Época Instancia: Pleno Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis P. LXXVII/9, p. 46, Materia: Constitucional Tesis aislada. Este criterio fue confirmado en la siguiente tesis: *Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales, interpretación del art. 133 constitucional. La interpretación sistemática del art. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación armonizada,*

chos humanos por excelencia, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de impugnar normas, con efectos *erga omnes*, cuando dichas normas vulneren derechos establecidos en tratados internacionales⁵. También subsisten diversas barreras formales y sociales para su aplicación, como por ejemplo, la ausencia de recursos jurisdiccionales directamente aplicables a la tutela interna de los derechos contenidos en tratados. El sistema de amparo mexicano se limita estrictamente a los derechos establecidos en el capítulo de garantías de la Constitución. Incluso una labor de construcción desde dichos derechos, pero con los estándares desarrollados en el Derecho Internacional de los derechos humanos ha sido todavía muy limitada. Una excepción es el caso relativo a leyes de desacato en el Estado de Guanajuato y, por tanto, la penalización de periodistas, dado a conocer en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁶.

Otra barrera de tipo social ha sido la poca utilización y familiaridad del derecho internacional de los derechos humanos tanto por jueces como por abogados –con la excepción de las más robustas ONG de litigio en materia de derechos humanos–, quienes han abonado, en gran medida, a un debate reducido al concepto formal de jerarquía, parcialmente resuelto en resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999 y en 2006. En el ámbito no jurisdiccional, la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, así como de las Comisiones estatales de derechos humanos han permitido un hueco dentro del formalismo jurídico en el que el reconocimiento armónico de los derechos de fuente interna e internacional ha dado ciertos avances. Lo mismo ha sucedido con el caso de la Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

La falta de aplicación sistemática y congruente de las obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano puede ser, por lo menos, reducida si se aprueba el paquete de reformas constitucionales en materia de derechos humanos, que fue aprobado en abril

con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esta rama de derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales; en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre los Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales y, además tendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*Pacta sunt Servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no puede ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, 13/2/2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, Jose Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza, Ponente, Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

⁵ La discusión sobre este tema se puede consultar en la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 9 de marzo de 2010, disponible en: www.scjn.gob.mx/ActividadJur/Pleno/VerEste-nograficas/Documents/2010/Marzo/pl20100309.pdf

⁶ Amparo Directo en Revisión 2044/2008.

por la Cámara de Senadores y que se encuentra actualmente en discusión ante la Cámara de Diputados. Ese paquete incluye una cláusula de interpretación conforme, además de una consideración de los derechos humanos como un bloque de constitucionalidad.

Hay que señalar que el Estado mexicano ha tomado iniciativas recientes para la despenalización de delitos contra el honor en el ámbito federal, desde 2007, coincidentemente desde esa fecha se han realizado importantes reformas en materia penal que pueden ser utilizadas para criminalizar la libertad de expresión y de manifestación de los movimientos sociales⁷. Si bien, además de la despenalización de los delitos contra el honor también se reformó la Constitución para incluir el derecho de réplica, tales medidas se han dado en el marco de un endurecimiento de la acción de las fuerzas de seguridad y de la utilización del derecho penal en contra de la protesta social⁸. También en algunos casos, desde los tribunales federales, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tomado posturas en contra de la penalización de la libertad de expresión, pero en el ámbito del uso del derecho penal en contra de faltas al honor. Es el caso de la Sentencia de Amparo Directo en revisión 2044/2008 referente al director de un medio impreso de Acámbaro (Guanajuato), Jesús Orozco Herrera, quien presentó la demanda en contra de una sentencia de tres años de prisión por el delito de ataques a la vida privada previsto en la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato. Dicha sentencia apunta algunos de los elementos que pueden servir en el caso de penalización de los movimientos sociales, por ejemplo, al enunciar cómo la penalización de periodistas puede tener el efecto de silenciamiento o la restricción de la libertad de expresión de los demás. Sin embargo, es interesante analizar cómo el periodismo, durante la severa represión ocurrida en la denominada “Guerra Sucia” entre 1960 y 1970, dio poco eco a los movimientos sociales, particularmente debido a la censura directa e indirecta del gobierno y a la actitud de los propios movimientos de reticencia hacia una política de comunicación social⁹.

⁷ En 2007 se derogaron los delitos de calumnia, difamación e injuria, previstos en los arts. 350 al 363 del CP Federal y se adicionaron los párrs. sexto al octavo del art. 1916 y el párr. tercero del art. 1916 *bis* del Código Civil Federal para efectos de que dichos casos sean ventilados por la vía civil. Sin embargo, en algunos Códigos Penales locales se sigue conservando el delito de injurias o todos los delitos contra el honor. Estos avances contrastan con el incremento en el asesinato de periodistas, ver *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Washington, OEA, 2009, disponible en: www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/RELE%20ESP%202009.pdf, ps. 125-141.

⁸ La reforma a la Constitución para incluir el derecho de réplica se publicó el 13/11/2007, disponible en: www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/constmex/pdf/13112007.pdf.

⁹ Aguayo Quezada, Sergio, “El activismo civil en la transición mexicana hacia la democracia”, en Ilán Bizberg y Lorenzo Meyer, *Una Historia contemporánea de México*, t. 3, COLMEX-Océano, México, 2009, ps. 291-313 y 298.

I. C. Ausencia de esclarecimiento de delitos cometidos en el pasado

Ya en el ámbito de la criminalización de los movimientos sociales, el Estado mexicano también tiene pendientes: el esclarecimiento y la recuperación de la memoria histórica durante la criminalización y represión de los movimientos sociales en las décadas de los años setenta y ochenta. Sobre este tema, la Comisión Nacional de Derechos Humanos se ha pronunciado en un informe especial de 2001 sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en ese período¹⁰. Anteriormente había realizado otro informe que no fue aprobado y que tenía mayores restricciones tanto territoriales como temporales, que versaba sobre la investigación relativa a presuntas desapariciones en el Estado de Guerrero de 1971 a 1974¹¹. La falta de investigación adecuada de los hechos ocurridos en la Guerra sucia ha sido documentada en la Sentencia de 23 de noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos”¹².

Un dato a resaltar en dicho caso es que el señor Rosendo Radilla realizaba diversas actividades políticas en Atoyac de Álvarez, como participar en organizaciones de caficultores y campesinos de la zona, la Unidad Agraria de la Sierra Cafetalera de Atoyac de Álvarez, el Consejo Municipal del mismo municipio, sociedad de padres de familia del Patronato Pro Escuela Federal Modesto Alarcón y fundador de la Liga Agraria del Sur Emiliano Zapata; además componía corridos sobre las luchas campesinas y sociales de la época¹³. Por tanto, las autoridades tenían conocimiento de su participación en diferentes movimientos sociales al momento de la desaparición forzada, de hecho en los hechos consta que al ser detenido por agentes militares en un retén, se le dijo que quedaba detenido por componer corridos¹⁴. Su desaparición está relacionada con su pertenencia a un movimiento social. También en la sentencia se recogen diversas declaraciones de agentes encargados de la investigación penal, en especial agentes del Ministerio Público, que ante las denuncias de las víctimas justifican las desapariciones por “estar metidos con Lucio Cabañas”¹⁵.

I. D. Seguridad pública

Finalmente, hay que señalar que una reforma penal en la que se inserta constitucionalmente un régimen de excepción para la delincuencia organizada también presenta nuevos riesgos para la disidencia de México. La posibilidad de

¹⁰ En www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/desap70s/index.html.

¹¹ En www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/inves70s/invest.htm.

¹² Corte IDH, caso “Radilla Pacheco c. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23/11/2009, Serie C n° 209, disponible en: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf.

¹³ Sentencia caso “Radilla Pacheco c. México”, párrs. 121 y 122, ps. 34-25.

¹⁴ Ídem, párr. 124, p. 36.

¹⁵ Lucio Cabañas era el líder de un movimiento guerrillero donde se dio la desaparición forzada de Rosendo Radilla.

detenciones prolongadas, con limitaciones en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, a través de la figura del arraigo, pueden ser consideradas como detenciones arbitrarias y dirigidas hacia la protesta social.

Otro factor es la creciente presencia de las fuerzas armadas en áreas de Seguridad Pública. Este hecho también ha potencializado la penalización de la libertad de expresión de los movimientos sociales, en especial en zonas en las que tradicionalmente ha habido una presencia muy fuerte de movimientos armados como Guerrero, Chiapas y Oaxaca. En este sentido, la SCJN ha dado un espaldarazo a la labor en materia de seguridad pública de las fuerzas armadas, sobre todo tomando en cuenta que su participación en tales actividades está constitucionalmente limitada¹⁶.

A este hecho se le debe sumar una nueva propuesta de Ley de Seguridad Nacional que diversos defensores de derechos humanos han calificado como una suspensión de garantías de facto sin la necesidad del procedimiento constitucional.

II. Tipos penales comúnmente utilizados para la protesta social

La utilización de tipos penales específicamente dirigidos a criminalizar la disidencia y a los movimientos sociales se ve reflejada en el conflicto estudiantil de 1968, sofocado a través de la matanza de estudiantes de Tlatelolco. El régimen autoritario utilizó el delito de disolución social como arma penal preferida para detener a disidentes y utilizar el sistema penitenciario para albergar a presos políticos. Este hecho estaba presente en las mentes de los estudiantes y otros movimientos sociales unidos en 1968, ya que dentro del pliego petitorio de seis puntos al gobierno, se incluía específicamente la derogación del delito de disolución social¹⁷. Como señala Manuel Becerra Ramírez, tal delito se caracterizaba por su

¹⁶ La decisión más importante en este rubro es la siguiente: Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (interpretación del art. 129 de la Constitución). La interpretación histórica, armónica y lógica del art. 129 constitucional, autoriza considerar que las fuerzas armadas pueden actuar en auxilio de las autoridades civiles, cuando éstas soliciten el apoyo de la fuerza con la que disponen. Por esta razón, el instituto armado está constitucionalmente facultado para actuar en materias de seguridad pública en auxilio de las autoridades competentes y la participación en el Consejo Nacional de Seguridad Pública de los titulares de las Secretarías de la Defensa Nacional y de Marina, quienes por disposición de los arts. 29, fracción I, y 30, fracción I, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, tienen a su mando al Ejército, Armada y Fuerza Aérea, no atenta contra el numeral señalado del Código Supremo. Además, la fracción VI del art. 89 constitucional faculta al presidente de la República a disponer de dichas fuerzas para la seguridad interior. Por estas razones, no es indispensable la declaratoria de suspensión de garantías individuales, prevista para situaciones extremas en el art. 29 constitucional, para que el Ejército, Armada y Fuerza Aérea intervengan, ya que la realidad puede generar un sinnúmero de situaciones que no justifiquen el estado de emergencia, pero que ante el peligro de que se agudicen, sea necesario disponer de la fuerza con que cuenta el Estado mexicano sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables. Acción de inconstitucionalidad 1/96. Leonel Godoy Rangel y otros, 5/3/1996. Once votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Mercedes Rodarte Magdaleno.

¹⁷ Los delitos de disolución social se encontraban en los arts. 145 y 145 *bis* del CP Federal: Art. 145. "Se aplicará prisión de dos a seis años, al extranjero o nacional mexica-

vaguedad y criminalizaba a todo movimiento crítico o contrario al gobierno¹⁸. Dicho delito fue derogado de la legislación penal con posterioridad a la matanza, pero pronto fue substituido por un número de tipos, cuya aplicación seguía en la línea del derecho penal del enemigo. Si bien, la matanza de Tlatelolco es considerada el punto de partida hacia el resquebrajamiento del régimen de partido único en México, la subsistencia de la utilización del derecho penal como uno de los medios de represión de los movimientos sociales habla de lo ligado que se encuentra la discrecionalidad penal con el mantenimiento del poder político y económico en México. Un ejemplo es que la reforma constitucional en materia penal prácticamente dejó a la institución del Ministerio Público intacta. La instrucción penal sigue siendo dirigida por un órgano dependiente del Poder Ejecutivo sin un diseño institucional que garantice su independencia.

Si bien un análisis comprensivo de los distintos tipos penales contemplados tanto en el Código Penal Federal y los de las distintas entidades federativas, podría darnos una idea de su utilización como medios de control social, siguiendo el planteamiento inicial, el análisis formal arroja datos muy limitados. Podemos encontrar una diversidad de tipos penales cuyo uso y abuso ha sido canalizado para reprimir la protesta social en distintos casos. Como se señalaba con anterioridad, el gobierno federal y la mayoría de las entidades federativas han tomado un paso importante para eliminar los tipos penales relacionado con los delitos contra el honor; pero si bien, en este caso se ha beneficiado sobre todo a periodistas y a su apoyo a ciertos movimientos sociales, las personas que integran dichos grupos siguen siendo criminalizados a través de otros tipos penales, como por ejemplo: el de sedición, bajo el cual las personas que en forma tumultuaria, sin uso de armas, resistan o ataquen a la autoridad para impedir el libre ejercicio de sus funciones¹⁹. Este mismo artículo se aplica a las personas que dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de sedición. Si bien no es el tipo penal más utilizado para la criminalización de la protesta social, sí es preocupante el alcance tan general que tiene y su amplitud. Lo mismo se puede decir del delito de incitación o invitación, no solo a la sedición sino a todos los delitos contra la seguridad de la patria como: espionaje, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje y conspiración²⁰. Además en la mayoría de los casos se impone la misma pena al incitador o invitador que a quien realiza los actos.

Otro gran grupo de tipos penales utilizados para la criminalización de la protesta social son aquellos delitos contra la autoridad. En ellos se engloban la

no, que en forma hablada o escrita, o por cualquier medio, realice propaganda política entre extranjeros o nacional mexicanos, difundiendo ideas programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero, que perturbe el orden público o afecte la soberanía del Estado mexicano. Se perturba al orden público, cuando los actos determinados en el párr. anterior, tienden a producir rebelión, sedición, asonada o motín. Se afecta la soberanía nacional, cuando dichos actos puedan poner en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas, o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos”.

¹⁸ “La cultura jurídica y el movimiento del 68”, en *Alegatos*, 70, 2008, ps. 371-394 y 378.

¹⁹ Art. 130, CP Federal.

²⁰ Art. 142, CP Federal.

desobediencia y resistencia de particulares²¹, oposición a que se ejecute alguna obra o trabajos públicos²², quebrantamiento de sellos²³, delitos cometidos contra funcionarios públicos²⁴ y ultrajes a las insignias nacionales²⁵. Sobre todo el delito de oposición a ejecución de alguna obra o trabajos públicos es fácil instrumentalizarlo en casos en que comunidades se oponen a mega proyectos de infraestructura u otro tipo de obras.

Quizá el tipo penal más relacionado con la criminalización de la protesta social es el de ataques a las vías de comunicación²⁶. Este se aplica al que detenga los vehículos de un camino público o estorbe o ponga algún obstáculo²⁷. Por tanto, cuando en una manifestación se cierran caminos federales, se obstaculiza por una marcha u otro tipo de actos, este delito que lleva una pena de uno a cinco años de prisión, y normalmente el Ministerio Público lo utiliza para detener a los manifestantes.

Por último, un delito que bajo un primer análisis no parecería ser utilizado para efectos de criminalización de la protesta social es el delito de secuestro equiparado, que se contempla en el rubro del delito de privación ilegal de la libertad²⁸. La pena es una de las más altas del Código Penal: entre 15 y 40 años de prisión. No obstante que en los casos en que movimientos sociales han mantenido privados de la libertad a funcionarios públicos, no es una situación de petición de rescate y que hay tesis de jurisprudencia de los Tribunales Federales en este sentido²⁹; el Ministerio Público federal integra la averiguación previa por considerar que se cae en el supuesto en que la detención se hace en calidad de rehén y con el objeto de que la autoridad realice o deje de realizar un acto³⁰. Este es el caso que será analizado con posterioridad de Jacinta Francisco Marcial³¹.

²¹ Arts. 178 y 183, CP Federal.

²² Art. 185, CP Federal.

²³ Arts. 187 y 188, CP Federal.

²⁴ Art. 189, CP Federal.

²⁵ Arts. 191 y 192, CP Federal.

²⁶ Arts. 164 y 172, CP Federal.

²⁷ Art. 167.III, CP Federal.

²⁸ Art. 366, CP Federal.

²⁹ “Secuestro. No se configura ante la ausencia del elemento subjetivo específico de finalidad que lo rige. El citado ilícito no se concreta a exigir para su configuración el acto material de la privación de la libertad de una persona, por cualquier medio, sino que se exige que ese acto de privación esté finalísticamente regido, precisamente, por el fin de obtener rescate o causar daños o perjuicios al secuestrado o a otra persona relacionada con éste. Lo anterior significa que se trata de un elemento subjetivo del injusto, específicamente determinado, de tal manera que constituye la tendencia interna del sujeto de la que parte, como impulso de realización de ese propio fin, la conducta material de la privación, esto es, que el acto material de privación es consecuencia exteriorizada del fin perseguido y no a la inversa, debiendo existir, por ende, una probada relación de continuidad”, Segundo tribunal colegiado en materia penal del segundo circuito. Amparo directo 401/2000, 4/5/2001. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretario: Jorge Hernández Ortega.

³⁰ Art. 366.b, CP Federal.

³¹ Sobre dicho caso, ver Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, *Sociedad amenazada. Violencia e impunidad, rostros del México Actual*, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, México, ps. 32-34.

III. Casos ejemplificadores de la situación de criminalización de la protesta social

La gran mayoría de los casos en los que se utiliza el sistema penal para coartar las libertades de expresión, además de las de reunión y asociación, tiene alguna relación con luchas sindicales o de oposición a proyectos de construcción. Llama la atención el recrudecimiento de los conflictos laborales debido a que por tradición las organizaciones sindicales se manejaban bajo el manto protector de la protección corporativa oficial. Recientemente algunos de estos sindicatos se posicionaron como disidentes y, por tanto, han sido reprimidos de manera desmedida por el gobierno. Los casos más claros los representan las secciones disidentes del Sindicato de Trabajadores de la Educación, el Sindicato Mexicano de Mineros y el Sindicato Mexicano de Electricistas.

En el contexto mexicano, existe una alta discrecionalidad del Ejecutivo para intervenir directamente en el reconocimiento de sindicatos, sobre todo en ciertas industrias y los que reúnen a los trabajadores de organismos federales. El propio sistema de justicia liberal descansa en el Poder Ejecutivo y sólo es por vía de amparo en el que el Poder Judicial interviene en los procesos laborales. El caso más sonado es el de la Sección 22 en Oaxaca que lideró uno de los movimientos sociales más importantes en la vida política posrevolucionaria: el movimiento de la Asamblea Popular del los Pueblos Oaxaqueños (APPO). Antes de analizar este caso, debemos mencionar al Sindicato de Mineros, que ha sido objeto de una campaña de acoso y derribe por parte del gobierno federal, sobre todo en conflictos laborales como en Cananea, Sonora, en Sicartsa en Lázaro Cardenas, Michoacán y en Pasta de Conchos, Coahuila después de un accidente minero. Finalmente, el Sindicato Mexicano de Electricistas fue extinguido a través de un decreto de desaparición de la Compañía Luz y Fuerza del Centro.

III. A. Operativos en contra del movimiento de la Asamblea Popular del los Pueblos Oaxaqueños

Durante este conflicto, miembros de la Sección 22 del Sindicato de Trabajadores de la Educación tomaron el centro de la ciudad en Oaxaca en tanto no se atendieran sus exigencias. El 14 de junio de 2006, la policía local intervino para tratar de desalojar a los miembros del magisterio e hirieron a varias personas. Con posterioridad, el conflicto empezó a escalar y para el año 2007 ya había más de 20 personas muertas, 366 detenidas y 381 lesionadas³².

Al momento en que se presentó el Informe preliminar de la CNDH relativo a los hechos ocurridos en Oaxaca en 2006, ya se habían presentado 1211 quejas por presuntas violaciones a derechos humanos, consecuencia del uso indebido

³² Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez e Instituto para la Seguridad y la Democracia, *Manual de seguridad ciudadana*, México, 2009, p. 66. Para un recuento de los días más argüidos de la represión desde la literatura, ver Maestría en Literatura Mexicana-Instituto de Investigaciones en Humanidades Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca, *Recuento para los días y los hechos del 2006*, Colección La Casa de la Nevería, México, 2008.

de la fuerza pública, detenciones arbitrarias, incomunicación, desaparición de personas, daños, lesiones, amenazas y cateos ilegales³³.

Los hechos violentos acontecidos en 2006 también afectaron la labor de diversos periodistas, reporteros y camarógrafos en especial el asesinato de Brad Will³⁴.

Las personas detenidas durante el operativo en Oaxaca se encuentran privadas de su libertad en centros de reclusión federales de mediana a alta seguridad, lejanos a su lugar de residencia y de los hechos. Entre estos centros están: el de Tepic, Nayarit, Matamoros, Tamaulipas y Alomoloya de Juárez en el Estado de México.

III. B. Protestas durante la III Cumbre de América, Latina, el Caribe y la Unión Europea

La Comisión Nacional de Derechos Humanos realizó un Informe Especial³⁵ acerca de la criminalización de los manifestantes altermundistas en Guadalajara el 28 de mayo de 2004 durante la III Cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea.

En este caso, las autoridades de seguridad pública locales detuvieron a decenas de manifestadores y se denunciaron casos de tortura, detenciones arbitrarias, retenciones ilegales, casos de tratos crueles, inhumanos y degradantes y casos de incomunicación.

III. C. Acciones de represión a las movilizaciones del Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Similares en la República Mexicana

Este caso en particular, se reprimió a representantes del Sindicato Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Similares en la República Mexicana cuando se suspendieron las labores en la empresa de Servicios Siderúrgica Lázaro Cárdenas-Las Truchas en Michoacán. Dicha asociación ya presentaba un alto grado de confrontación con el gobierno federal y la Empresa Minera Grupo México; hubo una intervención del gobierno federal en el desconocimiento de su líder y otros hechos acontecidos en Pasta de Conchos Coahuila y luego en Cananea, Sonora.

En el caso en cuestión, según consta en la Recomendación 37/2006 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la empresa después de solicitar ante la Secretaría de Trabajo un certificado de inexistencia de los emplazamientos a huelga, consiguieron la intervención de la policía del Estado de Michoacán y de la Policía Federal para disolver la huelga, por lo que resultaron 21 personas heridas de arma de fuego y 33 trabajadores lesionados.

³³ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe preliminar de los hechos ocurridos en la Ciudad de Oaxaca a partir del 2 de junio de 2006*, 18/12/2006, p. 3.

³⁴ Ídem, p. 5.

³⁵ Informe Especial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos relativo a los hechos de violencia suscitados en la Ciudad de Guadalajara, Jalisco, 28/5/2004, con motivo de la III Cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea. Disponible en: www.cndh.org.mx/lacndh/informes/espec/jalisco/index.htm

III. D. Intervención de la Policía Federal y la Agencia de Seguridad Estatal del Estado de México en el marco de la protesta social del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra en San Salvador Atenco y Texcoco, Estado de México

Los hechos se originan por el desalojo de autoridades municipales y estatales en mayo de 2006 de floricultores de Texcoco; posteriormente los pobladores de San Salvador Atenco bloquearon la carretera de Lechería a Texcoco. Esto es un delito federal conocido como obstrucción de las vías federales de comunicación y retuvieron a doce elementos policías estatales para demandar la liberación de sus compañeros. Posteriormente, al tratar de liberar el bloqueo, 500 policías estatales y efectivos de la policía federal entraron a domicilios de miembros del Frente de los Pueblos en Defensa de la Tierra y detuvieron a 84 personas. Ese día y el siguiente, 4 de marzo, quedó cercada la población de San Salvador Atenco. La siguiente madrugada, 1815 efectivos de la policía federal y 700 de la estatal realizaron un operativo con uso de la violencia el operativo duró todo el día. Hubo 211 personas detenidas, dos muertos y cinco extranjeros expulsados; varias mujeres fueron objeto de ataques sexuales, como se puede documentar en la denuncia presentada ante la Fiscalía Especializada en Delitos Violentos cometidos contra las Mujeres y Trata de Personas (FEVIMTRA) que no ha realizado arrestos pese a que inició una averiguación previa (instrucción penal) bajo el rubro FEVIM/03/05/2006.

III. E. Criminalización y represión de los opositores a los proyectos de urbanización y el abuso de los manantiales en Xoxocotla, Morelos

A raíz de la perforación de pozos de agua en los manantiales de Morelos, 13 pueblos del sur de esa zona se manifestaron y cerraron la carretera Federal México-Cuernavaca. Ya se habían tomado dos veces el Ayuntamiento de Emiliano Zapata y bloquearon seis carreteras de Sur de Morelos, en Puente de Ixtla y Tlaltizapán³⁶. En estos casos, el gobierno estatal afirmó que el Congreso de los Pueblos representa a células del EPR, EZLN y la APPO³⁷.

III. F. Represión y criminalización de los opositores a la Presa de la Parota en Guerrero

Este caso se refiere a la criminalización y represión de movimientos opositores a la construcción sin consulta previa de la Presa la Parota por la compañía nacional de Electricidad mexicana, la Comisión Federal de Electricidad. Desde julio de 2004, se libraron órdenes de aprehensión en contra de opositores y se detuvo a dos comuneros³⁸. Uno de los detenidos fue Margarito Castillo Manrique del

³⁶ Barreda, Andrés, "Morelos: provocación gubernamental vs. propuestas populares", en *Energía. Frente de Trabajadores de la Energía de México*, vol. 7, n° 91, 2007, ps. 33 y 35; y *La Jornada*, 5/8/2007.

³⁷ *Ibídem*.

³⁸ "Un Movimiento Social frente a La Parota: construyendo los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales desde abajo", en *Ce-Acatl. Revista de la Cultura de Anáhuac*, n° 107, p. 21.

Ejido Dos Arroyos preso en el Cereso (Centro de Readaptación Social) de Aca-pulco, Guerrero, desde el 16 de diciembre de 2005.

III. G. Jacinta Francisco Marcial

También se puede encuadrar dentro de los casos de criminalización de la protesta social, los casos de detención de tres indígenas en Querétaro, entre ellos Jacinta Francisco Marcial, quien fue declarada presa de conciencia por Amnistía Internacional. Los eventos que culminaron en la detención de estas personas bajo el cargo de secuestro de agentes federales comenzaron en un mercado público en la comunidad de Santiago Mexquitlan en la parte sur del Estado de Querétaro³⁹. Estos cargos increíbles, bajo los cuales una mujer indígena desar-mada podría secuestrar a seis agentes federales fueron suficientemente compro-bados a través del testimonio de los agentes federales involucrados en el opera-tivo en contra de los vendedores en el mercado de Mexquitlan, además de una fotografía de Jacinta observando desde la distancia en medio de una muchedumbre. Este caso es paradigmático ya que no se trata de un tipo penal que parece ajeno a la criminalización de la protesta social; sin embargo, muestra cómo el cúmulo de irregularidades en la investigación, la falta de independencia de los tribunales y la utilización selectiva del proceso penal pueden ser utilizadas de manera abusiva en contra de opositores. También llama poderosamente la aten-ción que en medio de una campaña en contra del crimen organizado, agentes federales puedan realizar operativos en contra de un mercado en un área rural en el sur del Estado de Querétaro, presuntamente para confiscar discos y DVD piratas. Durante el operativo, los agentes federales destruyeron mercancía legal que se vendía en el mercado lo que detonó el descontento de los comerciantes locales y el reclamo del pago por los daños. El 3 de agosto, agentes federales sin uniforme ni vehículos oficiales exigieron a Jacinta Francisco Marcial que se pre-sentará ante un tribunal local para testificar por la supuesta tala de un árbol. Bajo tal argumento Jacinta se presentó en carácter de testigo y luego de indiciada, y por ende detenida –una irregularidad común en el sistema de investigación penal mexicano–, por el secuestro de seis agentes federales. Todo el procedi-miento bajo el cual fue consignada se dio sin la presencia de un traductor; no obstante que Jacinta solo tenía conocimiento básico del castellano. El juez local ignoró las recomendaciones tanto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como de la Instituto Nacional de Lenguas Indígenas respecto a la violación de sus derechos procesales por la falta de traductor durante el procedimiento. Finalmente, fue puesta en libertad el 15 de septiembre de 2009, después de que la Procuraduría General de la República, bajo mucha presión de organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales, dictó conclusiones no acu-satorias. Uno de los asuntos más importantes es que Jacinta sufrió una triple dis-

³⁹ Para una relatoría de los eventos por parte del Director del Centro Miguel Agustín Pro Juárez de Derechos humanos que llevó la defensa de Jacinta Francisco Marical, ver Luis Arriaga Valenzuela, “Jacinta y la Procuración de Justicia en México”, en *Epikea*, n° 12, disponible en: www.leon.uia.mx/Epikea/numeros/12/EPIKEIA12-Jacinta.pdf.

criminación en su calidad de mujer, indígena y pobre, lo cual muestra también los criterios de discriminación utilizados para criminalizar la protesta social.

IV. Las radios comunitarias y la criminalización de la “otra comunicación”

Si bien todos los demás casos analizados tienen en común la preexistencia de un conflicto social y que la actuación represiva de los órganos de seguridad incluye medidas de penalización a posteriori, el caso del acoso penal a las radios comunitarias merece una mención especial debido a sus matices⁴⁰. La historia del sistema político posrevolucionario sigue marcada por una alta limitación del gobierno en el ejercicio de la libertad de expresión. Los medios han variado desde el control directo e indirecto a través de suministros como el monopolio del papel, hasta la represión de medios independientes como fue el famoso caso de Excelsior en los 70. Otros medios de coacción de la libertad de expresión han sido la alta concentración de medios, a través de un uso selectivo de las concesiones del espacio radioeléctrico, así como la cooptación de organizaciones sociales tanto sindicales y campesinas, para efectos de contrarrestar la influencia de organizaciones independientes. Si bien, la censura y la utilización de los tipos penales en contra de periodistas se ha reducido considerablemente, la relación entre medios masivos de comunicación y el gobierno sigue siendo fundamental para el ejercicio del poder. De hecho, la dependencia del poder político de los medios masivos como órganos de comunicación oficial, no sólo en tiempos electorales sino como medio de justificación del ejercicio del poder, ha trascendido el incipiente cambio de denominación electoral en México.

Esta alianza es más evidente respecto de los dos grandes grupos concesionarios de televisión, cuya influencia política y económica va más allá de la voluntad de los ciudadanos mexicanos. La concentración sólo se entiende en un Estado donde más del 90% de las viviendas cuenta con una televisión abierta que tiene acceso a dicho duopolio, mientras que las opciones de televisión por cable o satélite son mucho más reducidas⁴¹. El alto grado de poder de dichos consorcios, que también incursionan en medios impresos y radio solo puede ser descrito como señala Boaventura de Sousa Santos, al decir que tales empresas ejercen una: “violencia simbólica de las comunicaciones masivas en redes globales ejercida sobre públicos cautivos”⁴². La imposición de una visión única política, cultural y económica en contra de la otredad es una realidad incuestionable en el actual sistema de medios en México. En este sentido, el alto grado de dependencia del poder político de los medios y viceversa, crea una alianza en contra de las manifestaciones, marginales sin lugar a dudas, de otra comunicación. Este es el terreno donde se mueven las radios comunitarias.

⁴⁰ Ver *Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, cit., ps. 139-140.

⁴¹ II Censo de Población y Vivienda 2005 del INEGI, incluido dentro de Comisión Federal de Telecomunicaciones, *Índice de Producción del Sector Telecomunicaciones al tercer trimestre de 2009*, en www.cft.gob.mx/wb/Cofetel_2008/tercer_trimestre_2009.

⁴² *Sociología jurídica crítica*, Trotta, Madrid, p. 42.

Recientemente dichos medios han sido acosados a través de la negación de permisos y trabas para operar. Pero lo más importante es que también hay un clima de criminalización sobre ese actuar. Incluso el Estado mexicano ha calificado esta actitud como violatoria de la libertad de expresión, como en la Recomendación General de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de 2009. En febrero del 2010, la Comisión Federal de Telecomunicaciones otorgó nuevos permisos a las radios comunitarias, pero la ausencia de un régimen especial para ellas en la Ley Federal de Radio y Televisión señaló el carácter verdaderamente comercial sujeto a los intereses del duopolio televisivo mexicano.

Existen también nuevos riesgos representados por las iniciativas desplegadas de aquellos diputados relacionados con los grandes consorcios de telecomunicación (conocidos popularmente como la telebancada) para penalizar a personas que utilicen las vías generales de comunicación sin necesidad de pasar por el procedimiento administrativo. En un desplegado publicado en diciembre de 2009, la Cámara de la Industria de la Radio y la Televisión de México (CIRT) expresaba su amplio rechazo al reconocimiento legislativo de las radios comunitarias⁴³. A la fecha, no existe una manifestación por parte de la Ley de Radio y Televisión a las radios comunitarias.

A este acoso sistemático promocionado por el Estado y los grandes consorcios, también se le debe añadir la utilización del derecho penal en contra de las personas dedicadas a la radiodifusión comunitaria. Resalta el caso de la Radio Difusora “Tierra y Libertad” ubicada en una zona de ocupaciones irregulares alrededor de la Ciudad de Monterrey, Nuevo León⁴⁴. En este caso, aun después de no recibir noticia de su solicitud de permiso para operar dicha radio comunitaria durante dos años y ya que no existe una regulación especial para ellas, la Policía Federal se presentó en 2008 en las instalaciones de la nombrada radio con una orden de cateo y comenzó a dismantelar las instalaciones. Solo la movilización de los miembros de la comunidad impidió la detención de Héctor Camero por el delito de uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico sin permiso del Estado. Este delito ha sido el tipo bajo el cual se han integrado las averiguaciones previas en contra de directores de las radios comunitarias⁴⁵. Este ánimo penalizador contrasta ampliamente con las renovaciones automáticas dadas a los grandes consorcios de telecomunicaciones otorgadas bajo una ley a modo, la Ley de Radio y Televisión, también conocida como la “Ley Televisa”.

⁴³ Comunicado de la Asociación Mundial de Radios Comunitarias AMARC-México, donde se rechaza las afirmaciones que la Cámara Nacional de la Industria de Radio y Televisión, CIRT, publicó en un desplegado en varios periódicos de circulación nacional, 7/12/2009, disponible en: www.amarcmxico.org/general/3008.html.

⁴⁴ Sobre este caso, ver “Proceso penal en contra de Héctor Camero, participante de la radio Tierra y Libertad, Monterrey, Nuevo León”, disponible en: www.amarcmxico.org/radiosagredidas/3007.html.

⁴⁵ El art. 150 de la Ley de Bienes Nacionales señala que se impondrá hasta 12 años de prisión a quien use, aproveche o explote un bien que pertenezca a la Nación, sin haber obtenido previamente concesión, permiso o autorización, o celebrado contrato con la autoridad competente.

V. Algunas conclusiones

La escalada de violencia generada por la lucha en contra de la delincuencia organizada ha creado un recrudecimiento del derecho penal como arma del gobierno no sólo en contra de la delincuencia, sino de sus opositores. En gran medida, el sentimiento de apoyo popular a esa lucha ha permitido al gobierno encasillar a diversos movimientos como criminales. La laxitud en los tipos penales, la falta de independencia del Ministerio Público (que depende orgánicamente del Presidente de la República) y la ausencia de incorporación de estándares altos de protección de los derechos humanos en el proceso penal han permitido su utilización para restringir la libertad de expresión de los opositores al gobierno. Una escalada también en la conflictividad social, debido a la imposición de un modelo de desarrollo económico devastador para las clases y grupos más vulnerables, también sazona una situación verdaderamente preocupante.

Dayra Karina Valle Orozco

Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión

I. Introducción

El documento que a continuación se presenta es un esfuerzo por abordar la criminalización de la protesta social en Nicaragua y los conflictos que esto puede generar en contraposición con el ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión, pilar fundamental en el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Este tema cobró relevancia en el país, en especial en un contexto marcado entre otros aspectos por un gobierno con fuertes características de autoritarismo que generó relaciones conflictivas con organizaciones de la sociedad civil que han rechazado la partidización de las estructuras de gobierno, las reformas generadas por el Presidente Daniel Ortega para concentrar en sus manos el poder civil y militar, y la sustitución de los espacios existentes de participación ciudadana por otros controlados por la estructuras del partido Frente Sandinista de Liberación Nacional (FSLN). Dicho rechazo se manifestó a través de diferentes formas de expresión, y una de las más significativas fueron las marchas sociales que aglutinaron a diversos sectores sociales.

Esta investigación parte de la iniciativa del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información en respuesta a la solicitud de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos que abordará en diez países de la región el proyecto denominado “Libertad de Expresión y Derecho Penal”. Este proyecto tiene por objetivo realizar un análisis exhaustivo acerca de la legislación, la jurisprudencia y las prácticas existentes en materia de derecho penal cuando puedan entrar en colisión con los estándares interamericanos de protección de la libertad de expresión.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó el método analítico descriptivo. El análisis abarca de 2007 a marzo de 2010, período coincidente con la toma de posesión y actual mandato del presidente Ortega.

Como fuente de información para la recolección de datos se realizaron:

- a) entrevistas a: expertos en materia penal, miembros de organizaciones de la sociedad civil y dirigentes de partidos políticos;
- b) análisis de la normativa vigente que aborda el tema de la libertad de expresión, ejemplo de esto lo constituye el texto constitucional, la Ley de Participación Ciudadana, el Código Penal (CP), entre otros;
- c) revisión de informes generados por organismos de la sociedad civil que evalúan el tema de la libertad de expresión;
- d) revisión de artículos periodísticos que muestran noticias relacionadas con las protestas sociales generadas en el período que abarca el estudio, las reacciones del gobierno y de distintos actores políticos y sociales.

El documento que se presenta se estructura de la siguiente forma: en siguiente punto se abordan brevemente algunos aspectos de la realidad nicaragüense que ayudarán al lector a contextualizar el tema de la libertad de expresión en especial enfocada en el derecho a la protesta social. Luego, se establece el reconocimiento jurídico que en nuestro país se da a la libertad de expresión y al derecho a la protesta social. Seguidamente, se analizarán los tipos penales asociados a la criminalización de la protesta social, en especial interesa tomar como referencia dos casos: el del Movimiento Autónomo de Mujeres y el del Centro de Investigación para la Comunicación. Además, se explicitarán algunos ejemplos de marchas en las que se generaron conflictos. A continuación, se determinarán las conclusiones sobre la base del análisis de los potenciales o reales conflictos con el ejercicio de la libertad de expresión y, finalmente, se delinearán algunos desafíos que como sociedad nicaragüense tenemos para avanzar en el ejercicio pleno del derecho a la protesta social.

II. Aspectos del contexto nacional

II. A. Información general sobre el país

Nicaragua es uno de los países más pobres de América Latina junto con Honduras, Bolivia y Haití. Según el Índice de Desarrollo Humanos de las Naciones Unidas (2008-2009) se encuentra en la posición 120 (con un índice de pobreza de 65).

El último Censo de Población y Vivienda, realizado del 28 de mayo al 11 de junio de 2005, contabilizó un total de 5.142.098 habitantes. El 51% corresponde a población femenina y 56% del total de la población es residente de áreas consideradas urbanas y el 44,1% en el área rural. Casi la mitad de la población (2.400.000) vive en situación de pobreza, de la cual el 79,9% sobrevive con menos de 2 dólares al día, y el 45% sobrevive con menos de 1 dólar al día. De la población en situación de pobreza, 1.700.000 viven en zonas rurales del país¹.

II. B. Relaciones entre el Estado y la sociedad civil

Las elecciones de noviembre de 2006 dejaron como vencedor al FSLN, que después de 16 años ponía nuevamente en la silla presidencial en enero de 2007 a Daniel Ortega Saavedra², quien desde sus primeros actos y decisiones de gobier-

¹ Datos extraídos de la Encuesta Nicaragüense de Demografía y Salud (2006-2007).

² Luego del triunfo de la Revolución Popular Sandinista que se dio en julio de 1979 y la conformación de la Junta de Reconstrucción Nacional que gobernaría por poco tiempo en el país producto de conflictos a lo interno que desencadenaron en la separación de algunos de sus miembros y llevarían a que la dirigencia fuese tomada por los miembros del FSLN y la subsecuente elección de Daniel Ortega Saavedra como presidente del país en 1980. Su mandato duró hasta inicios de 1990 cuando lo sustituyó Violeta Barrios de Chamorro de la Unión Nacional Opositora (UNO), luego de derrotar a Ortega en los comicios electorales. Posterior al mandato de Barrios, le sucedieron dos gobiernos de corte liberal, el primero encabezado por Arnoldo Alemán Lacayo y el segundo por Enrique Bolaños Geyer.

no mostraba una posición crítica y adversa no sólo contra el modelo que denominó de “gobiernos neoliberales” que había imperado en los anteriores gobierno, sino también vertiendo acusaciones y descalificaciones en contra de organizaciones de la sociedad civil. Los epítetos más usuales vertidos por el Presidente iban desde “conspiradores” hasta “vendepatrias”, haciendo alusión como él mismo lo señalara en el discurso del 1 de Mayo de 2007 al financiamiento que reciben algunas organizaciones de la sociedad civil de parte de fuentes provenientes de Estados Unidos de América: “Allí están los autodenominados organismos de la sociedad civil, financiados por los organismos de inteligencia del imperio”³.

Sumado a las expresiones confrontativas, no se hicieron esperar las decisiones que mostraban de parte del presidente Ortega que la confrontación verbal se respaldaría con hechos. Es así que se dieron reformas que vinieron a trastocar no sólo el aparato estatal, sino también derechos reconocidos constitucionalmente como el de participación ciudadana y libertad de asociación.

Uno de los primeros cambios notorios fue la promulgación del decreto presidencial (decreto 03-2007) que reformó la Ley de Organización, Competencia y Procedimiento del Poder Ejecutivo (ley 290) y su respectivo Reglamento. La reforma se dio con el objetivo de concentrar algunas instancias claves del Poder Ejecutivo directamente a la Presidencia, en el afán de centralizar cada vez más las decisiones en la pareja presidencial (presidente Ortega y la Primera dama). Por ejemplo, se estableció un mayor control sobre los planes de seguridad y administrativos de la Policía Nacional, que antes eran supervisados por el Ministerio de Gobernación.

Adicionalmente, el decreto creaba cuatro Consejos del Poder Ciudadano; uno de ellos era el de Comunicación y Ciudadanía. Una segunda reforma dio origen a las cuatro Secretarías que dirigirían los Consejos creados inicialmente. Cabe señalar que Rosario Murillo, primera dama de la nación, fue nombrada Secretaria de Comunicación y Ciudadanía.

La conformación de dichos Consejos como nuevo modelo trajo consigo una fuerte oposición por parte de diferentes sectores sociales, entre ellos, las organizaciones de la sociedad civil, que consideran que estas instancias vienen a duplicar a los ya formadas por la Ley de Participación Ciudadana como lo son los Consejos de Desarrollo Departamental y Consejos de Desarrollo Municipal. Otro cuestionamiento es que los Consejos del Poder Ciudadano están dirigidos por los secretarios ejecutivos del FSLN convirtiendo el esquema en una forma de organización partidaria del gobierno. El nuevo modelo, por su vinculación con el gobierno, utiliza en mucho de los casos la afiliación de sus miembros como un requisito para que estos obtengan beneficios de los programas gubernamentales, como por ejemplo, el Programa Hambre Cero (bono alimenticio) y Usura Cero (crédito para mujeres).

El planteamiento de la mayoría de las organizaciones de la sociedad civil es de fortalecer los espacios de consulta ciudadana existentes y no crear nuevos.

³ “Ortega descalifica conspiración”, en *El nuevo diario*, Sección Política, 28/5/2007.

Opinan que este tipo de cambios generan debilitamiento de las instituciones democráticas. Por tal razón, una de las reacciones de las organizaciones de la sociedad civil fue la de demandar ante los diputados de la Asamblea Nacional (AN) la eliminación de los Consejos del Poder Ciudadano. Lo que provocó reacciones adversas y generó confrontaciones entre el presidente Ortega y algunos dirigentes del FSLN, como Gustavo Porras (diputado de la AN); ellos manifestaron que se tomarían las calles y la sede del legislativo si se derogaban los Consejos del Poder Ciudadano. Hoy se encuentran funcionando en los diferentes municipios del país, muy pocos conviven con los Consejos de Desarrollo Departamental y Consejos de Desarrollo Municipal, ya que en su mayoría los han desplazado e impidieron su funcionamiento.

Otra muestra más de la instauración de un modelo Estado/Partido es la utilización de la residencia del presidente Ortega que es ocupada como casa de gobierno y Secretaría General del partido FSLN.

Un evento destacable que generó gran controversia en la sociedad nicaragüense a mediados de 2007 fue la discusión del nuevo Código Penal, en especial lo concerniente a la penalización del aborto terapéutico que había sido legal por más de cien años. Esto provocó varias protestas en las calles de algunos grupos sociales. De un lado, destaca el Movimiento Autónomo de Mujeres y la Red de Mujeres contra la Violencia en contra de la penalización, y del otro, encontramos a miembros de diferentes agrupaciones religiosas en su mayoría católicos y evangélicos. Finalmente, con el apoyo del gobierno con fuerte influencia de la Iglesia católica la penalización del aborto terapéutico fue aprobada.

II. B. 1. Las elecciones municipales de 2008

El contexto nacional se vio convulsionado por las elecciones municipales que se desarrollaron en 2008, donde el partido de gobierno obtuvo gran cantidad de las 153 alcaldías del país. Dicho proceso fue calificado por los partidos de oposición, algunas organizaciones de la sociedad civil y observadores tanto nacionales como internacionales como irregular y fraudulento. Ante estas afirmaciones el Consejo Supremo Electoral descalificó las aseveraciones y reafirmó los resultados electorales. Toda esta situación generó marchas por parte de los detractores del gobierno, que en contraposición, movilizó a gran parte de sus simpatizantes lo que generó confrontaciones verbales, físicas y daños a la propiedad.

Cabe señalar, que meses antes de que se dieran las elecciones municipales ya el Consejo Supremo Electoral había despojado al Movimiento Renovador Sandinista (MRS) y al Partido Conservador (PC) de sus respectivas personerías jurídicas lo que les impidió su participación en los citados comicios. Ambos partidos hicieron uso de mecanismos legales (interposición de recursos) y sociales en protesta (como marchas y huelgas de hambre) para tratar de revertir dicha situación lo que al final no fue posible. En vista de las marchas, el gobierno organizó e incitó a sus partidarios a confrontar a los “marchistas” antes o durante el desarrollo de ellas para intimidar y generar miedo.

La eliminación de la personería jurídica de ambos partidos (MRS y PC) acrecentó el bipartidismo que históricamente es una constante en nuestro sistema político, situación que atenta contra el pluralismo político, constitucionalmente reconocido. El caudillismo que prevalece en el país se hizo más notorio

desde el año 2000 como producto del “pacto”⁴, el acuerdo político entre Daniel Ortega (líder del FSLN) y Arnoldo Alemán (ex presidente de la república y líder del Partido Liberal Constitucionalista, PLC).

II. B. 2. La judicialización de las relaciones

Una de las principales consecuencias del pacto es la pérdida de legitimidad de las instituciones en las que se actúa por el clientelismo político el que responde a intereses partidarios transgrediendo el marco jurídico y en particular la Constitución Nacional. En clara alusión a esto fue posible observar, en algunos casos ocurridos en 2008 y parte de 2009, cómo instituciones públicas, utilizando instrumentos legales, persiguieron e intimidaron a organizaciones de la sociedad civil críticas del gobierno que se expresaban por diferentes medios de comunicación o convocaban a marchas para protestar ante el actuar del Estado-partido.

Ejemplo de esto son los casos de la persecución de las organizaciones de la sociedad civil como Centro de Investigación para la Comunicación, Movimiento Autónomo de Mujeres a quienes el Ministerio de Gobernación primeramente señaló de no cumplir con algunos de los requisitos que establece la Ley General sobre Personas Jurídicas sin Fines de Lucro (ley 147) que cubre a las organizaciones de la sociedad civil y posteriormente interpuso denuncia contra siete organizaciones ante el Ministerio Público acusándolas de estar involucradas en operaciones de lavado de dinero y triangulación de fondos al recibir recursos de Oxfam Gran Bretaña. A lo anterior, se sumaron campañas de desprestigio a través de medios de comunicación oficialistas y partidarios del FSLN. Finalmente, el Ministerio Público desestimó la acusación por considerarla sin méritos.

II. B. 3. El manual para controlar a la organizaciones de la sociedad civil

Otro hecho que marca el contexto de las fracturadas relaciones entre el Estado y la sociedad civil es la propuesta del gobierno de la creación del manual denominado *Procedimiento de una ventanilla única para la atención a las asociaciones y fundaciones internacionales y extranjeras sin fines de lucro* que establecía una serie de disposiciones administrativas para regular las relaciones del Estado con organismos internacionales de cooperación por medio del Ministerio de Gobernación, la Dirección General de Ingresos y el Ministerio de Relaciones Exteriores. Según las organizaciones de la sociedad civil, el propósito del manual es suprimir la incidencia de la sociedad civil obstaculizando su acceso a los recursos de la cooperación internacional (de la que depende en gran medida) destinados a los temas de gobernabilidad democrática. Las presiones que devinieron de la posible implementación de dicho manual no se hicieron esperar de parte de la cooperación internacional. Finalmente, el Manual no fue aprobado.

⁴ El pacto de las dos fuerzas políticas consistió en la repartición entre ellos de los cargos en los diferentes poderes del Estado. Ejemplo de esto lo constituye la elección de los magistrados en la Corte Suprema de Justicia y de los contralores en la Contraloría General de la República.

II. B. 4. Otros hechos ocurridos en el 2009 y 2010

Los medios de comunicación críticos al gobierno también fueron afectados. Se registran más de 30 incidentes entre agresiones verbales y físicas, destrucción de unidades móviles y radioemisoras, robo de equipos, interferencia de las transmisiones⁵, difamación e investigación por parte de la Fiscalía y procesos judiciales. Cabe señalar que también destruyeron radios⁶.

El resto de 2009 siguió con las tensiones entre el gobierno y la sociedad civil. Fueron llamativas varias marchas organizadas por organizaciones de la sociedad civil donde se demandaba: el respeto a la democracia, cese al reparto de las instituciones públicas, desarrollo de políticas efectivas para el combate del hambre, entre otros aspectos. Paralelo a estas protestas también se establecieron marchas de simpatizantes del FSLN en los mismos lugares dando lugar a enfrentamientos físicos. En algunos de estos se cuestionó el actuar de la Policía Nacional ya que hubo situaciones donde no intervinieron para conservar la seguridad ciudadana y el ejercicio pleno del derecho a protestar libremente.

A inicios de 2010, el tema que rige la agenda política es la crisis institucional que viven los diferentes poderes del Estado, esto debido a que este año vence el período de alrededor de 25 funcionarios públicos clave dentro del aparato estatal. Por ejemplo, de algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Consejo Supremo Electoral, contralores, procurador de derechos humanos, entre otros. Los partidos de oposición al igual que la sociedad civil plantean que la elección de dichos funcionarios debe hacerse no reeligiendo a los ya existentes que responden al clientelismo político, sino que se tomen en cuenta otras propuestas y se valoren basados en criterios meritocráticos.

La crisis dio origen cuando el presidente Ortega emitió en enero el decreto ejecutivo 03-2010, que manda a prolongar el período de todos los funcionarios a los que se les vence este año. Este hecho fue considerado por los partidos opositores al gobierno, la sociedad civil y expertos en derecho constitucional, entre otros, como una intromisión del Ejecutivo sobre una facultad que constitucionalmente sólo le corresponde al Poder Legislativo que es la de elegir a funcionarios de los Poderes del Estado. La reacción de la AN encabezada por los diputados de oposición fue la de tratar de anular dicho decreto, lo cual a la fecha no lo logró. Este hecho paralizó el funcionamiento de la AN y puso traba en el accionar de otros poderes del Estado.

La crisis tuvo su punto más álgido cuando a dos de los dieciséis magistrados que conforman la Corte Suprema de Justicia se les venció el período para el cual fueron electos. Los magistrados en mención intentaron permanecer en sus funciones, pero parte de la Corte Plena (los magistrados asociados al PLC) lo impidieron. Ambos magistrados se hicieron acompañar por funcionarios de este poder del Estado, de otras instituciones públicas y militantes del FSLN, y emprendieron una serie de marchas y acciones encaminadas a impedir que los

⁵ Ejemplo son los casos de Radio 15 de Septiembre y Radio Corporación.

⁶ Ejemplo lo constituye la destrucción de la Radio Darío, Metro Stereo y Caricias, en la ciudad de León.

diputados de la oposición sesionen. Además, crearon un clima de violencia política en varios lugares de la ciudad capital donde hubo agresiones, daños a la propiedad estatal y privada, y una mala imagen a nivel internacional. Todo lo anterior, se ha desarrollado bajo la vista y actitud casi pasiva de la Policía Nacional y con el aval del presidente Ortega.

A la fecha la crisis persiste, aunque luego de los incidentes violentos ocurridos a mediados de abril, los diputados han reanudado las sesiones en el hemisiclo parlamentario.

III. Reconocimiento jurídico del derecho a la protesta social en Nicaragua

III. 1. Constitución Política nicaragüense

La Constitución nicaragüense establece una serie de preceptos relacionados directa e indirectamente con el derecho a la protesta social como una manifestación de la libertad de expresión colectiva.

En los preceptos constitucionales, se reconoce que la soberanía reside en el pueblo y la ejerce a través de instrumentos democráticos, decidiendo y participando libremente en la construcción y perfeccionamiento del sistema económico, político y social de la nación⁷. A su vez, determina que el Estado debe proteger a todos los nicaragüenses de “toda forma de explotación, discriminación y exclusión”⁸. También se reconoce que Nicaragua “es una república democrática, participativa y representativa”⁹.

En cuanto al reconocimiento a la libertad de expresión se señala que “los nicaragüenses tienen derecho a expresar libremente su pensamiento en público o en privado, individual o colectivamente, en forma oral, escrita o por cualquier otro medio”¹⁰. El principio de igualdad ante la ley¹¹ es para todos los nicaragüenses: “Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo”¹².

En contraposición es obligación del Estado eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre los nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país¹³. Ante tal fin, no sólo se ha creado un marco jurídico nacional sino que también se han suscrito y ratificado una serie de instrumentos jurídicos internacionales que establecen el derecho a la libertad de expresión como la Carta de la Organización de Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Con-

⁷ Art. 2, CN.

⁸ Art. 4, CN.

⁹ Art. 7, CN.

¹⁰ Art. 30, CN

¹¹ Art. 27, CN.

¹² Art. 50, CN.

¹³ Art. 48, CN.

vención Americana sobre Derechos Humanos, lo que obliga al Estado al cumplimiento de dichos instrumentos¹⁴.

El derecho a la protesta social se encuentra determinado en la Constitución en el artículo 54 que señala: “Se reconoce el derecho de concentración, manifestación y movilización pública de conformidad con la ley”. Este derecho también se encuentra respaldado por el artículo 52 que cita: “Los ciudadanos tienen derecho de hacer peticiones, denunciar anomalías y hacer críticas constructivas, en forma individual o colectiva, a los poderes del Estado o cualquier autoridad; de obtener una pronta resolución o respuesta y de que se les comuniquen lo resuelto en los plazos que la ley establezca”.

Existen otros instrumentos jurídicos como la Ley de Participación Ciudadana (ley 475) y la Ley de Municipios (ley 40) que abordan el tema de la democracia participativa como el derecho de los ciudadanos de participar efectiva y directamente en igualdad de condiciones en los asuntos públicos nacionales y la gestión local a fin de dar la plena garantía de ella. Aunque cabe señalar que ninguna de estas dos leyes abordan de manera específica el derecho a la protesta social.

IV. Tipos penales en cuya órbita gire el tema de la criminalización de la protesta social

En el abordaje de este acápite se considerarán los siguientes aspectos: en una primera parte se establecerá la protección que brinda el código penal al derecho a la protesta social. Posteriormente, se plantearán ciertos hechos ocurridos en el período 2007-2010, en donde se utilizó el derecho penal como mecanismo de control social, lo que llevó, entre otras acciones, a manifestaciones de protesta social que, aunque no fueron criminalizadas desde el ámbito penal, sí se vio limitado su derecho a través de otros medios de coerción.

IV. A. El Código Penal nicaragüense y el derecho a la protesta social

IV. A. 1. Delitos contra la libertad de expresión

Posterior a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal a inicios de 2000, surge con mucha fuerza la necesidad de modernizar otros instrumentos legales asociados al sistema de justicia penal. Esta idea se concretiza en 2007, cuando se aprueba el nuevo Código Penal (CP nuevo). Dicho código planteó en su discusión una serie de debates relacionados con los temas de lavado de dinero y aborto terapéutico, que no sólo involucraron a especialistas y legisladores sino a diferentes grupos de interés. Por ejemplo, en el tema del aborto terapéutico se manifestaron diversas organizaciones de la sociedad civil, iglesia, el colegio de médicos, entre otros.

Cabe señalar que el CP nuevo no establece de manera taxativa un artículo que tipifique a aquel o aquellos que impidan el ejercicio a la protesta social. Pero

¹⁴ Art. 46, CN.

sí establece en el capítulo¹⁵ relativo a los delitos contra los derechos y garantías constitucionales, específicamente en el artículo 49, los *Delitos contra la libertad de expresión e información* en el cual se contendría el derecho a la protesta social, que como ya hemos señalado es una forma de libertad de expresión colectiva. El artículo en mención cita: “El que impida mediante violencia o intimidación, el ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a informar y ser informado, la libre circulación de un libro, revista, periódico, cintas reproductoras de la voz o la imagen, o cualquier otro medio de emisión y difusión del pensamiento, será sancionado de tres a cinco años de prisión e inhabilitación especial para ejercer la profesión u oficio relacionado con la actividad delictiva por el mismo período”. Y señala circunstancias agravantes: “Si la conducta anteriormente descrita fuere realizada mediante soborno o engaño se impondrá la pena de seis meses a dos años de prisión e inhabilitación especial para ejercer la profesión u oficio relacionada con la actividad delictiva por el mismo período”.

Asociado a los delitos contra la libertad de expresión, el CP nuevo establece el delito de discriminación¹⁶ y promoción de la discriminación¹⁷.

Durante el período que comprende este estudio se dieron una serie de protestas sociales¹⁸ de diversos sectores en su mayoría promovidas por organizaciones de la sociedad civil y por partidos políticos de oposición al gobierno. En algunas de ellas se evidenciaron hechos de violencia en contra de los manifestantes que generaron agresiones verbales, físicas y daños a la propiedad. En la mayoría de los casos, los actos de violencia eran iniciados por simpatizantes del partido de gobierno, quienes se establecían como fuerza de choque en casi todas las manifestaciones que se daban. Esto propició un clima de miedo que limitaba la participación de los ciudadanos.

Cabe señalar que algunas personas víctimas de estos actos de violencia interpusieron denuncias ante la Policía Nacional y el Ministerio Público. En las denuncias se hacía mención de delitos como lesiones leves y graves, daños a la propiedad, asociación ilícita para delinquir, entre otros, pero no se utilizó la figura de los delitos contra la libertad de expresión. Esto se debe en parte, al desconocimiento de este tipo delictivo y su relación directa con el ejercicio del derecho a la protesta social. Comúnmente los delitos cometidos en contra de manifestantes se asocian más a delitos contra las personas y la propiedad.

¹⁵ Esto se encuentra en el título XVIII, Delitos contra la Constitución Política de la República de Nicaragua en el capítulo II.

¹⁶ Art. 427, CN: “Quien impida o dificulte a otro el ejercicio de un derecho o una facultad prevista en la Constitución Política de la República de Nicaragua, leyes, reglamentos y demás disposiciones, por cualquier motivo o condición económica, social, religiosa, política, personal u otras condiciones, será sancionado con pena de prisión de seis meses a un año o de trescientos a seiscientos días multa”.

¹⁷ Art. 428, CN: “Quien públicamente promueva la realización de los actos de discriminación (...) será penado de cien a quinientos días multa”.

¹⁸ Estas, en su mayoría, fueron debidamente autorizadas por la Policía Nacional. En Nicaragua, para realizar una protesta social se necesitan los permisos respectivos otorgados por la Policía Nacional, institución la encargada de la seguridad pública.

De los hechos denunciados, en algunos no se siguieron las investigaciones y, aunque en otras se realizaron las actuaciones de los operadores de justicia, no fueron diligentes. En ningún caso se sancionaron a las personas involucradas en los hechos delictivos.

IV. B. El papel del Estado en la protesta social

Aunque en Nicaragua se permite el derecho a la protesta social, el Estado no es en su totalidad garante de él, ya que el Estado-partido que estamos viviendo en la actualidad utiliza como forma de restricción de este derecho la confrontación como mecanismo de contención, lo que irremediablemente conlleva a la comisión de actos delictivos. A su vez, para el goce de este derecho se requiere el resguardo del Estado para garantizarlo, función asociada a la seguridad pública que le corresponde a la Policía Nacional que tuvo una actitud pasiva en la mayoría de los casos (actuando como un mero observador) y no cumplió su función como garante del derecho a la protesta social.

Por otra parte, en su mayoría, las marchas que se realizaron en el país son reacciones sociales frente a la desaprobación de una parte de la población nicaragüense ante la crisis institucional, generada entre otros factores por el fracaso y la insuficiencia en la satisfacción de las necesidades sociales, por la violación y manipulación antojadiza del marco jurídico acompañada de la utilización de las instituciones del Estado para beneficio de grupos de poder (generalmente políticos) y por la coerción del derecho a participar y a expresarse.

En esta última esfera cabe señalar la persecución que el gobierno accionó en contra de organizaciones de la sociedad civil quienes manifestaron abiertamente su desacuerdo con algunas de las políticas y acciones gubernamentales. En este sentido, la reacción fue la utilización desmedida y antojadiza del derecho penal como mecanismo de coerción social.

IV. B. 1. ¿Ejercicio pleno e igualitario del derecho a la protesta social?

Para desarrollar este acápite se debe partir de la idea que el Estado nicaragüense debe cumplir con el mandato constitucional de garantizar (eliminando cualquier obstáculo) que todos los ciudadanos puedan ejercer sus derechos políticos, sociales y económicos en igualdad de condiciones. Claro está que entre los derechos políticos se encuentra el de la protesta social.

Desde el primer año de mandato del presidente Ortega, se dieron manifestaciones de diferentes grupos como transportistas, médicos, maestros, organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos. Las demandas fueron diversas, desde aumentos salariales, mantenimiento de subsidios, rechazo de los resultados de las elecciones municipales, persecución a organizaciones de la sociedad civil y elección de funcionarios públicos que responden a intereses clientelares, entre otras.

En la mayoría de estas manifestaciones o en momento previos se dieron los siguientes hechos:

a) Paralelo a la marcha del grupo que planteaba una demanda y con permiso otorgado por la Policía Nacional para llevarla a cabo, se conformaba un grupo de choque compuesto por simpatizantes del partido de gobierno, el FSLN, quienes emprendían acciones para atacar a los primeros. Algunas de estas acciones

se dieron lugar bajo la vista y pasividad de la Policía Nacional. Un claro ejemplo se dio en agosto de 2009, en Managua (capital del país), cuando miembros de la Coordinadora Civil¹⁹ marcharon hacia los predios de la Catedral. En dos ocasiones fueron interceptados (una, durante la marcha, y la otra, frente a la Catedral) por alrededor de 200 personas, algunos de los cuales son reconocidos activistas del partido FSLN, miembros de la Juventud Sandinista, funcionarios públicos (como la Viceministra del Ministerio de la Familia) y otras personas señaladas de ser convocadas para este tipo de acciones violentas y que tienen antecedentes de haber participado en la comisión de hechos delictivos. El grupo de choque estaba armado con palos, piedras y morteros. El resultado final del ataque fue de 21 personas lesionadas por parte de la Coordinadora²⁰. Las agresiones cesaron gracias a la intervención del Vicario de la Catedral, Bismarck Conde. En el desarrollo de los acontecimientos, la pasividad de la Policía Nacional ante los hechos ocurridos fue visible. Aunque el caso se denunció ante el Ministerio Público, la Policía Nacional en su labor de auxilio judicial retardó las investigaciones.

Otro ejemplo ocurrió, en noviembre de 2008, en una marcha organizada con el objetivo de protestar en contra de la decisión del Corte Suprema de Justicia de quitar la personería jurídica a dos partidos (MRS y PC). En el trayecto de la marcha, simpatizantes del FSLN atacaron a los manifestantes (con morteros, palos, piedras y la utilización de armas de fuego). Como resultado una bala impactó en el joven de 15 años, Eliezer Marín Medina, quien estaba acompañado de sus padres (Juan Manuel Marín y Magna Medina). La bala de nueve milímetros le perforó una vértebra y el impacto alcanzó la médula. Eliezer estuvo los primeros seis meses de su recuperación en silla de ruedas. Aunque los médicos no aseguraron si volvería caminar, comenzó a hacerlo con ayuda de bastones²¹.

b) Acciones vandálicas anteceden la realización de las marchas con el objetivo de que no se realizaran. Un mecanismo utilizado –por el partido de gobierno– para evitar el ejercicio del derecho a protestar se da a través de la intimidación y el miedo. Es así que algunos de los actos de violencia se desarrollaron antes del inicio de la marcha (por ejemplo, horas o días antes de su realización) en contra de todo aquel que participara o dirigidas a miembros de organizaciones de la sociedad civil y políticos que convocaban y trabajaban en su organización.

Ejemplo de esto lo constituyen las agresiones que recibiera Leonor Martínez, quien fue atacada por cuatro hombres cuando regresaba a su casa, con posterior-

¹⁹ La Coordinadora Civil está integrada por más de 600 individuos y organizaciones civiles sin fines de lucro, redes de ONG, gremios, movimientos sociales y cooperativas. La misión de la Coordinadora Civil consiste en articular esfuerzos y facilitar el desarrollo de capacidades para incidir políticamente en la construcción de una Nicaragua democrática, equitativa, solidaria, humana, desarrollada y sustentable.

²⁰ La persona más afectada fue el relacionista público de la Coordinadora Civil, Mario Sánchez, periodista, quien fue agredido con golpes cuando sacó una cámara; además, le robaron el calzado e intentaron sacarle el celular.

²¹ Al día siguiente de los hechos, un comisionado del Distrito III de la Policía Nacional se presentó en el hospital para advertirle al padre del menor que tenían sólo 24 horas para denunciar lo sucedido. Por la gravedad del adolescente y dado que no había un sospechoso específico los padres decidieron no denunciar.

ridad a participar en reunión de la Coalición de Jóvenes Nicaragüenses (de la que ella es líder y que forma parte de la Coordinadora Civil). Los hombres las amenazaron diciendo que si “seguía en eso” (refiriéndose a su trabajo en la coalición) la iban matar. Leonor también fue amenazada con pistola y cuchillo, y recibió una golpiza que además de provocarle varios hematomas, le causó tres fracturas graves en el brazo²². La denuncia se hizo, aunque el caso pasó largo tiempo sin avanzar en el Ministerio Público, debido a que la Policía Nacional retardó las investigaciones, aun cuando Leonor reconoció a algunos de sus agresores.

Otro ejemplo es el ocurrido en septiembre de 2008 en la ciudad de León, donde varias organizaciones de la sociedad civil (Coalición Democrática de Occidente, la Unión Ciudadana por la Democracia y la Coordinadora Civil) organizaron marcha de protesta la que finalmente no pudo llevarse a cabo. Esto se debió a acciones de violencia emprendidas por simpatizantes del FSLN en el lugar donde se congregarían los marchistas, zonas de acceso a la ciudad y donde se encontraban diputados de partidos de oposición al gobierno. Entre las acciones emprendidas se dieron las siguientes:

- Obstaculización de tráfico (con piedras, palos y llantas quemadas) para decidir a cuales automóviles permitían la circulación, lo cual estaba asociado a la participación o no en la marcha. En este hecho se señaló como organizador al alcalde sandinista Humberto Espinoza, del municipio de Telica.

- Quema de vehículo del diputado Enrique Sáenz del MRS en el parqueo de la Universidad Cristiana Autónoma de Nicaragua. Este hecho fue emprendido por un grupo de personas comandados por Manuel Calderón (en ese entonces candidato a alcalde por el FSLN). El diputado Sáenz, manifestó que antes que se dieran los hechos, él había comunicado al jefe de la policía de León, Comisionado Douglas Zeledón, que los simpatizantes del partido de gobierno iban a agredirlos. Finalmente, se dio el incidente a la vista de alrededor de quince policías. También se provocaron daños a otros vehículos.

La Policía Nacional únicamente resguardó las casas de campaña del MRS y del PLC, por rumores que simpatizantes del FSLN pretendían incendiarlas.

Otro hecho que implicó la coerción a la libertad de movilización se dio lugar frente al edificio de la Policía Nacional en noviembre de 2009. Los manifestantes, pertenecientes a diferentes grupos juveniles, entregaban boletas y se dirigían a las instalaciones del Consejo Supremo Electoral en protesta por el fraude de las elecciones municipales ocurridas un año atrás. Muy cerca de su destino, fueron interceptados por grupos de simpatizantes del FSLN, quienes armados de palos, piedras y morteros los atacaron a la vista de oficiales policiales. Gran parte de los jóvenes se refugió en el edificio de la Policía Nacional.

Pocos han sido los casos en los cuales las marchas se desarrollaron sin acontecimientos negativos, pero fue notorio que con anterioridad a su realización primaba el clima de miedo.

Ejemplo fue la marcha que se desarrolló en noviembre de 2009 denominada por la Dignidad y el Estado Social de Derecho en donde participaron aproximadamente 80.000 personas. A la par que la sociedad civil convocaba a esta marcha,

²² Leonor Martínez necesitó una operación de cinco horas para colocarle un clavo y un largo proceso de rehabilitación para recuperar la movilidad en el brazo.

el gobierno hacia lo mismo para celebrar un año más de la victoria electoral. Ambas marchas se realizarían en la misma ruta y a la misma hora, ante lo cual se pedía al pueblo nicaragüense no confrontar, y a la Policía Nacional que garantizara la seguridad de los manifestantes. Ante constantes llamados de atención, el Presidente de la República dio orden de cambiar el horario y el cambio de ruta de ambas marchas y aseguró que la Policía Nacional cumpliría con su labor de custodia. Las marchas se desarrollaron sin incidentes que lamentar, aunque sí se dieron otro tipo de impedimentos para los manifestantes de la marcha de la sociedad civil. Por ejemplo: bloqueo de algunas entradas a la capital que impedían el paso de personas procedentes de diferentes partes del país y la imposibilidad de movilizarse, ya que en parte el transporte no estaba funcionando y las unidades del transporte existentes ya habían sido alquiladas por el FSLN.

En los últimos días, se han desarrollado una serie de marchas de protestas por parte de simpatizantes del FSLN frente a la AN, a la Corte Suprema de Justicia y a uno de los hoteles capitalinos (Holiday Inn), donde se encontraban sesionando diputados opositores al gobierno, luego que los manifestantes les impidieran la entrada a la AN. Las marchas responden a la crisis institucional que involucra a todos los poderes del Estado. Los protestantes causaron daños a la propiedad (quema de vehículos, rompimiento de vidrios), agresiones físicas a periodistas y diputados de la AN, quienes también fueron retenidos cuando algunos de ellos se encontraban reunidos en la casa de uno de los partidos.

Ante estos hechos, la Policía Nacional ha tomado una actitud pasiva y permisiva, involucrándose de manera aislada aun cuando diputados de la oposición solicitaron protección directamente a la jefa de la Policía Nacional, Comisionada Aminta Granera. Cabe señalar el papel que han jugado organismos de derechos humanos que han abogado por la intervención de la Policía Nacional y por poner fin a la crisis institucional que daña al país. Por su parte, representantes del gobierno y diputados oficialistas han justificado el actuar vandálico señalando que es el pueblo quien se manifiesta.

Todo permite afirmar que el Estado, a través de sus instituciones, no ha sido capaz de garantizar a sus ciudadanos el ejercicio pleno de derecho a la protesta social.

IV. B. 2. Utilización del derecho penal como mecanismo de control social.

Puntos de inflexión entre gobierno y sociedad civil

Las relaciones entre la sociedad civil y el Estado a lo largo de la historia de nuestro país han sido conflictivas en mayor o menor medida. En la actualidad, se caracterizan por una suerte de alta tensión, donde por una parte las organizaciones de la sociedad civil –en su mayoría– son críticas abiertas al actuar del gobierno quien maneja una política de no tolerancia y de eliminación de la participación hacia aquellos que no comparten sus ideas y modelos.

En esta relación se vislumbran cuatro puntos de inflexión²³:

²³ Prado, Silvio, *Libro blanco de las relaciones Estado-Sociedad Civil 2007-2008*, Centro de Estudio y Análisis Político, 2009, ps. 108-110.

a) Ilegitimidad y teoría de la conspiración. El presidente Ortega tacha a las organizaciones de la sociedad civil –que critican las decisiones del gobierno– de ser asalariados de la CIA y de montar un plan para desestabilizar al gobierno. En este punto, las acciones están dirigidas, por una parte, a negar el derecho de la sociedad civil de representar de manera autónoma sus propios intereses y, por otra parte, a “penalizar” sus funciones más elementales en el control y la fiscalización de los gobiernos, haciéndolos parte de una conspiración internacional. Esta fase se cierra con el decreto presidencial 112-2007 que crea los Consejos del Poder Ciudadano y con ello una sociedad civil oficial, “esta es la verdadera sociedad civil”.

b) De la ilegitimidad a la ilegalidad. Esta fase inicia a mediados de 2008. Su punto central fue la ilegalidad de organizaciones de la sociedad civil como la Coordinadora Civil por no contar con personería jurídica. Desde la sociedad civil continuaron las críticas hacia las decisiones del gobierno y su partido (por ejemplo, la penalización del aborto terapéutico).

c) Demandas de pluralismo político vs. “acero de la guerra”. Esta etapa inicia con las demandas de los partidos MRS y Conservador que fueron inhabilitados para participar en las elecciones municipales. Por una parte, la sociedad civil sale a las calles exigiendo el pluralismo político y, por otra parte, el Presidente Ortega²⁴ ofrece “el acero de la guerra” para quienes se manifiestan. Además reiteró que la verdadera sociedad civil eran los partidarios del FSLN.

d) La campaña negra contra las organizaciones de la sociedad civil. En este punto, se destacan tres componentes: a) campañas de acusaciones hacia las organizaciones de la sociedad civil desde los medios afines al gobierno y al FSLN; b) el intento de llevar a los tribunales a las organizaciones de la sociedad civil y c) el empleo de las fuerzas de choque en contra de las manifestaciones organizadas por las organizaciones de la sociedad civil.

Sobre este último punto queremos llamar la atención, dado que partimos de la idea de que el gobierno está utilizando el Derecho Penal como mecanismo de control social para criminalizar el actuar de las organizaciones de la sociedad civil (esto punto se desarrollará en el siguiente acápite). Esto llevó, sumado a otros acontecimientos, a la utilización de la protesta social como una forma de reacción social, la que fue reprimida con una campaña de intimidación y miedo, y a través de la conformación de grupos de choque que optan por las agresiones verbales, físicas y daños contra la propiedad.

IV. B. 3. Criminalización del actuar de las organizaciones de la sociedad civil

El Estado puede utilizar el derecho penal como mecanismo de control social, pero su utilización debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento más severo. Los conflictos de menor entidad pueden y deben ser abordados con instrumentos más ágiles y socialmente menos gravosos, en este sentido, *el derecho penal debe ser la ultima ratio* sin poder exacerbar en todo momento.

²⁴ Nuevos epítetos son vertidos de su parte como “sociedad civil elitista”, “vende patrias”, “oligarcas”, “gente sin alma” y “verdaderos enemigos”.

La intervención penal debe ajustarse a los principios de lesividad e intervención mínima, respetar los límites inherentes a la política criminal²⁵ (sin pretender desarrollar tareas que sólo competen a una política social en toda su extensión) y actuar bajo ciertos límites de garantía para el ciudadano.

Debemos recordar que la principal función del derecho penal es prevenir los comportamientos delictivos; esto no puede lograrse a través de la mera intimidación que supone la amenaza de la pena, sino que debe alimentarse la conciencia jurídica general mediante el aprendizaje e interiorización de determinadas pautas de comportamiento.

En este sentido, en Nicaragua resultan preocupantes los intentos del gobierno para servirse de la intervención penal con el objetivo de modificar comportamientos sociales, criminalizando el accionar de las organizaciones de la sociedad civil –críticas del accionar gubernamental–. Por tal razón, afirmamos que el derecho penal utilizado para tales fines sólo denota autoritarismo una de las características más notorias del actual gobierno.

Para efecto de ejemplificar el planteamiento anterior se desarrollarán dos casos de ataques frontales del gobierno al accionar de organizaciones de la sociedad civil, estos son el caso contra organizaciones de mujeres y Centro de Investigación para la Comunicación, y otras seis organizaciones.

a) Persecución en contra de organizaciones de la sociedad civil de mujeres

A mediados de 2007, se da la discusión sobre la aprobación del nuevo Código Penal nicaragüense. Uno de los temas más polémicos del Código resultó ser la penalización del aborto terapéutico el que por décadas había estado despenalizado. Esto generó un fuerte debate donde en una posición se ubicaba el grupo a favor de su penalización liderado por las Iglesia católica y la evangélica, y apoyado por el Ejecutivo, y el otro grupo representado en su mayoría por organizaciones de la sociedad civil como el Movimiento Autónomo de Mujeres, el Movimiento Feminista, la Red de Mujeres Contra la Violencia, Sí Mujer, entre otras.

Estas organizaciones de la sociedad civil en varias ocasiones convocaron a marchas, algunas de las cuales finalizaban apostándose frente a la residencia del presidente Ortega, que además es la Casa de gobierno y Secretaría General del FSLN.

En ese mismo año, otro hecho que generó protestas por parte de estas organizaciones fueron las acusaciones penales en contra de dirigentes (nueve en total) de la Red de Mujeres Contra la Violencia por denuncia interpuesta por el director ejecutivo de la Asociación Nicaragüense Pro Derechos Humanos por la supuesta comisión de delitos contra la administración de justicia, asociación ilícita para delinquir y apología del delito de aborto por el caso “Rosita”²⁶. Esto fue

²⁵ La política criminal debe limitarse a contribuir al control social, nunca a sustituir la política social.

²⁶ Rosita es el seudónimo con el que se denominó a la niña nicaragüense que a los 9 años quedó embarazada producto de una violación ocurrida en Costa Rica. El caso tuvo dos etapas: 1) en 2003 cuando se conoció de la violación y 2) en 2007 cuando por testimonio de la niña se supo que el violador era su padre adoptivo y que había dado a luz a una niña. En ambas eta-

apoyado por el Ministerio de la Familia, que con antelación había realizado una serie de acciones que apuntaban a criminalizar a las mujeres de la Red.

En parte de la denuncia interpuesta, también se señalan las acciones delictivas de las mujeres de la Red en su lucha por la despenalización del aborto terapéutico.

La Red de Mujeres Contra la Violencia ha denunciado en reiteradas ocasiones de los ataques a los que han sido sujetas por parte del Estado “El Estado hace uso de amenazas, intimidaciones, persecuciones, judicializaciones, teniendo como claro objetivo político el sancionar, obstruir o impedir el trabajo que realizamos y por consiguiente no son un ataque personal sino un ataque común a todas las mujeres y la sociedad nicaragüense”²⁷. A su vez, han señalado que este caso se trata de una “persecución y venganza política” por parte de la pareja presidencial en contra de las organizaciones que dieron su apoyo desde 1998 a la denuncia de Zoila América Narváez Murillo, hija de la Primera dama e hijastra del presidente Ortega, quien acusó a éste último por acoso y abuso sexual²⁸.

La fiscal asignada al caso contra las mujeres de la Red fue la fiscal adjunta Ana Julia Guido a quien se le asocia al partido de gobierno²⁹. En la actualidad, el caso sigue abierto.

b) Más persecución...

En 2008 las relaciones entre las organizaciones de la sociedad civil y el Estado se tensaron aún más a partir de los señalamientos del Ministerio de Gobernación³⁰ a través del director del Registro y Control de Asociaciones, Gustavo Sirias, de que varias organizaciones de la sociedad civil presentaban irregularidades entre ellas en el manejo de los fondos. Se señaló que el Movimiento Autónomo de Mujeres³¹ recibía fondos de Oxfam, Gran Bretaña, aun cuando esta

pas, se dio el trabajo de acompañamiento de parte de la Red. En la primera fase consistió en la promoción de una serie de derechos a favor de Rosita, en particular el de solicitar la interrupción del embarazo (el cual se realizó porque en ese momento el aborto terapéutico era permitido). En la segunda fase, el aborto terapéutico se penalizó. Prado, *Libro Blanco...*, citado.

²⁷ Comunicado de la Red de Mujeres contra la Violencia, “Basta ya de persecución política hacia las mujeres”, 26/11/2007.

²⁸ En 1998 Zoila América interpuso denuncia en los juzgados de Managua. La jueza encargada del caso remitió el expediente a la Asamblea Nacional solicitando el desafuero de la inmunidad que, en ese entonces, poseía Daniel Ortega por ser diputado de dicha Asamblea. El pedido fue rechazado y el caso en las instancias judiciales nacionales no prosiguió. Con posterioridad, la denunciante recurrió a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e interpuso denuncia en contra del Estado nicaragüense por falta de justicia. En septiembre de 2008, Narváez retiró la denuncia ante la Comisión. En todo momento la Red acompañó a Narváez.

²⁹ La Fiscalía es una de las instituciones públicas politizadas y producto del pacto que establece la repartición de cargos para los dos partidos hegemónicos (PLC y FSLN). Al fiscal general, Julio Centeno Gómez, se le asocia al PLC, y a la fiscal adjunta, Ana Julia Guido al FSLN.

³⁰ El Ministerio de Gobernación es la instancia encargada del cumplimiento de la ley 147 que regula el funcionamiento de las personas jurídicas sin fines de lucro.

³¹ El art. 49, CN permite el funcionamiento del Movimiento Autónomo de Mujeres, ya que establece el derecho a asociación.

ONG no contaba con personería jurídica, razón por la cual la administración de los fondos la realizaba el Centro de Investigación para la Comunicación³². Por su parte, la ministra del Ministerio de Gobernación manifestó que organizaciones que prestaran su personería jurídica a otros grupos para ejecutar proyectos serían canceladas y se los acusaría penalmente.

La acusación no se hizo esperar y recayó sobre siete organizaciones de la sociedad civil (entre ellas las antes mencionadas) por el supuesto delito de lavado de dinero por triangulación de fondos. La juez II de Distrito de Audiencia de lo Penal, giro orden de allanamiento en contra de las organizaciones³³ aunque sólo se ejecutó sobre dos de ellas (Centro de Investigación para la Comunicación y Movimiento Autónomo de Mujeres). Cabe señalar, que los allanamientos se caracterizaron por el uso excesivo de la fuerza por parte de las autoridades policiales. En estos actos, se retiraron computadoras, libros contables, archivos y demás documentos.

Sumado a lo anterior, la juez ordenó el levantamiento del sigilo bancario a las cuentas de los organismos y a algunos de sus dirigentes. De igual forma, no se hicieron esperar hacia estos actos de intimidación personal.

Abonado a las acciones legales, se acrecentó la campaña de desprestigio por parte de medios de comunicación oficialistas³⁴ en contra de las organizaciones de la sociedad civil y en forma particular contra sus dirigentes.

En reacción a estos hechos, organizaciones de la sociedad civil y parte de la población hizo uso de la protesta social, aunque en algunos casos se dio la contención de este derecho utilizando el mecanismo de la confrontación. Por ejemplo, miembros del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos sufrieron agresiones por parte de simpatizantes del FSLN, cuando acompañaban a la Fiscalía a miembros de la sociedad civil que fueron acusados penalmente. En vista de las agresiones verbales, pidieron resguardo de la Policía Nacional que mostraba una actitud pasiva observando el conflicto al igual que funcionarios de la Fiscalía. De los insultos, se pasó a las agresiones físicas, lo que dio como resultado que Camilo Calero, relacionista público del Centro Nicaragüense de Derechos Humanos, sea uno de los más afectados, a quien, además de propinarle una paliza, le robaron la cámara fotográfica con la que trabajaba. Aun cuando se identificó a la persona que sustrajo la cámara (reconocido como un trabajador de la Dirección General de Ingresos) y se presentaron pruebas, ni la Policía Nacional ni el Ministerio Público lo han investigado.

El proceso en contra de las organizaciones de la sociedad civil finalizó en 2009, cuando el Ministerio Público a través de resolución desestimó la investiga-

³² Los dirigentes de Centro de Investigación para la Comunicación han sido muy críticos del gobierno. Por ejemplo: el periodista Carlos Fernando Chamorro, quien además dirige programas televisivos de opinión y noticias como “Esta semana” y “Esta noche”. Sofía Montenegro, por su parte, pertenece a organizaciones de mujeres, además, es miembro de la Coordinadora Civil.

³³ La orden recayó en contra de Oxfam Gran Bretaña, Centro de Investigación para la Comunicación, Movimiento Autónomo de Mujeres, Coordinadora Civil, Grupo Venancia y la Red de Mujeres Municipalistas de Matagalpa.

³⁴ Ejemplo de estos son: Canal 4, la Nueva Radio Ya y el Semanario El 19.

ción con el argumento de que los organismos donantes no se presentaron como parte agraviada (elemento fundamental para hacer prosperar la acusación).

De los planteamientos expuestos se puede extraer:

- La utilización de la vía penal (aplicación de tipos penales como apología del delito, lavado de dinero, asociación ilícita para delinquir) con el objeto de la intimidar a las organizaciones de la sociedad civil para acallarlas de las críticas que realizan al gobierno. En ninguno de estos casos, se ha pasado de las diligencias de investigación.

- Instancias de gobierno (por ejemplo, el Ministerio de la Familia) y operadores del sistema de justicia penal (Policía Nacional, Fiscalía y jueces) denotan actitudes clientelistas y responden a los intereses del partido de gobierno (por ejemplo, la Policía Nacional pasiva ante confrontaciones en manifestaciones y con uso excesivo de la fuerza en los allanamientos, la Fiscalía actuando con abrumadora diligencia en las investigaciones).

- Organizaciones y parte de la sociedad civil se movilizaron en respaldo a las organizaciones de la sociedad civil acusadas como un mecanismo de contención del abuso. Este derecho no se ejerce con plenitud, ya que el Estado a través de sus instituciones no lo garantiza.

V. Un análisis de los potenciales o reales conflictos con el ejercicio de la libertad de expresión

V. A. Conclusiones

Para la participación de los ciudadanos en las decisiones públicas, se requiere entre otros aspectos, el ejercicio de la libertad de expresión y de todos los derechos que de ellos se derivan que solo son posibles si el Estado garantiza su ejercicio. Todo lo anterior incide en una efectiva participación que, a su vez, abona a la consolidación de la democracia.

En Nicaragua se reconoce, en el marco jurídico tanto nacional como internacional, el derecho a la libertad de expresión y como manifestación colectiva de este, el derecho a la protesta social. Aun cuando en el actual contexto, diversos sectores sociales y políticos hacen un uso reiterativo de este derecho como una forma de reacción social, por una parte, frente a las demandas insatisfechas, y por otra, para expresar su desacuerdo del accionar del Estado-partido (caracterizado por ser autoritario) que han debilitado las estructuras democráticas del país, su ejercicio no ha sido pleno.

Esta falta de ejercicio pleno del derecho a la protesta social se debe, en gran parte, por la intolerancia del partido de gobierno a las críticas provenientes de los diferentes sectores en especial de la sociedad civil, con quien ha mantenido desde 2007 a la fecha relaciones tensionadas.

Las organizaciones de la sociedad civil han sido objeto de:

- a) Campañas difamatorias de los medios de comunicación afines al gobierno.
- b) Agresiones y amenazas –perpetrados por grupos enviados y dirigidos por miembros de reconocida transcendencia en el FSLN– previo a la ejecución de marchas cívicas y en su desarrollo, incluso cuando han hecho uso de los mecanismos legales para obtener los permisos para el ejercicio de este derecho. Esto denota la negativa del partido de gobierno de permitir el ejercicio pleno del derecho a manifestarse haciendo uso de fuerzas de choque que juegan el papel de intimidar y agredir, todo para implantar una política de miedo. Por el contrario

permite, incita y organiza a sus partidarios para que hagan uso desmedido de este derecho para crear violencia política.

c) Criminalización de su actuar utilizando el derecho penal como mecanismo de control social para acallar sus críticas.

De los hechos de violencia acaecidos en la mayoría de las marchas de oposición al gobierno y de la judicialización de las relaciones entre el Estado y la sociedad civil, se cuestiona el actuar de varias instituciones del Estado, por lo que las más señalada son la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial en general. Esto tiene su origen en la actitud clientelista que desarrollan, lo cual responde a la defensa de los intereses políticos de los dos partidos hegemónicos y más aún al partido de gobierno.

En el caso de la Policía Nacional, es notoria su sujeción a los intereses del partido de gobierno que le impide actuar apegada a la Constitución y las leyes, quebrantando su función como garante de la seguridad ciudadana y, por el contrario, en ocasiones permitió los enfrentamientos y sus consecuencias como lesionados y daños a la propiedad.

De igual manera, se cuestiona la función del Ministerio Público, como representante de las víctimas, quien en varios casos no dio trámite a las denuncias interpuestas por las personas que resultaran agredidas en las marchas y sí procedió de forma muy diligente para investigar a ciertas organizaciones de la sociedad civil y sus dirigentes. Ninguna de las investigaciones terminó con condena, es más, ni se llega al proceso judicial, lo que indica que la investigación tiene un fin en sí mismo “la coacción e intimidación”. El objetivo es mandar un mensaje por parte del poder político en gran parte en manos del partido de gobierno “El garrote está en nuestro poder”.

En consecuencia se genera, entre otros aspectos:

- El debilitamiento de la institucionalidad del Estado nicaragüense.
- La instauración de un ciclo de violencia impulsado por el partido de gobierno que conlleva al caos y al miedo. Cada vez se está reafirmando la idea errónea de que la única forma de lograr cambios es utilizando la fuerza. Violencia contra violencia, que no abona a la paz entre los nicaragüenses.
- Las restricciones a la libertad de expresión y al derecho a la protesta social de los opositores al gobierno.

Esto último limita la posibilidad que los ciudadanos en igualdad de condiciones podamos participar en las decisiones públicas, expresar nuestro desacuerdo ante las acciones del Estado para generar cambios y ejercer la contraloría social como mecanismo de fiscalización.

Todo lo anterior afecta el goce pleno de los derechos que permiten que los nicaragüenses nos desarrollemos de manera individual o colectiva en los diferentes ámbitos de la vida (político, económico, social, etc.) y no abona a la construcción de una democracia participativa. En contraposición fortalece, cada vez más, los cimientos sobre los cuales se asienta un gobierno autoritario.

V. B. Recomendaciones. Desafíos en torno al ejercicio del derecho a la protesta social

A partir de las conclusiones brindadas, es posible delinear algunos desafíos sobre los que hay que trabajar para modificar la situación actual que se vive en relación con el derecho a la protesta social.

- Eliminar el sistema clientelista que impera en el Estado que sirve a los

intereses de los partidos hegemónicos, en especial del partido de gobierno que no tolera las críticas provenientes de diversos sectores en especial de la sociedad civil. En este sentido, las instituciones gubernamentales deben estar al servicio del ciudadano y responder a su mandato constitucional y no ser un mero observador y hasta coadyuvante de la restricción a la libertad de expresión.

- Dar al derecho penal el papel que le corresponde en un sistema democrático, que es el de proteger los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ciudadanos y no ser utilizado como un mecanismo de control social que busque imponer una determinada ideología política. La eliminación del clientelismo político y la implementación de un Estado de derecho coadyuva a tal fin.

- Incentivar a la sociedad civil a reaccionar ante las arbitrariedades que se comenten por parte del partido de gobierno. Una de las formas de reacción es a través del ejercicio de la protesta social pacífica para romper el ciclo de violencia política. Para lo cual se requiere la participación activa de los diferentes sectores sociales y no actitudes de tolerancia, de permisividad y en ocasiones de despreocupación ante la situación actual.

- Exigir de los tomadores de decisión la aplicación efectiva de nuestro marco legal y en especial de la Constitución nicaragüense que reconoce los derechos a la libertad de expresión, a la protesta social entre otros y que mandata al Estado garantizar a todos los ciudadanos en igualdad de condiciones su ejercicio pleno.

- Promover un real diálogo nacional que involucre a actores representativos de los diferentes sectores sociales y que de él se logren consensos en cuanto a la visión de país que queremos y acciones que debemos emprender para avanzar. Esto implicaría que los partidos políticos y grupos de influencia depusieran sus intereses particulares y cedieran cuotas de poder para lo cual se requiere voluntad política que es clave para establecer consensos y llevarlos a la práctica.

I. Introducción

En el contexto peruano, la libertad de expresión y los derechos y libertades conexos se han visto particularmente amenazados por la criminalización de la protesta social. Es decir, la creciente tensión entre el ejercicio democrático de los derechos de libertad de expresión canalizados a través de las libertades de reunión, asociación y protesta para reivindicar legítimas demandas que sectores de la población civil sienten vulneradas *vis a vis* la represión penal de conductas que supuestamente encajarían como delitos atentatorios contra el orden público y aquellas que encajarían como criminalización de la protesta social.

En efecto, el presente gobierno, a partir de once decretos a través de los cuales el Congreso le ha otorgado facultades legislativas, busca reprimir de forma más severa el derecho de la libertad de expresión y derechos y libertades conexos los cuales se encuentran no sólo regulados a nivel de instrumentos internacionales (tanto de Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos) vinculantes para el Perú, sino en la propia Constitución Política como derechos fundamentales. Esta represión obedece al creciente descontento de importantes sectores de la ciudadanía los cuales frente a la adopción de políticas que ellos estiman como limitativas de sus derechos, hacen uso de la protesta social y de la diseminación de críticas al gobierno de turno como canales para defender sus derechos vulnerados.

La forma en la cual se aplica la legislación penal competente es preocupante cada vez que se genera una suerte de persecución judicial de diferentes actores de la sociedad civil que comprenden un espectro amplio, desde defensores de derechos humanos hasta miembros de comunidades nativas y campesinas. Tal persecución se refleja a través de ciertas acusaciones fiscales y decisiones judiciales cuando, arbitrariamente, aplican categorías penales tales como autoría mediata, una lectura demasiado amplia de los tipos penales en cuestión e inadecuada valoración de material probatorio. Todo ello origina que un creciente número de personas se encuentren bajo órdenes de arresto o arrestados y en proceso.

La aplicación más severa de la legislación penal en la materia también generó un saldo trágico. En efecto, debido a mayores licencias otorgadas a las fuerzas del orden para controlar protestas y manifestaciones, la desproporción y exceso originaron un importante número de civiles heridos y fallecidos. Todo ello promueve un clima en el cual se busca infundir temor entre actores de la sociedad civil que pretenden, a través del ejercicio democrático de su libertad de expresión y otros derechos conexos, defender una amplia gama de derechos relacionados principal pero no exclusivamente a sus derechos sociales, económicos y culturales.

II. Estándares interamericanos de protección a la libertad de expresión

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que hace suya la jurisprudencia constante de la Corte Europea de Derechos Humanos, dice: “La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicho derecho no solo debe garantizarse no solo en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recibidas favorablemente o que son consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier otro sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”¹.

Al mismo tiempo, la Relatoría sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos precisó que la libertad de expresión cumple un triple papel en el sistema democrático: refleja el derecho individual del ser humano a pensar por cuenta propia y a compartir con otros nuestro pensamiento, es un canal de expresión democrático y es una herramienta de primer orden para el ejercicio de los demás derechos fundamentales”².

En cuanto a la relación existente entre libertad de expresión y movilización social, la Relatoría se ha pronunciado en el sentido que “resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión”.

“La penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión del gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que les afecta directamente”³.

Para posteriormente –destacando un fallo del Juzgado de Letras del Trabajo de Valparaíso en Chile– concordar en que “la protesta social es una de las formas colectivas (...) de expresión”⁴.

¹ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, vol. III, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.134.Doc.5 rev. 1/2/2009.

² Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II.Doc.51, 30/12/2009, ps. 224, 225, 226 y 378.

³ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ps. 96 y 97.

⁴ Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009, cit., p. 378.

Por cierto, Relatoría concluyó que en democracia es posible establecer limitaciones al derecho a la libertad de expresión, pero la admisión de ellas deben cumplir tres condiciones básicas: limitación definida en forma clara y precisa por una ley, limitación orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por el Pacto de San José y limitación necesaria, estrictamente proporcionada e idónea⁵.

III. La protesta social en Perú

Caído el régimen autoritario y corrupto de Alberto Fujimori en las postrimerías del año 2000, y tras un breve período a cargo de Valentín Paniagua, en el que no se presentó mayores movilizaciones sociales, Alejandro Toledo asumió el mando como un gobernante elegido democráticamente. Si bien éste, en el terreno de la política continuó el proceso de desmontaje de las normas y estructuras antidemocráticas promulgadas por Fujimori, en el ámbito de la economía decidió seguir la misma política neoliberal. Poco tiempo después, el afianzamiento del modelo económico, y por qué no decirlo también el propio clima de la transición que ayudó a desatar demandas contenidas por el régimen autoritario, generó fuertes protestas sociales, como las ocurridas en 2002 en Arequipa frente a los intentos de privatizar las empresas eléctricas. En ese período, ocurrieron también muchas protestas debido a problemas ambientales. Otras acontecieron acicateadas por la corrupción de autoridades locales y regionales, y también por conflictos entre distritos, provincias o departamentos limítrofes.

Como apuntó la Defensoría del Pueblo, entre 2004 y 2005, las movilizaciones de grandes sectores de la población fueron “cada vez más frecuentes y violentas denotando impaciencia, descontento o desconocimiento de las vías pacíficas para tratar los problemas”⁶.

Con el nuevo gobierno de Alan García, el tema escaló vertiginosamente, a tal punto que el Perú es hoy un escenario de la protesta social, en verdad, un escenario de creciente conflictividad.

Pese a la recuperación de la democracia y la histórica alternancia en el poder de tres gobernantes civiles así como al continuo y sostenido crecimiento económico experimentado en la última década, el Perú sigue siendo un país lastreado por la discriminación y el racismo, por la pobreza y la exclusión de grandes sectores de la población, por formas de ejercer el poder caudillista y clientelar, con instituciones liberales débiles, con bajos niveles educativos, sin mayores raíces democráticas y fuertes tradiciones autoritarias.

A la injusticia social histórica se suma ahora una propuesta de desarrollo económico liberal que curiosamente sólo chorrea “hacia arriba” o “hacia los de arriba”, y que se plantea al margen del incremento en el respeto al derecho, y una promesa de prosperidad por vía de un régimen represivo, de mano dura, que supuestamente sirva para allanar obstáculos y regimenter bajo una bota de hierro a los inconformes con la exclusión estructural de amplios sectores.

⁵ Ídem, p. 245.

⁶ Defensoría del Pueblo, *Ante todo, el diálogo*, Defensoría del Pueblo y conflictos sociales y políticos, Lima, noviembre de 2005.

De esta manera, las políticas económicas y medioambientales aplicadas por el Estado, la presencia de amplios sectores marginalizados y excluidos del desarrollo, la existencia de un conjunto de derechos fundamentales insatisfechos y el débil funcionamiento de los mecanismos institucionales que deberían servir para dar cauce a las demandas de la población frente a tales vulneraciones de derechos, están en la base de la conflictividad social que se presenta en una escala nunca antes vista.

En los últimos años, la conflictividad social –que comprende como actores a la misma población, las organizaciones sociales, el Estado y las empresas privadas– ha ido en aumento. Así, por ejemplo, si tomamos como base el año 2005 en que se registraron 73 conflictos⁷, debemos dar cuenta de que la curva de la conflictividad social ha seguido una lógica ascendente, pues en el año 2006 se registraron 97 conflictos⁸; en 2007 se reportaron 78 conflictos⁹; en 2008 subió a 197 casos¹⁰ y en 2009 acontecieron 267 conflictos¹¹.

Dicha escalada, por cierto, presenta como características saltantes la paulatina preponderancia de los conflictos sociales activos: 13 casos (13%) en el año 2006, 26 casos (33%) en 2007; 134 casos (68%) en 2008 y 185 casos (69%) en 2009 y un marcado y sostenido tipo de conflictos en el que alrededor de la mitad de ellos obedecen a razones de carácter socio ambiental¹²: 14 casos (19%) en 2005; 20 casos (21%) en 2006; 37 casos (47%) en 2007; 93 casos (47%) en 2008 y en 2009 124 casos (46%).

Según la Defensoría del Pueblo, al 31 de marzo de 2010 existían registrados 255 conflictos sociales, de los cuales 165 estaban activos (65%) y 90 estaban latentes (35%); en proceso de diálogo se encontraban 84 casos (51% del total de casos activos); 50 de los 84 casos en proceso de diálogo (60%) surgieron después de un hecho de violencia; en 92 casos se registró por lo menos 1 acto de violencia (37% del total de conflictos realizados); del total de conflictos, 126 casos (49%) son de naturaleza socioambiental, 37 casos (14,5%) involucran asuntos de gobierno local, y 28 casos (11%) están vinculados a conflictos laborales; del total de los conflictos sociales, 22 casos se hallan en el departamento de Puno, 20 casos en el departamento de Cuzco y 19 casos en los departamentos de Lima y Junín¹³.

⁷ Defensoría del Pueblo, Reporte N° 22, diciembre de 2005.

⁸ Defensoría del Pueblo, Reporte N° 34, diciembre de 2006.

⁹ Defensoría del Pueblo, Unidad de Conflictos Sociales, Reporte de Conflictos Sociales, Reporte N° 46, diciembre de 2007.

¹⁰ Defensoría del Pueblo, Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, 58° Reporte de Conflictos sociales, diciembre de 2008.

¹¹ Defensoría del Pueblo, Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, 70° Reporte de Conflictos sociales, diciembre de 2009.

¹² Siguiendo a la Defensoría del Pueblo, se entiende por conflictos ambientales a las “disputas entre actores desiguales referentes a las modalidades de uso y manejo de los recursos naturales, el acceso a estos, y la generación de problemas de contaminación. Los más visibles son los derivados de actividades extractivas (minería hidrocarburos, tala) que se ven exacerbados por un marco legal inadecuado que promueve y atrae la inversión privada sin fijarle condiciones apropiadas para la relación con las poblaciones del entorno, por lo que no cautela los derechos de los ciudadanos y de la comunidad”, Defensoría del Pueblo, *Ante todo, el diálogo*, cit., p. 22.

¹³ Defensoría del Pueblo, Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad, Reporte de Conflictos sociales N° 73, marzo de 2010.

Conflictos sociales en Perú (2005-2009)*

Año	Casos	Activos	Latentes	Tipo
2005	73	13 (13%)	57 (78%)	Socioambiental 14 (19%) Gobierno local 35 (48%)
2006	97	13 (33%)	83 (86%)	Socioambiental 20 (21%) Gobierno local 39 (40%) Gobierno comunal 17 (18%)
2007	78	26 (68%)	52 (67%)	Socioambiental 37 (47%) Gobierno local 21 (27%) Gobierno regional 7 (9%)
2008	197	134 (69%)	63 (32%)	Socioambiental 93 (47%) Gobierno local 28 (14%) Gobierno nacional 19 (10%)
2009	267	185 (69%)	82 (37%)	Socioambiental 124 (46%) Gobiernolocal 37 (14%) Laboral 28 (11%)

* Elaboración propia. Fuente: Defensoría del Pueblo.

El último reporte de dicha institución, un mes después, arroja las siguientes cifras sobre la conflictividad: se registran 260 conflictos sociales, 179 (69%) de los cuales están activos y 81 (31%) se encuentran latentes; en proceso de diálogo se hallan 93 casos (52% del total de casos activos); 51 de los 93 casos en proceso de diálogo (55%) surgieron después de un hecho de violencia; en 105 casos (42% del total de conflictos reportados) se registró por lo menos un acto de violencia; del total de conflictos, 132 casos (50%) son de naturaleza socioambiental, 36 casos (14%) se relacionan con asuntos de gobierno local, y 29 casos (11%) son de naturaleza laboral; del total de los conflictos sociales, 21 casos se registran en el departamento del Cuzco, 20 casos en los departamentos de Puno y Lima, y 18 casos en los departamentos de Junín y Piura¹⁴.

Dicho de otra manera, en el Perú de los últimos años se constata, y a nivel nacional, una sostenida y sin precedentes escalada de conflictos sociales, pues los ciudadanos ven en la protesta social la única alternativa ante un conjunto de sus derechos que se encuentran insatisfechos y la inoperancia de la institucionalidad democrática en dar respuesta a sus aspiraciones y demandas.

En ese sentido, el Perú no escapa a la realidad de otros países del hemisferio. Pues, como ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven

¹⁴ Defensoría del Pueblo. Adjuntía para la prevención de conflictos sociales y la gobernabilidad. Reporte de Conflictos sociales N° 74, abril de 2010.

mucho mas cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y movilización social se han constituido como herramientas de petición a la autoridad pública y también como canales de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos”¹⁵.

Por cierto, la protesta es, a la vez, un instrumento de reivindicación democrática, así como una forma en que se plasma el ejercicio del derecho de reunión¹⁶, la libertad de expresión¹⁷ y el derecho a participar en la vida política del país¹⁸.

Evidentemente el ejercicio de la protesta social conoce de límites. De manera tal que, por ejemplo, las personas que ejercen el derecho a la protesta no pueden incurrir en actos de violencia ni exponer a terceros a sufrir perjuicios, por lo que deben actuar con responsabilidad frente a la población de las zonas en conflicto y especialmente con los pasajeros de los autobuses retenidos en las vías o carreteras bloqueadas, así como evitar toda agresión a los efectivos policiales.

De otro lado, como también lo ha indicado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la potestad estatal de “imponer regulaciones legales y limitar razonablemente las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas así como dispersar aquellas que se tornan violentas” debe responder única y exclusivamente a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

IV. La criminalización de la protesta en el Perú

Presentado el cuadro de la conflictividad social que se vive en el Perú, y reconocido el derecho a la protesta así como sus límites, conviene ahora describir la respuesta estatal y confrontar sus características con los parámetros establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Lo primero que conviene recordar es que, ya recuperada la democracia, fue en el régimen del presidente Alejandro Toledo en donde, para enfrentar las críticas al modelo económico, y sin poder o ni querer encaminar la movilización social por la vía del diálogo, se decide la expedición de diversas normas que criminalizan la protesta social.

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc.5, Rev.1/, 7/3/2006, párr. 215.

¹⁶ Art. 12, Constitución del Perú; art. 20, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 21, Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre; art. 15, Convención Americana de derechos humanos y art. 21, Convenio Internacional sobre derechos civiles y políticos.

¹⁷ Art. 12, inc. 4, Constitución del Perú; art. 4, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 19, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸ Art. 2, inc. 17 y art. 31, Constitución del Perú; art. 20, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 23, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 21, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por su parte, el gobierno de Alan García ensayó diversas estrategias para afrontar el fenómeno de la conflictividad social, tales como la creación de mesas de diálogo y la presencia de las principales autoridades del gobierno en los momentos más álgidos de algunos conflictos. Pero el incremento de la conflictividad social en el país viene especialmente acompañado de una fuerte criminalización de la protesta social, y consecuentemente de una creciente vulneración de los derechos a la vida y restricciones a la libertad de expresión, reunión, asociación y otros derechos fundamentales por parte del Estado con un impacto preocupante en las organizaciones gremiales, indígenas y de derechos humanos.

Estas violaciones a los derechos humanos se vienen manifestando como parte de un proceso de criminalización de la protesta social, y están denunciadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por organizaciones sociales e indígenas. Tales informes evidencian cómo en nuestro país, en vez de resolver los problemas de fondo y vulneraciones de derechos subyacentes a la conflictividad social, se trata de convertir en delincuentes comunes o criminales a los dirigentes sociales que dirigen estas protestas; en suma: en responder a una práctica democrática con mecanismos utilizados para enfrentar el crimen. Lamentablemente esta situación no ha cambiado, sino que por el contrario se viene agudizando¹⁹.

En efecto, existe consenso en que el Perú “busca enfrentar las protestas sociales de forma desproporcionada y con métodos poco democráticos”²⁰.

Entre nosotros, la criminalización de la protesta presenta las siguientes manifestaciones:

- recurso a la represión violenta;
- expedición de normas que permiten el uso desproporcionado de la fuerza;
- Policía Nacional puesta a disposición de las empresas privadas;
- participación de las Fuerzas Armadas en el control de los conflictos sociales;
- recurso al derecho penal;
- detención, investigación y procesamiento de manifestantes;
- cierre arbitrario de medios de comunicación y
- hostilización a organizaciones no gubernamentales que acompañan la protesta social.

IV. A. Represión violenta

Atendiendo al proceder de las fuerzas de seguridad convocadas a hacer frente a quienes ejercen el derecho a la protesta, el número de eventos violentos en el que toman parte y el incremento del cuadro de heridos y muertos del lado de

¹⁹ Carta de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y la Asociación Pro Derechos Humanos dirigida a Santiago Cantón, secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 22 de enero de 2010, solicitando a la CIDH la concesión de una audiencia a dichas organizaciones para tratar el tema de la criminalización de la protesta en el Perú, en el marco de su 138 período de sesiones.

²⁰ Instituto de Defensa Legal, Situación de la libertad de expresión en el Perú, Exposición ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos, Washington, 3/11/2009.

los que se manifiestan en las vías públicas, es una conclusión forzosa que el gobierno decidió enfrentar tales situaciones disparando contra los que protestan y asumiendo, como un costo aceptable, la probabilidad de matar.

A modo de ejemplo reciente, podemos anotar que el 4 de abril de 2010, seis personas perdieron la vida, cinco de ellas por disparos de bala, y alrededor de treinta quedaron heridas como resultado de la intervención de efectivos de la Policía Nacional para levantar el bloqueo de la carretera Panamericana Sur, en el distrito de Chala (provincia de Caravelí, Arequipa). Las víctimas eran, en su mayoría, personas relacionadas a la minería artesanal, que protestaban contra el decreto de urgencia 012-2010, aprobado por el gobierno para hacer frente al grave impacto ambiental causado por la minería informal en la región Madre de Dios.

El caso de Chala es una muestra del derrotero marcado por esta actitud del gobierno actual frente a los conflictos sociales, que tiene antecedentes cercanos en Bagua, en junio de 2009, en donde murieron 33 personas; y, en Huancabamba, donde en el reciente mes de diciembre 2009 tres campesinos fueron muertos a tiros –por la espalda, es decir, no en una situación de enfrentamiento sino cuando se retiraban– por efectivos de la Policía.

De acuerdo con fuentes confiables, entre el 2 de agosto de 2006 y el 2 de diciembre de 2009 fallecieron como consecuencia de protestas sociales 33 personas²¹; al tiempo que en lo que va de 2010, ya se han producido 12 muertes por conflictividad social: cinco en Piura, seis en Arequipa y una en La Libertad. Lo que arroja un total de 45 personas muertas en el contexto de la criminalización de la protesta.

El número de muertes anuales por criminalización de la protesta en el Perú fueron: 2006, 3; 2007, 6, 2008, 9; 2009, 15; 2010, 12 (a abril de 2010. Fuente: Asociación Pro Derechos Humanos. Base de datos del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

En diversos pronunciamientos públicos, la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos rechazó el uso excesivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional en este tipo de situaciones y reclacó que es un patrón que se viene cumpliendo en los últimos años, especialmente desde la aprobación de los decretos legislativos 982, 983, 988 y 989, que criminalizan la protesta social, que fueron nuevamente denunciados en la sesión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, celebrada en los primeros meses de 2010.

Por cierto, también es de señalar y condenar el alto número de miembros de la Policía Nacional (29) fallecidos en el contexto de la represión²² (23 de los cuales murieron en los sucesos de Bagua).

IV. B. Normas que permiten el uso desproporcionado de la fuerza

En el año 2007, y tras la correspondiente solicitud de facultades al Congreso de la República para legislar sobre el crimen organizado, el Poder Ejecutivo

²¹ Asociación Pro Derechos Humanos, Base de datos del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²² *Ibidem*, nota 19.

consiguió la ley 29.009²³, que le otorgó facultades hasta por 60 días para legislar “en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso... con el objeto de adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos”.

Sobre la base de dicha ley, el gobierno expidió hasta once decretos legislativos²⁴. Uno de ellos, el decreto 982, modificó el marco legal aplicable a la inimputabilidad, estableciendo, en adelante, la inimputabilidad de los efectivos militares o policiales que ocasionen lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones: “Artículo 20. Inimputabilidad: Está exento de responsabilidad penal: (...) 11. El personal de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, que en cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

La Defensoría del Pueblo ha señalado en principio, de forma correcta, que este es un agregado que no guarda relación con las materias objeto de delegación (tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso), por lo que no había autorización para su regulación, produciéndose en este caso un exceso respecto a la materia delegada en la ley 29.009²⁵; y que se denomina inimputabilidad “a un supuesto que materialmente es de exención de responsabilidad”²⁶.

No le falta razón a la Defensoría del Pueblo en sus observaciones. En cuanto a la segunda de ellas, hay que convenir que no nos encontramos ante un supuesto de una persona “que no está en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente o que pudiendo comprenderlo no está en condiciones de actuar diversamente”²⁷, que es precisamente lo que caracteriza a la inimputabilidad; sino frente a una situación en la que se permite de forma excepcio-

²³ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano*, el 28/4/2007.

²⁴ Decreto legislativo 982, que modifica el Código Penal; decreto legislativo 983, que modifica el Código de procedimientos Penales y el Nuevo Código Procesal Penal; decreto legislativo 984, que modifica el Código de Ejecución Penal; decreto legislativo 985, que modifica la legislación antiterrorista; decreto legislativo 986, que modifica la Ley Contra el Lavado de Activos; decreto legislativo 987, que modifica los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada; decreto legislativo 988, que modifica el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares; decreto legislativo 989, que modifica la ley que regula intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito; decreto legislativo 990, que modifica el Código de los Niños y Adolescentes referente al pandillaje pernicioso; decreto legislativo 991, que modifica la ley que otorga facultad al fiscal para la intervención y el control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional; y decreto legislativo 992, que regula el proceso de pérdida de dominio.

²⁵ Defensoría del Pueblo, Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la ley 29.009, Serie Informes Defensoriales, Informe N° 129, febrero de 2008, ps. 29 y 46.

²⁶ Ídem, p. 39.

²⁷ Bramont Arias, Luis A. y Bramont Arias Torres, Luis A., *Código Penal anotado*, San Marcos, 1995, p. 159.

nal la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, es decir, asistimos a un “caso de exención de responsabilidad penal por el cumplimiento de un deber, que en términos de doctrina penal constituye una causa e justificación”²⁸.

También se cuestiona la modificación introducida por el decreto legislativo 982 en carácter de “reiteración innecesaria”²⁹; cada vez que quien “obra por disposición de la ley en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” (art. 20, inc. 8, CP) se contempla un supuesto general de causa de justificación, por lo que se añade con real temor que la previsión de un supuesto específico de causa de justificación acarree problemas de interpretación y que, finalmente, “sea interpretado y aplicado con el objetivo de generar una situación de impunidad en materia de violaciones de derechos humanos”³⁰.

En términos prácticos tal temor ha resultado fundado. La dación de esta norma, en el contexto en que se dio y los comentarios favorables que recibió de quienes sostienen la necesidad de aplicar “mano dura”, infundió entre ciertos miembros de la Policía Nacional la idea de que la modificación introducida los faculta a utilizar más “liberalmente” su arma reglamentaria o que los protege tras su uso³¹; al tiempo que los magistrados no procesaron a nadie por ello hasta la fecha, y no se conocen de investigaciones fiscales en curso contra efectivos policiales que utilizaron sus armas contra manifestantes ocasionándoles lesiones o la muerte.

Por lo mismo, no se falta a la verdad cuando se señala que el acceso a la justicia de las víctimas de los excesos policiales se ve seriamente limitado a través

²⁸ Defensoría del Pueblo, Informe N° 129, p. 40, en alusión a la posición del profesor José Hurtado Pozo en *Manual de Derecho Penal: Parte General I*, Grijley, 2005, p. 519. Si bien esta postura es mayoritaria entre los juristas peruanos, Felipe Villavicencio Terreros sostiene que en verdad se trata de una causa de atipicidad, en *Código Penal*, Cultural Cuzco, 1992, p. 137.

²⁹ Defensoría del Pueblo, Análisis de los Decretos Legislativos, cit., p. 42.

³⁰ Ídem, p. 43.

³¹ Y cuando no lo hacen, los sancionan como en el caso del general de la Policía Nacional, Alberto Jordán. Como he escrito “El general de la Policía Nacional Alberto Jordán ha sido sentenciado por no matar. La anacrónica justicia militar-policial ha sancionado con 18 meses de prisión condicional el hecho de que Jordán no haya cumplido ciegamente órdenes que, en las circunstancias concretas que le tocó enfrentar, hubieran podido causar una tragedia.

El hombre que, cediendo a un imperativo de prudencia, evitó que el ‘moqueguazo’ desembocara en una masacre en la que hubieran perecido policías y civiles, es sancionado... El mundo al revés. El general Jordán actuó racionalmente en circunstancias extremadamente difíciles y evitó una tragedia: esto es lo fundamental. La sentencia se va por las ramas para sancionar a quien corrigió en el terreno las disposiciones de autoridades de orden público desconectadas de la realidad y de los hechos, autoridades que por otra parte nunca asumen la responsabilidad que les corresponde. Se sanciona pues, la supuesta violación de un principio jerárquico, el supuesto incumplimiento de unas órdenes cuya seriedad está seriamente cuestionada.

De manera similar a como luego ocurrió en la tragedia de Bagua, en el ‘moqueguazo’ había decenas de policías cuya integridad física y sus propias vidas corrían serio peligro al haber caído en manos de manifestantes descontrolados. El general Jordán asumió su responsabilidad como oficial y como ser humano, y enfrentó esta ardua circunstancia logrando la liberación de todos sus efectivos sin que ninguno perdiera la vida y sin que se produjeran víctimas entre aquellos manifestantes descontrolados”, en “Sentenciado por no matar”, disponible en www.larepublica.pe/causa-justa/14/05/2010/sentenciado-por-no-matar.

de las prácticas de los órganos de justicia (Ministerio Público y Poder Judicial), hasta el punto que las 45 muertes registradas permanecen en la impunidad.

Así por ejemplo, en relación al caso de Bagua (junio de 2009), existen cuatro investigaciones en etapa de Instrucción, por la muerte de 23 policías; sin embargo, de los 10 civiles muertos, no hay ningún proceso penal abierto³²; tampoco se ha llevado a los tribunales a los policías que en el marco del conflicto con la empresa minera Río Blanco (diciembre de 2009) ingresaron en el territorio de la comunidad campesina Segunda y Cajas, Huancabamba, y asesinaron por la espalda a dos importantes dirigentes locales que lideraban la resistencia frente al desarrollo de la actividad minera en la zona, e hirieron con arma de fuego a cinco campesinos. Paradójicamente el Ministerio Público ha iniciado investigación contra las víctimas de estos hechos, y solo como consecuencia de una fuerte presión de la opinión pública ha comenzado a realizar diligencias para depurar la responsabilidad de los efectivos policiales implicados³³.

IV. C. Policía Nacional al servicio de empresas privadas

Según el artículo 51 de la Ley de la Policía Nacional (ley 27.238), expedida en diciembre de 1999, el Director General de la Policía Nacional del Perú podrá celebrar o aprobar convenios con personas naturales o jurídicas, privadas o públicas, así como entidades públicas en general, para la prestación de servicios extraordinarios complementarios a la función policial.

Dicha ley permaneció sin ser reglamentada durante mucho tiempo. Sin embargo, en julio de 2009, un mes después de los luctuosos sucesos de Bagua, se dictó el decreto supremo 004-2009-IN que aprueba el Reglamento de Prestación de Servicios Extraordinarios Complementarios a la Función Policial. Este dispositivo prevé dos modalidades: los servicios extraordinarios complementarios institucionales (que pueden ser permanentes y eventuales) y los servicios individualizados. Al mismo tiempo que flexibiliza los requisitos para que los miembros de la Policía Nacional brinden servicios de seguridad privados a empresas portando su armamento y uniforme reglamentario, incluso en períodos laborales asignados al servicio público, señala que los accidentes acaecidos con ocasión de la prestación de servicios extraordinarios complementarios serán considerados como ocurridos en acto de servicio; para finalmente precisar que el personal que presta servicios extraordinarios complementarios se encuentra sometido a la Ley de Régimen Disciplinario, al Código de Justicia Militar y a las normas administrativas legales que rigen en todos los servicios policiales.

Tal disposición incrementa la inseguridad de las comunidades en conflicto con las empresas extractivas y contribuye a exacerbar su desconfianza en la imparcialidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley³⁴.

³² *Ibidem*, nota 19.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

IV. D. Participación de las Fuerzas Armadas en el control de los conflictos sociales

Desde mayo de 2004, se encuentra vigente la ley 28.222 que autoriza la intervención de la Fuerzas Armadas en los en actos de terrorismo y violencia. Claro está, felizmente derrotado Sendero Luminoso y confinados sus huestes a la zona del Valle del Río Ene y Apurímac (VRAE), la ley calza más para los conflictos sociales. En artículo 1 de la mencionada ley dice que “la Autoridad política o la autoridad policial podrá solicitar la intervención de las Fuerzas Armadas por un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, cuando se produzcan actos de terrorismo, actos de violencia consistentes en atentados, ataques armados a entidades públicas o privadas o servicios públicos en los que se utilicen armamentos de guerra o artefactos explosivos o cuando se descubran elementos suficientes de peligro real o inminente de su perpetración, que sobrepase la capacidad operativa de la Policía Nacional del Perú”.

En diciembre de 2007, se aprobó la ley 29.166, que establece reglas de empleo de la fuerza por parte del personal de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional, sea cuando participa en el control del orden interno en zonas declaradas en estado de emergencia como cuando interviene en apoyo al control del orden interno en zonas no declaradas en estado de emergencia. Según la ley, son principios rectores del uso de la fuerza: legalidad, necesidad, proporcionalidad, inmediatez, obligatoriedad y razonabilidad.

En el año 2008, se promulgó el decreto supremo 012-2008-DE/CFFAA, que reglamenta la ley 29.166. Como dijo Wilfredo Ardito: “Este decreto es inconstitucional, puesto que el artículo 137 de la Constitución solamente autoriza que las Fuerzas Armadas intervengan en el control del orden interno en forma excepcional en los casos de estado de emergencia. El decreto autoriza el empleo de fuerza letal, en la que se puede generar la muerte de personas, para proteger a la propiedad privada, evitar actos de saqueos o vandalismo, o mismo en contra de vehículos que no se detengan para el registro. Se señala también que se puede usar la fuerza letal “en el cumplimiento de la misión asignada”, sin establecer parámetro alguno para esta misión, lo que podría servir como justificación para muchas arbitrariedades. Se menciona además el derecho a la legítima defensa, pero sin tomar en cuenta el principio de proporcionalidad. Incluso se autoriza a las Fuerzas Armadas para intervenir en temas estrictamente policiales como el “cometer delitos” o la “portación de drogas”³⁵.

IV. E. Recurso al derecho penal

Existe, en el Código Penal y en las leyes penales complementarias, un conjunto de delitos que, por su generalidad, pueden ser invocados por la autoridad política o potencialmente aplicados por los operadores jurídicos para reprimir el derecho a la protesta. La descripción de algunos tipos penales viene de antiguo y otros han sido modificados al efecto. Sin embargo, ambos contemplan incre-

³⁵ Wilfredo Ardito, “Perú: la criminalización de la protesta en el gobierno de Alan García”, disponible en www.servindi.org/actualidad/4549.

mentos en el *quantum* de la sanción penal. Por cierto, una rápida revisión de la información pública y la jurisprudencia disponible nos permiten afirmar, en los supuestos de imputación a quienes ejercen la protesta social, la tendencia de los operadores jurídicos a formular denuncias e iniciar los procesos invocando la presunta concurrencia de dos o más tipos penales en el comportamiento típico atribuido.

Entre los tipos penales a los que se echa mano de manera frecuente podemos mencionar los siguientes:

IV. E. 1. Delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos

Este delito se encuentra dentro del título de los delitos contra la seguridad pública. Según la doctrina nacional, “son delitos de peligro, directo o indirecto, para la vida o la integridad física de un número indeterminado de personas... protegen a los bienes considerados en general como pertenecientes a un número indeterminado de personas y dotados de distinta naturaleza”³⁶; precisándose que “la característica de este grupo de delitos, no es tanto el bien jurídico protegido, sino la forma o modo de su perpetración, que es de tal naturaleza que hace surgir un peligro general, para las personas y sus derechos”³⁷.

Está tipificado en el artículo 283 del Código Penal. Su redacción actual dice:

“Artículo 283. El que, sin crear una situación de peligro común impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte; o de los servicios públicos de comunicación, provisión de agua, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

En los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, la pena privativa de la libertad será no menor de seis ni mayor de ocho años”.

Al respecto cabe recordar que la ley 27.686 modificó el texto original a fin de incrementar la pena conminada, posibilitando, de esta manera, la prisión efectiva para los responsables del ilícito, e introdujo la circunstancia agravante³⁸. Posteriormente, en julio de 2006, la ley 28.820 amplió el marco de la sanción.

La jurisprudencia disponible sólo da cuenta que el tipo penal en cuestión “no contempla la perturbación de los servicios individuales”³⁹.

³⁶ Bramont Arias y Bramont Arias-Torres, *Código Penal anotado*, cit., p. 481.

³⁷ Ídem, p. 482.

³⁸ Carlos Caro Coria ha señalado que “entre agosto de 2001 y la primera quincena de junio de 2002 se han puesto en vigor más de 20 leyes de relevancia penal, algunas como respuesta frente a un específico problema social, como da cuenta por ejemplo la Ley N° 27686 de 19 de marzo de 2002 que elevó las penas de los tipos de los arts. 283 y 315 del C.P. en casos de ‘entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y disturbios’, norma aprobada como reacción ante los múltiples reclamos populares que se ven en nuestro país desde agosto de 2001 y cuya eficacia es casi nula”, en “¿Relevancia penal de los ‘disturbios públicos’? Notas sobre la reforma penal mediante la Ley N° 27686”, *Legal Express* 16/2002.

³⁹ Ejecutoria recaída en el Expediente N° 805-2000.

IV. E. 2. Delito de disturbios

Se encuentra dentro del título de delitos contra la tranquilidad pública. La doctrina nacional dice que son “delitos de alarma colectiva... Es la indefectible presencia de este efecto lo que la ley tiene en cuenta para agruparlos en una clase especial. Se les reprime no porque lesionan la paz social, sino porque al producir la alarma colectiva, atacan el derecho a la tranquilidad que tienen todas las personas”⁴⁰.

Está tipificado en el artículo 315 del Código Penal. La siguiente es su actual redacción:

“Artículo 315. El que en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años.

En los casos en que el agente utilice indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, la pena privativa de la libertad será no menor de ocho años ni mayor de diez años”.

Como en el caso anterior, es de recordar que la ley 27.686 también modificó el texto original del artículo 315 del Código Penal, a fin de incrementar las penas conminadas; y que en julio de 2006 se dictó la ley 28.820 que amplió el marco de la sanción penal.

La jurisprudencia sobre la materia ha establecido de manera general que para su configuración se requiere una pluralidad de personas, el ejercicio de violencia y capacidad de poner en peligro la tranquilidad pública: vale decir “que el agente haya actuado colectivamente y con violencia contra las personas o contra las propiedades”⁴¹, “la intervención de una pluralidad de personas en la alteración del orden público, que ha de verificarse a través de la violencia”⁴², “que el agente participe en una multitud capaz de poner en peligro la tranquilidad pública, alterando el estado psicológico de una población al crear ésta un estado de inseguridad”⁴³; también se ha decantado por la atipicidad de comportamientos tales como la “reacción colectiva de indignación motivada por la escasa valoración de las acciones de la empresa en venta; al respecto, puede considerarse que el hecho en cuestión fue una respuesta a estímulos externos, una acción espontánea tendiente a evitar la venta de las acciones bajo las condiciones propuestas”⁴⁴.

⁴⁰ Bramont Arias y Bramont Arias-Torres, *Código Penal anotado*, cit., p. 515.

⁴¹ Dictamen fiscal N° 1410-2000-4FSP-MP en la Ejecutoria Suprema de 15/12/2000, recaída en el Expediente N° 525-2000 Puno.

⁴² Ejecutoria de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres, Corte Superior de Justicia de Lima, de 16/12/1998.

⁴³ Ejecutoria de la Sala Penal de la Corte Suprema, 17/3/2000, recaída en el Expediente N° 4941-1999, Cono Norte Lima. Disponible en <http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/documentViewer.jsp?id=0>.

⁴⁴ Ejecutoria de corte Superior de Justicia de la Libertad de 26 de junio de 2001, recaída en el Expediente N° 98-2000.

IV. E. 3. Delito de asociación ilícita para delinquir

Al igual que el delito de disturbios se halla en el título contra la tranquilidad pública, tipificado en el artículo 317 del Código Penal; su redacción actual la siguiente:

“Artículo 317. El que forma parte de un agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho de ser miembro de la agrupación, con pena privativa de la libertad no menor de tres ni mayor de seis años. Cuando la agrupación esté destinada a cometer los delitos previstos en los artículos 152 al 153-A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318-A, 319, 325 al 333, 346 al 350 o la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), la pena será no menor de ocho ni mayor de quince, de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4, imponiéndose además, de ser el caso, las consecuencias accesorias del artículo 105 numerales 2) y 4), debiéndose dictar las medidas cautelares que correspondan para garantizar dicho fin”.

Para la doctrina nacional, el delito “se consuma con la mera pertenencia a una agrupación de 2 o más personas destinada a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una agrupación criminal, entendida como aparato con cierta organización y división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva”⁴⁵.

Por lo demás, “queda claro que... sanciona el sólo hecho de formar parte de la agrupación –a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de a) relativa organización, b) permanencia o estabilidad y c) número mínimo de personas, sin que se materialice sus planes delictivos–. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo”⁴⁶.

IV. E. 4. Delito de terrorismo

Tipificado en el artículo 2 del decreto-ley 25.475, cuya redacción señala: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medio de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier

⁴⁵ Reaño Peschiera, José, “Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita”, en César San Martín Castro y otros, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Jurista, Lima, 2002, p. 289.

⁴⁶ Acuerdo Plenario N° 4-2006/CJ-116. Sala Penal Permanente y Transitoria.

otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 20 años”.

En el delito de terrorismo, “el bien jurídico protegido es la tranquilidad pública (...) El legislador protege la convivencia pacífica de los ciudadanos en su acontecer diario”⁴⁷. Claro está, de una lado, el tipo de terrorismo sólo requiere la creación de una situación en la cual es probable el daño al bien jurídico tutelado; y, de otro lado, “la conducta prohibida, descrita de forma compleja en el tipo, plantea una serie de supuestos de afectación a bienes jurídicos que, en su mayoría, son regulados como tipos autónomos en el código Penal: delito de homicidio, secuestro, robo, extorsión, etc. En el tipo de terrorismo, ellos van a ser considerados como el objeto material sobre el cual recae la acción típica del sujeto activo”⁴⁸.

En lo que atañe al tratamiento del “estado de terror”, partimos de la idea que “la fórmula provocar, crear o mantener un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, no puede ser interpretada sino en alusión a un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo: en términos dogmáticos, a la tendencia interna trascendente”⁴⁹.

IV. E. 5. Delito de extorsión

Se encuentra dentro del título de los delitos contra el patrimonio. Según la doctrina nacional, “el bien jurídico protegido es el patrimonio, ya que se toma preferentemente en cuenta la finalidad de la acción realizada por el sujeto activo que es la de obtener una ventaja económica, si bien, es necesario indicar que también puede resultar lesionada la libertad del sujeto pasivo. De ahí que se le pueda caracterizar como un delito pluriofensivo”⁵⁰.

Aparece en el artículo 200 del Código Penal y su redacción actual es como sigue:

“Artículo 200. El que mediante violencia o amenaza obliga a una persona o a una institución pública o privada a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida u otra ventaja e cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años.

La misma pena se aplicará al que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio o proporciona deliberadamente los medios para la perpetración del delito.

⁴⁷ Gamarra Herrera, Ronald, *Terrorismo. Tratamiento jurídico*, Instituto de Defensa Legal, Lima, noviembre 1995, ps. 50 y 51.

⁴⁸ Ídem, p. 58.

⁴⁹ Ídem, p. 70.

⁵⁰ Bramont Arias y Bramont Arias-Torres, *Código Penal anotado*, cit., p. 421.

El que mediante violencia o amenaza, toma de locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o situación económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal,

La pena será no menor de quince años ni mayor de veinticinco años si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada;
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Valiéndose de menores de edad”.

La fórmula vigente fue introducida por el mencionado decreto legislativo 982 de julio de 2007. Para la Defensoría del Pueblo, como en el supuesto relativo a la inimputabilidad de los efectivos militares o policiales que ocasionen lesiones o muerte en el ejercicio de sus funciones, la modificación del tipo penal de extorsión, sancionando por su intervención en huelgas a determinados funcionarios públicos, resulta inconstitucional por exceso en la materia delegada al Poder Ejecutivo a través de la ley 29.009⁵¹.

Pero la Defensoría del Pueblo dijo aún más; llegó a calificar la modificación de “asistemática y antitécnica”⁵², precisando que si bien el artículo 200 del Código Penal tipifica el delito de extorsión, el cuarto párrafo no hace referencia a un funcionario público que cometa el delito de extorsión.

En cuanto a este extremo conviene precisar que la modificación introducida constituye una respuesta al significativo acompañamiento, cuando no a la adhesión, de un número creciente de autoridades regionales o locales a las reivindicaciones que dan pie a las movilizaciones sociales. El año 2007, por lo demás, marcó una curva de inflexión en el porcentaje general de los conflictos sociales en cuya base había un cuestionamiento a los gobiernos locales: de 48% en 2005 (35 casos) y 40% en 2006 (39 casos), pasamos a 27% en 2007 (21 casos). Esta tendencia se confirma posteriormente: 14% en 2008 (28 casos) y 14% en 2009 (37 casos).

Desde otro ángulo, se cuestionó la norma en atención al hecho que “distorsiona totalmente el sentido de esta figura delictiva, al establecer que acciones que no buscan obtener ventajas económicas indebidas, sino de cualquier otra índole, también se encuentran comprendidas dentro de este delito, olvidando

⁵¹ Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 12, Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la ley 29.9009, ps. 29, 30 y 38.

⁵² Defensoría del Pueblo, Informe Defensorial N° 129, Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la ley 29.9009, p. 38.

que la extorsión es un delito contra el patrimonio y no debería considerarse como tal un acto que tuviera otra finalidad.

De esta manera, se continúa la redacción adoptada por el decreto legislativo 896, uno de los decretos legislativos aprobados en tiempos de Fujimori, que convirtió a la extorsión en un tipo penal sumamente abierto... Debe señalarse también que en este decreto legislativo se incluyen hechos que constituyen conductas delictivas que ya están tipificadas en el Código Penal, como tomar locales establecido en el artículo 202, impedir el libre tránsito señalado en el artículo 315, así como perturbar el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas establecido en el artículo 283 del mismo cuerpo legal (delitos por los cuales muchas personas son denunciadas injustamente y sin pruebas por el simple hecho de participar en movilizaciones sociales). Los delitos antes señalados, constituirían en sí una perturbación del orden público, pero no tienen ninguna relación con el carácter patrimonial del delito de extorsión ni con la situación de crimen organizado objeto de la Ley autoritativa 29.009 para la cual fueron otorgadas las facultades legislativas al Poder Ejecutivo”⁵³.

IV. E. 6. Propuestas que no prosperaron

En este tiempo también se trató de utilizar potencialmente otras figuras penales para reprimir la protesta social. En ese sentido, se puede mencionar el proyecto de ley 2971-2008-CR sobre difamación, cuya fórmula dispone que si el comunicador o el director responsable de un delito contra el honor no paga la indemnización establecida, el medio de comunicación social puede ser tercero civilmente responsable, y que además modifica el tipo penal para comprender al periodismo digital y medios de comunicación electrónica; también debe considerarse el proyecto de ley 2993-2008-PE sobre interceptación telefónica, cuya propuesta plantea modificar el tipo penal a fin de elevar la pena a quienes perpetren este ilícito y sancionar a quien reproduce o adquiere de forma directa e indirecta registros de información obtenidos ilícitamente.

Conforme se dijo sobre este tópico: “Con esta redacción el ejecutivo pretendía imponer una sanción penal a aquellos periodistas o personas naturales que reciban y/o difundan materiales o documentos (como audios o videos) que contengan hechos de interés público (como actos de corrupción), así ellos no hayan participado de la verdadera actividad delictiva, que es interceptar o grabar sin consentimiento de los participantes conversaciones o documentación privada, afectando con ello el libre ejercicio de la prensa y el acceso a la información”⁵⁴.

IV. F. Detención, investigación y procesamiento de manifestantes

No se dieron a conocer cifras oficiales sobre el número de quienes fueron o vienen siendo denunciados, investigados, procesados y condenados por hechos

⁵³ Demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de los Decretos Legislativos 982, 983, 988 y 989 presentada por cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos, representados por Juan Miguel Jugo Viera, 12/5/2008.

⁵⁴ Instituto de Defensa Legal, Situación de la libertad de expresión en el Perú, Exposición ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos, Washington, 3/11/2009.

acontecidos como parte de una protesta social. Ni la Policía Nacional, el Ministerio Público y el Poder Judicial lo han hecho. Pero según Carmela Sifuentes, presidenta de la Confederación General de Trabajadores del Perú, suman alrededor de 1300 los dirigentes sindicales que vienen siendo investigados o procesados por su participación en los conflictos sociales⁵⁵. Más prudentemente, la Asociación Pro Derechos Humanos fija en 600 el número de personas detenidas, denunciadas o procesadas por su participación en actos de protesta.

En verdad, las cifras están en construcción. De acuerdo con los datos a los que se pudo tener acceso, existen por lo menos 568 personas que se vieron involucradas en actos del Ministerio Público y el Poder Judicial que pueden ser apreciados desde el prisma de la criminalización de la protesta; de ellas, 274 manifestaban en defensa de derechos ambientales, y 222 lo hacían por los derechos laborales.

En cuanto a las imputaciones realizadas, se corrobora la idea de la numerosa concurrencia e invocación de los tipos penales para hacer frente a las manifestaciones de protesta. El catálogo va desde los disturbios hasta el homicidio, pasando por el entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, daños, secuestro y terrorismo, entre otros. De la maraña de tipos penales empleados se destacan, entre otros, los siguientes: disturbios, 194 imputaciones; disturbios más daños y motín, 24 imputaciones; disturbios más atentados contra los medios de transporte, 16 imputaciones; disturbios más usurpación, 5 imputaciones; disturbios más entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, 5 imputaciones; disturbios más secuestro y usurpación, 1 imputación.

Por su parte, el tipo penal de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos aparece en 49 imputaciones; el de atentado contra los medios de transporte en 53 imputaciones; contra el patrimonio en 86 imputaciones y el de terrorismo en 35 imputaciones.

Criminalización de la protesta en Perú, según tipos penales invocados

Disturbios	Sólo disturbios	194
	Más usurpación	5
	Más atentado contra medio de transporte	16
	Más usurpación	1
	Más secuestro y entorpecimiento al funcionamiento del servicio público	3
	Más daño y motín	24
	Más entorpecimiento al funcionamiento del servicio público	5
Entorpecimiento al funcionamiento del servicio público		49
Atentado contra medio de transporte		53
Patrimonio		86
Terrorismo		35

⁵⁵ Información tomada de www.alertaperu.org/publicar/nacionales/435-exigen-libertad-de-pedro-condori-y-denuncian-que-1300-sindicalistas-estan-procesados-judicialmente.html.

La mayoría de los involucrados tiene aún la investigación o el proceso penal en trámite. En efecto, en esa condición jurídica se encuentran 497 personas (8,5%), al tiempo que 48 fueron absueltos o sus casos archivados, y 19, condenadas (3,3%).

Condenados por criminalización de la protesta en el Perú*

Delitos		Pena impuesta	Cumplimiento
Perturbación al funcionamiento de servicios públicos	3	3-4 años	Ejecución suspendida
Perturbación al funcionamiento de servicios públicos y disturbios	11	3 años	Ejecución suspendida
Disturbios y secuestros	3	10 años	Efectiva
Lesiones graves	1	4 años	Efectiva
Tenencia ilegal de armas	1	5 años	Efectiva

*Elaboración propia. Fuente: Asociación Pro Derechos Humanos. Base de datos del Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Ahora bien, de la información pública cotejada y la documentación jurídica a la que se tuvo alcance, fluye que en estos casos la mayoría de los operadores jurídicos peruanos: a) discute el tema a nivel probatorio⁵⁶, sea para promover la acción penal o dictar el auto de apertura de instrucción (o disposición de formalización de la investigación preparatoria, tratándose de quienes actúan conforme a las reglas del Nuevo Código Procesal Penal) así como para presentar acusación y decidir el litigio, renunciando a adelantar desde la dogmática penal el análisis sobre la posible concurrencia de una causa de justificación por ejercicio regular de un derecho (derecho de petición o derecho de reunión), o de un supuesto de justificación por estado de necesidad (quien protesta –y por ejemplo ocasiona la perturbación del tránsito vehicular– actúa compelido por la pobreza, porque su petición no es escuchada por las autoridades o porque no se le atiende razonablemente); y, b) invoca regularmente la presunta concurrencia de dos o más tipos penales en el comportamiento típico atribuido, de tal suerte que al clásico delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos o al de disturbios le suman otro u otros, escogido o escogidos entre la amplia y variopinta gama que prevé el Código Penal, que el agente –se dice– habría perpetrado en el desarrollo de la protesta.

Entre otros procesos, podemos mencionar los siguientes:

Caso Rondas de Parcoy. En marzo de 2004, la Federación de Rondas Campesinas del distrito de Parcoy convocó a la presidenta del directorio del consorcio Minero Horizonte SA a una reunión “para tratar la Agenda de reclamos” de

⁵⁶ Entre otras, Trigésimo Tercer Juzgado Penal de Lima, Sentencia de 5 de noviembre de 2009, recaída en el Expediente N° 384-08.

la comunidad; ante su inconcurrencia un gran número de pobladores se dirigieron a la empresa y, tras no ser atendidos, procedieron a bloquear la carretera “colocando piedras y sogas frente al Departamento de Mantenimiento y a la Oficina de Administración” de aquella. Al día siguiente, la policía “y personal de seguridad de la Empresa” los desalojó, por lo que se trasladaron al pie del cerro Rumpuy para después en ese lugar bloquear la carretera que va de Retamas a Parcoy. Ante una nueva intervención de la autoridad, los manifestantes arrojaron piedras y palos causando heridas diversas a varios efectivos policiales e inmovilizaron, retuvieron y condujeron a otro policía al Sector Fernandini, donde lo despojaron de su arma y lo golpearon⁵⁷.

La sentencia por mayoría condenó a diversos procesados por los delitos de secuestro, disturbios y entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, por considerar la existencia de suficiente base probatoria, aunque no se realizó ningún análisis de subsunción típica. Para la individualización de la pena a imponerse se mencionó la forma y circunstancias de cómo ocurrieron los hechos, las calidades personales de los procesados y los principios de proporcionalidad y fines de la sanción, y se precisó que “si bien el derecho de petición y el derecho de reunión están tutelados por la Constitución Política del Estado, los mismos deben ser ejercitados por los ciudadanos de acuerdo a las leyes y reglamentos que se dicten a fin de no perjudicar el derecho ajeno, de modo que cualquier exceso en el ejercicio de tales derechos debe ser reprimido con arreglo a las normas legales consiguientes”⁵⁸.

El voto disidente concluyó que la marcha fue pacífica y que “los desmanes han empezado cuando la policía arrojó las bombas lacrimógenas y éstos conjuntamente con los vigilantes de la Empresa Horizonte tiraron los enseres de olla común al río, situación que enardeció a la población”; que debido a ello “no se puede atribuir a los acusados, en su calidad de dirigentes, haber dispuesto tal situación de violencia, sino que ésta se produjo de manera espontánea como consecuencia de la acción de la policía, y porque se rumoraba que habían fallecido dos bebés a causa de las bombas lacrimógenas, de tal manera que se ha tratado de un desborde en el comportamiento de grupo que no ha podido ser previsto ni controlado por los dirigentes”; que de igual modo “no se puede atribuir a la dirigencia que convocó al paro ser responsables del secuestro del policía... por las razones que han precedido” y porque se trata de una situación “que no ha podido ser prevista por los dirigentes acusados y porque éstos, viendo al pueblo encolerizado, tampoco podrían liberarlo”; y, finalmente, en el extremo del secuestro añade que no se ha demostrado “que los procesados hubieran sido los directos autores de tal evento” y que “no resulta admisible que la sola presencia en el lugar y que sus condiciones de ronderos sean razones suficientes para atribuirles responsabilidad en los hechos”⁵⁹.

⁵⁷ Poder Judicial, Sentencia de la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Trujillo, 26/9/2006, recaída en el Expediente N° 308-2005.

⁵⁸ *Ibídem*.

⁵⁹ *Ibídem*, recaída en el Expediente N° 308-2005. Voto singular del vocal Juan Caballero Noriega.

La Corte Suprema resolvió no haber nulidad en la sentencia de vista, indicando que “el alegado carácter pacífico de la marcha... no se corresponde con la descripción de los hechos... (que) no cabe calificar de pacífica una marcha en cuyo desarrollo se lanzan piedras y palos, y menos corresponde admitir, por estar plenamente descartado, que se respondió a una provocación policial”; que los policías “actuaban en cumplimiento de un deber propio del cargo, cual es desbloquear la carretera y restaurar el orden público afectado”; que “los encausados intervinieron en la realización de la agresión tumultuaria... en cuya virtud se les lanzó piedras y palos... lo que trajo como consecuencia varios heridos”; y, que “se produjo una efectiva perturbación de las condiciones normales de la vida ciudadana, pues se impidió el libre tránsito de vehículos y, además, se perturbó y perjudicó la actividad industrial de la empresa minera y se puso en riesgo la integridad física de su personal y las instalaciones fabriles”⁶⁰.

Caso Yurimaguas. Tras acompañar un paro indígena en mayo de 2009, Mario Bartolini Palombi, párroco del Vicariato Apostólico de Yurimaguas, Gorqui Vásquez Silva, secretario general del Sindicato Único de Trabajadores de Educación del Perú –Alto Amazonas–, tres dirigentes del Frente de Defensa y Desarrollo de Alto Amazonas, Bladimiro Tapayuri Murayari, dirigente de la etnia Cocama Cocamilla, y Eduardo Acate Coronel, director de Radio y Televisión Oriente, fueron procesados por la presunta comisión de los delitos de atentado contra los medios de transporte colectivo o de comunicación, entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, hurto agravado, daños agravados, disturbios e instigación al delito de rebelión.

En marzo de 2010, el Ministerio Público los acusó de haber liderado a más de mil personas, que portaban armas blancas (machetes y lanzas artesanales) y objetos contundentes (palos), prohibir el libre tránsito del público, obligar al cierre de los locales comerciales y mercados de la ciudad, constreñir a terceros a colocar troncos en la carretera Yurimaguas-Tarapoto e impedir el transporte público interprovincial, para “de esta manera hacer sentir que su medida de lucha sea escuchada”⁶¹. Igualmente, acusó al periodista de azuzar a los indígenas a plegarse a las movilizaciones y omitir la difusión de los actos vandálicos perpetrados; al sacerdote de haber pronunciado una liturgia “de contenido político” y haber llamado terrorista y asesino al presidente de la República; y a ambos de haber “venido utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación de manera ilegal”⁶².

En el escrito de acusación no aparece ningún análisis dogmático sobre la subsunción de las conductas que se imputan en los tipos penales invocados. Simplemente tras aludir al cumplimiento de las diligencias ordenadas y al mérito de las instrumentales se concluye que se encuentran fehacientemente acredi-

⁶⁰ Poder Judicial, Sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, de 14 de febrero de 2007, recaída en el Expediente N° 5342-2006 La Libertad.

⁶¹ Ministerio Público, Fiscalía Provincial Mixta de Amazonas-Yurimaguas, Acusación fiscal de 1/3/2010. Expediente N° 2009-0155-221602-JX-01-P.

⁶² *Ibidem*.

tados los cargos. El Ministerio Público ha solicitado once años de privación de libertad para Mario Bartolini Palombi, y diez años para los demás acusados.

Caso Bagua. El 5 de junio de 2009, las fuerzas policiales realizaron un operativo con la intención de desalojar a las personas que se encontraban en la denominada “Curva del Diablo” protestando contra un conjunto de decretos legislativos promulgados por el Poder Ejecutivo que afectaban el derecho al territorio de los pueblos amazónicos. Como consecuencia de este suceso, y el acontecido en la Estación 6 de Petro Perú, se produjo la muerte de 33 personas⁶³ y lesiones a otras 200, de las cuales 82 fueron causadas por armas de fuego.

Luego de los sucesos de Bagua, se abrieron procesos penales por delitos de secuestro agravado (lesiones y muerte), extorsión, disturbios, arrebato de arma-miento de uso oficial, motín y contra los medios de transporte público⁶⁴, en los que más de 80 personas, entre indígenas, dirigentes sociales y pobladores se encuentran involucrados por su sola participación en la protesta pacífica. Alberto Pizango, Santiago Manuin, entre otros dirigentes indígenas y sociales se encuentran procesados como autores mediatos de los presuntos delitos cometidos pretendiendo hacerlos responsables por todo lo ocurrido por su sola condición de dirigentes sociales.

Asimismo, en Lima se iniciaron procesos penales con mandato de detención a Alberto Pizango, Saúl Puerta Peña (actual Secretario Nacional de AIDASEP), Servando Puerta Peña (Dirigente de la Organización Regional de los Pueblos Indígenas del Norte del Perú, ORPIAN), Teresita Antazú López (presidenta de la Unión de Nacionalidades Ashaninkas y Yanesha) y Marcial Mudarra Taki por la presunta comisión de los delitos de apología de sedición y motín en agravio del Estado por el solo hecho de haber realizado una conferencia de prensa, con fecha 15 de mayo de 2009, en respaldo a la protesta pacífica⁶⁵.

Caso Majaz. En marzo de 2008, diversos dirigentes y pobladores de las comunidades campesinas Segunda y Cajas y Yanta, en Huancabamba, que se oponen al desarrollo de un megaproyecto minero dentro de sus territorios ancestrales, así como los representantes de las ONG que les brindan acompañamiento técnico, fueron denunciados por la presunta comisión de los delitos de terrorismo, tortura, disturbios, apología, asociación ilícita, motín, conspiración, lesiones graves, lesiones leves, coacción, secuestro, violación de domicilio, usurpación y daños. En concreto se les imputó ser autores de “acciones violentistas, que van desde el ajusticiamiento popular permanente en contra de campesinos”, hasta impedir “el libre tránsito con tranqueras, tomando plazas públicas, obligándolos a marchar para tomar y quemar campamentos mineros”.

En octubre de 2008, el Ministerio Público declaró no haber lugar a formalizar denuncia contra Javier Jahncke Benavente y otros 33 defensores del medio

⁶³ Según el Informe de la Defensoría del Pueblo, 23 efectivos de la Policía Nacional de Perú, 5 pobladores de Bagua y 5 pobladores de las Comunidades indígenas.

⁶⁴ Poder Judicial, Juzgado Penal de Bagua; y auto de apertura de instrucción del Primer Juzgado Penal de Utcubamba, 12/6/2009, recaído en el Expediente N° 2009-0194-01010/PJP01.

⁶⁵ Poder Judicial, Auto de apertura de instrucción del 37 Juzgado Penal de Lima, de 1 de julio de 2009.

ambiente “por falta de elementos de tipicidad, objetividad y subjetividad como elementos de los delitos de terrorismo y tortura”⁶⁶; y en agosto de 2009 se dio por consentida la resolución de no ha lugar⁶⁷.

Caso Freddy Palomino. El presidente del Frente de Defensa de Agricultores y Campesinos de la Selva Central, Freddy Palomino, enfrenta dos procesos penales. Uno, bajo el cargo de disturbios por haber convocado en 2008 junto con otros dirigentes sociales a una movilización pacífica por la derogatoria de los derechos legislativos que vulneran los derechos de los pueblos indígenas; y, otro por los delitos contra la paz pública, disturbios, apología al delito y por asociación ilícita para delinquir, a raíz de su participación en junio de 2009 en una movilización pública en solidaridad con lo ocurrido en Bagua.

Caso Andoas. En marzo de 2008, alrededor de 300 pobladores de la Comunidad Nativa del distrito de Andoas, encabezados por sus autoridades, iniciaron un paro en contra de la empresa Pluspetrol Norte SAC y sus subcontratistas, en el que reclamaban aumento de sueldos para los trabajadores kichwas y achuar. Según la imputación, los manifestantes tomaron el aeródromo del lugar e irrumpieron en las oficinas de la empresa apoderándose de medios de transporte que utilizaron para desplazarse a pueblos indígenas contiguos y convocarlos a unirse a la manifestación; posteriormente la policía logró recuperar el aeródromo; y un efectivo falleció por disparo de arma de fuego.

Saulo Sánchez Rodríguez y otro fueron procesados por la presunta comisión del delito de homicidio calificado, al tiempo que ellos dos junto con 25 personas más fueron incoados por lesiones graves, robo agravado, usurpación agravada, tenencia ilegal de armas, disturbios y violencia y resistencia a la autoridad⁶⁸.

El 10 de diciembre de 2009, el Poder Judicial dictó sentencia absolutoria⁶⁹, teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT relativo a los pueblos indígenas (los procesados pertenecían a las comunidades nativas kichwas y achuar), las características económicas, sociales y culturales de las comunidades nativas (conforme a la opinión de la Defensoría del Pueblo y la iglesia católica), la no criminalización de la protesta social (incapacidad del Estado para dar solución satisfactoria a las demandas de los sectores excluidos y máximo cuidado del Poder judicial para no socavar derechos), la no tipicidad de determinadas conductas atribuidas y la ausencia de pruebas de cargo.

Dicha resolución, además, en lo que atañe al delito de disturbios avanza en la precisión del elemento objetivo “reunión tumultuaria”. En efecto, luego de sostener que la prueba colectada acredita que las personas que participaron en la toma del aeródromo no se encontraba en una reunión tumultuaria, explica que “no toda reunión pública, aun en los casos de protesta social, implica la exis-

⁶⁶ Ministerio Público, Resolución de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Piura, de 17/9/2008.

⁶⁷ Ministerio Público, Resolución de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Piura, 11/8/2009, caso N° 115-2008.

⁶⁸ Poder Judicial, Resolución del Tercer Juzgado Penal de Maynas, 29/3/2008, recaída en el Expediente N° 006-2008.

tencia de un tumulto. Del mismo modo, el hecho que la Policía Nacional al momento de hacer desocupar la pista del aeródromo encontrase la resistencia de algunas personas, no hace del grupo humano reunido un tumulto. Precisando, un tumulto es sinónimo de revuelta, motín, alboroto, asonada, lo que de acuerdo a las pruebas actuadas no ha ocurrido”⁷⁰. Para seguidamente señalar que “siete personas no son una multitud”, y que haber obligado a alguien a apagar el generador de luz “no satisface el presupuesto de grave daño, ni el de violencia”.

Finalmente, y en lo que constituye su principal aporte, la sentencia declara que “la protesta de los miembros de la comunidad de Andoas y otras, está enmarcada dentro del derecho constitucional de petición, por lo que el hecho de haber participado en la ocupación de la pista de aterrizaje del aeródromo de Andoas y de algún acto de fuerza, no constituye delito debido a que el reclamo ante situaciones de real pobreza y falta de respuestas razonables del Estado, constituye un estado de necesidad justificante, contemplado en el inciso 4.a del artículo 20 del Código Penal”⁷¹.

IV. G. Cierre arbitrario de medios de comunicación

A todo lo anterior hay que añadir “las clausuras, suspensión de licencias o incautación de los equipos de transmisión de las emisoras radiales por parte del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quienes acompañados por el Ministerio Público, el ejército y la policía nacional han ingresado a los establecimientos de las emisoras clausuradas. Se ha registrado 20 casos de emisoras radiales que han sufrido estas medidas administrativas y judiciales, todas en situaciones de post conflicto sociales en las que las emisoras han intervenido ejerciendo su derecho a la libertad de expresión. El caso de Radio Cutivalú por el conflicto entre comunidades, minería y gobierno luego de consulta vecinal en Majaz; el caso de Radio La Voz de Bagua, el caso de radio Horizonte de Chachapoyas, estación Oficial de la Diócesis de Chachapoyas y el de la radio y TV Oriente de propiedad del Vicariato Apostólico de Yurimaguas, estas últimas luego de los sucesos de Bagua”⁷².

Caso Radio La Voz (Bagua). Informó con objetividad e independencia los sucesos del 5 de junio de 2009. El gobierno la acusó “de haber supuestamente azuzado a la violencia a los indígenas awajun con informaciones falsas y magnificadas”⁷³ y por ello la clausuró y anuló su licencia de funcionamiento. La falsedad de la imputación se demuestra en el hecho que la pequeña radio no se escucha en el lugar en el que se encontraban los awajun supuestamente irritados.

Radio Caplina, Radio Uno y Radio Cutivalú. Informaron de manera independiente sobre los conflictos sociales y por ello sufrieron intentos de clausura

⁶⁹ Poder Judicial, Sentencia de la Segunda Sala Penal de Loreto, de 10/12/2009, recaída en el Expediente N° 2008-00109-0-1903-SP-PE-2.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, nota 19.

⁷³ Instituto de Defensa Legal, Situación de la libertad de expresión en el Perú, citada.

o impedimento de renovación de licencias de funcionamiento. Esta es una muestra de cómo el gobierno recurre a la “manipulación arbitraria de los procedimientos administrativos para conceder o renovar las licencias de funcionamiento: si una radioemisora se vuelve demasiado incómoda para el régimen, entonces su solicitud de renovación de licencia es demorada o denegada y si ya le fue anteriormente concedida, se busca cualquier excusa administrativa para anular dicha autorización”⁷⁴.

Por cierto, la CIDH señaló que “el grave problema del otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley”⁷⁵.

IV. H. Hostilización a ONG que acompañan la protesta social

Otro rasgo de la criminalización de la protesta social está relacionado con la hostilización que sufren las organizaciones no gubernamentales que acompañan a quienes hacen uso legítimo de su derecho a la protesta. No se trata esta vez de la persecución contra los miembros de dicha entidades sino que la acción del Estado se dirige contra la entidad misma, tratando de limitar su accionar o simplemente de acallarla.

En ese entendido, podemos señalar el proyecto de ley 2666-2008 que abre la posibilidad de que la Agencia Peruana de Cooperación Internacional imponga como sanción la cancelación temporal del registro de la entidad; y también el proyecto de ley 2872-2008 que plantea modificaciones a la forma de disolución de sociedades y fundaciones.

No olvidemos las fiscalizaciones que realiza la APCI sobre las entidades que curiosamente respaldan los actos de protesta social o los acompañan, que se realizan contemporáneamente a los hechos. Tampoco que en octubre de 2009, el gobierno solicitó la disolución de Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (AIDSESP) por supuestamente “promover hechos contrarios al orden público”.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de principios sobre libertad de expresión, 2002.

Carlos Ayala Corao

La criminalización de la protesta en Venezuela

I. Problemática

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela garantiza a los ciudadanos y ciudadanas¹ el *derecho a manifestar* en el artículo 68, en los siguientes términos:

“Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a manifestar, pacíficamente y sin armas, sin otros requisitos que los que establezca la ley.

Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas. La ley regulará la actuación de los cuerpos policiales y de seguridad en el control del orden público”².

Este derecho a manifestar está íntimamente vinculado con el derecho de toda persona de reunirse “pública o privadamente, sin permiso previo, con fines lícitos y sin armas”³; el derecho de los ciudadanos y ciudadanas de “participar libremente en los asuntos públicos”⁴ y el derecho de toda persona “a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas u opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura”⁵. Esa norma constitucional sobre el derecho a manifestar contiene de seguidas una cláusula vaga por imprecisa sobre las responsabilidades ulteriores, al expresar: “Quien haga uso de este derecho asume plena responsabilidad por todo lo expresado”.

Las normas constitucionales sobre el derecho a manifestar son complementadas y reforzadas por las normas internacionales correspondientes al derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión y los derechos políticos, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ y en el

¹ De conformidad con el art. 39 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV), la ciudadanía se ejerce por los nacionales en las siguientes condiciones: “Los venezolanos y venezolanas que no estén sujetos o sujetas a inhabilitación política ni a interdicción civil, y en las condiciones de edad previstas en esta Constitución, ejercen la ciudadanía; en consecuencia, son titulares de derechos y deberes políticos de acuerdo con esta Constitución”.

² Art. 68, CRBV.

³ Art. 53, CRBV.

⁴ Art. 62, CRBV.

⁵ Art. 57, CRBV. Este artículo establece a su párrafo siguiente las prohibiciones: “No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.

⁶ Ratificada por la República de Venezuela el 23/6/1977 (Convención Americana), publicada en la Gaceta Oficial N° 31.256 del 14/6/1977. Los derechos humanos arriba citados están contenidos en los arts. 13, 15 y 23 de la Convención Americana.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷, los cuales como tratados sobre derechos humanos tienen en Venezuela en el derecho interno “jerarquía constitucional”⁸, además de los derechos contenidos en ella⁹.

No obstante la generosa regulación constitucional del derecho a la manifestación pública o a la protesta, en la práctica sufre una serie de restricciones derivadas de la aplicación amplia a quienes lo ejercen, de delitos consagrados en la legislación penal. En este sentido, conforme a los estudios llevados a cabo en los últimos años, el Ministerio Público, los tribunales penales y los cuerpos de seguridad consolidan un “triángulo de poder” utilizado para intimidar judicialmente a quienes manifiestan¹⁰. Además, como se explicará a continuación, ciertas leyes recientemente aprobadas, incluida la reforma del Código Penal (CP) en 2005, han consagrado nuevos tipos penales que están siendo aplicados a manifestantes pacíficos, criminalizando de esta forma el ejercicio de su derecho a manifestar.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión), en el *Informe sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela* publicado en febrero de 2010, expresó su preocupación por la aplicación de estos tipos penales a quienes manifiestan pacíficamente, no sólo por configurar una restricción al derecho a manifestar, sino además, por su efecto disuasivo para el ejercicio de este derecho ciudadano¹¹:

“La Comisión observa con preocupación cómo en Venezuela la respuesta institucional a las manifestaciones pacíficas se ha caracterizado por la *criminalización de la protesta social a través de la persecución penal a las personas involucradas, desvirtuando la aplicación de las leyes punitivas del Estado*. Esta situación resulta de particular preocupación en tanto *la represión y las penas privativas de la libertad para las personas que participan en acciones de protesta tienen por efecto inducir a los actores sociales a no participar en manifestaciones pacíficas*” (resaltados añadidos).

En este sentido, para organizaciones no gubernamentales de derechos humanos de Venezuela, es indudable que a partir de la aprobación de la reforma del CP de 2005 se incrementó la penalización y la persecución penal de manifestantes¹².

En efecto, en los últimos once años, el primer antecedente registrado de esa penalización por manifestar pacíficamente en una vía pública, en un espacio

⁷ Ratificado por la República de Venezuela el 10/5/1978 (PIDCP). Los derechos humanos arriba citados están contenidos en los arts. 18, 19, 21 y 25 del PIDCP.

⁸ Art. 23, CRBV.

⁹ Art. 22, CRBV.

¹⁰ PROVEA, *Informe Octubre 2008-septiembre 2009*, Caracas, 2009, p. 301, disponible en www.derechos.org/ve/informes-anales/informe-anual-2009 (última visita el 21/4/2010).

¹¹ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela*, 2009. Puede consultarse en www.cidh.org o www.cidh.oas.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09CAPIISP.htm# (última visita el 21/4/2010), capítulo relativo al derecho a la protesta pacífica.

¹² Espacio Público, *Criminalización, penalización y represión a la protesta social en Venezuela 1997-2007*, Caracas, 2007, p. 8.

público que poco antes había sido clasificado como parte de una de las zonas de seguridad de Caracas¹³, fue el caso de Carlos Alfonso Martínez, general retirado de la Guardia Nacional, quien mientras se encontraba en una manifestación pacífica fue detenido el 30 de diciembre de 2002 y procesado penalmente, como se explicará más adelante.

Pero luego de ese primer incidente aislado, en Venezuela en los últimos cinco años se registraron más de 2240 manifestantes sometidos a procesos penales, los cuales en casi su totalidad poseen diversas medidas restrictivas, sustitutivas de la prisión preventiva¹⁴. Sólo en el año 2009, se contabilizaron 3297 manifestaciones públicas, de las cuales 194 fueron reprimidas por cuerpos de seguridad del Estado y en ellas se detuvieron a 754 manifestantes¹⁵. Las organizaciones de derechos humanos, Espacio Público y Provea, en el informe *Manifestaciones Públicas* donde se estudió el período de enero a diciembre de 2009, afirman que para la represión de las manifestaciones públicas en Venezuela “se vienen aplicando [por parte del Ministerio Público] los artículos 191, 218, 283, 285, 286, 357, 358 y 468 del CP, los artículos, 47 y 56 de La Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, los artículos 139 y 141 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, así como los artículos 24 y 25 de la Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, el Boicot y Cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de Alimentos o Productos sometidos al Control de Precios”¹⁶.

Vista esta problemática, en el presente trabajo se verá, primeramente, un análisis de los tipos penales relevantes en la criminalización de protesta y su interpretación jurisprudencial por el Tribunal Supremo de Justicia; luego, se indicará la problemática de las medidas cautelares impuestas a los manifestantes; seguidamente, se establecerán algunos de los conflictos que éstas medidas presentan con el ejercicio de la libertad reexpresión; y por último, se plantearán algunas conclusiones.

II. Análisis de los tipos penales relevantes en la criminalización de protesta. Interpretación jurisprudencial por el Tribunal Supremo de Justicia

Los tipos penales usados para la criminalización de la protesta son fundamentalmente los incluidos en las siguientes leyes: Código Penal, Ley Orgánica de Seguridad y Defensa de la Nación, Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios y Ley Especial de Defensa Popular contra el Acaparamiento, la Especulación, el Boicot y Cualquier otra Conducta que Afecte el Consumo de los Alimentos o Productos Sometidos a Control de Precios.

¹³ Sobre este tema de las zonas de seguridad, ver, Ayala Corao, Carlos M., “Las inconstitucionalidades del Régimen Jurídico de las Zonas de Seguridad decretadas en Caracas”, en *El derecho Público a comienzos del siglo XXI: estudios en homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, t. III, Civitas, Madrid, 2003.

¹⁴ PROVEA, *Informe Octubre 2008-septiembre 2009*, cit., p. 301.

¹⁵ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, Caracas 2009, p. 7.

¹⁶ Ídem, p. 10.

A continuación se indicará el artículo donde se establece el tipo delictivo de la ley relevante, su pena, la fecha de inclusión del delito, el tipo de acción y su procedimiento. Adicionalmente se hará referencia a la interpretación jurisprudencial que haya hecho el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ).

II. A. Código Penal¹⁷

II. A. 1. Los delitos de vilipendio u ofensas al Presidente de la República, y a otros funcionarios públicos e instituciones, tipificados en los artículos 147, 148 y 149 del Código Penal

a) Ofensas al Presidente de la República

“Art. 147. Quien ofendiere de palabra o por escrito, o de cualquier otra manera irrespetare al Presidente de la República a quien esté haciendo sus veces, será castigado con prisión de seis a treinta meses si la ofensa fuera grave, y con la mitad de ésta si fuere leve.

La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiera hecho públicamente”.

El tipo penal previsto en el artículo 147 del CP establece el *delito de ofensas al Jefe de Estado y de Gobierno*, en el cual, a diferencia de la difamación o injuria¹⁸, no se especifica “en qué” debe consistir la ofensa, sino que sólo se refiere a quien ofendiere de palabra o por escrito o cualquier otra manera¹⁹. Se consagra una *pena de prisión de 6 a 30 meses*, si la ofensa fuere *grave*; y con la mitad de esta pena, si aquella fuere *leve*. La pena se aumentará en una tercera parte si la ofensa se hubiere hecho públicamente.

Este delito como existe actualmente fue producto de la reforma del CP en el año 2005²⁰. En el CP anterior, este delito se encontraba consagrado en el artículo 148²¹ e incluía, además de la protección del Presidente, la de las Cámaras Legislativas o el Presidente de la Corte Suprema de Justicia. Estos otros sujetos pasivos –junto con otros nuevos– fueron incluidos en la protección del nuevo artículo 148.

El Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia del 19 de agosto de 2006, en el caso “Película Secuestro Express”, se refirió al artículo 147 del CP,

¹⁷ Con la reforma del año 2005, publicado en la Gaceta Oficial N° 5768 extraordinaria del 13/4/2005. Antes de esta reforma, el Código Penal había sido modificado en el año 2000, publicado en la Gaceta Oficial N° 5494 extraordinaria del 20/9/2000; en el año 1964, publicado en la Gaceta Oficial N° 915 extraordinaria del 30/6/1964 y en el año 1958, publicado en la Gaceta Oficial N° 25.777 del 4/9/1958. Este CP había sido originalmente aprobado en 1926, publicado en la Gaceta Oficial N° extraordinario de fecha 17 de agosto de 1926, fecha en la cual quedó derogado el Código Penal de 1915.

¹⁸ Consagrado en los arts. 442 y 444 del CP.

¹⁹ Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código Penal de Venezuela*, vol. III, t. I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1995, p. 265.

²⁰ Publicada en la Gaceta Oficial extraordinaria N° 5768 del 13/4/2005.

²¹ Publicado en la Gaceta Oficial N° 915 del 30/6/1964.

relativo a las *ofensas a los jefes de gobierno*, y estableció que “dicho delito establece a un sujeto en particular como víctima y que es el Presidente de la República, quien no es la sociedad civil o la comunidad, a pesar que como ciudadanos debamos sentir respeto y podamos estar ofendidos ante el irrespeto que se haga en contra del máximo jerarca del Ejecutivo Nacional”²².

b) Ofensas a otras altas autoridades del Estado

“Art. 148. Cuando los hechos especificados en el artículo precedente se efectuaren contra la persona del Vicepresidente Ejecutivo de la República, de alguno de los Magistrados o Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, de un Ministro del Despacho, de un Gobernador de estado, de un diputado o diputada de la Asamblea Nacional, del Alcalde Metropolitano, o de algún rector o rectora del Consejo Nacional Electoral, o del Defensor del Pueblo, o del Procurador General, o del Fiscal General o del Contralor General de la República, o de algún miembro del Alto Mando Militar, la pena indicada en dicho artículo se reducirá a su mitad, y a su tercera parte si se trata de los alcaldes de los Municipios”.

El tipo penal previsto en el artículo 148 del CP establece el *delito de ofensas a otras altas autoridades* contenidas en esta norma y consagra una *pena de prisión reducida a la mitad de la que establece el artículo anterior (6 meses a 30 meses)* y la reducción a una tercera parte si se tratase de los Alcaldes de los Municipios.

Anteriormente, en el CP de 2005 consagraba este delito en varios artículos y con diferentes cálculos para la pena. A saber, el artículo 148 relativo a las ofensas al Jefe de Gobierno también protegía a los Presidente de las Cámaras Legislativas y del Tribunal Supremo de Justicia y se establecía una pena de 4 meses a 2 años. Actualmente, el tipo penal protege a más miembros del Gobierno u otras autoridades del Estado, como lo son los miembros del Consejo Nacional Electoral, el Defensor del Pueblo, el Procurador General, el Fiscal General y el Alto Mando Militar. Adicionalmente, el cómputo de la pena se establece con relación a la pena establecida para el delito de ofensa al Presidente de la República (prisión de 6 a 30 meses) la cual se reducirá a su mitad.

²² TSJ, Sala Constitucional, 10/8/2006, Sentencia N° 1612, Expte. N° 05-1855, Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón. Sentencia relativa a la acción de Amparo interpuesta por el ciudadano Juan Ernesto Garantón Hernández, referente a la película *Secuestro express*, la cual se exhibió en el ámbito nacional e internacional (formato digital, 2005). Esta acción de amparo fue ejercida, según lo señalado por el accionante, por la presunta violación a los derechos constitucionales establecidos en los arts. 1, 3, 8, 57, 60, 101, 108 y 130 de la Constitución vigente, junto con los arts. 147, 283 y 285 del CP, así como del art. 41 de la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, sobre el carácter del Estado y derechos de la Nación, los fines del Estado, los símbolos patrios, la libertad de expresión, el honor y la privacidad, las obligaciones del Estado sobre la información cultural, los medios de comunicación y formación ciudadana, y el deber de honrar y defender a la patria. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1612-100806-05-1855.htm (última visita el 23/4/2010).

c) Vilipendio contra las instituciones

“Art. 149. Cualquiera que vilipendiaré públicamente a la asamblea nacional, al tribunal supremo de Justicia o al Gabinete o consejo de ministros, así como a los consejos legislativos de los estados o alguno de los tribunales superiores, será castigado con prisión de quince días a diez meses”.

En la mitad de dicha pena incurrirán los que cometieren los hechos a que se refiere este artículo, con respecto a los Concejos Municipales.

La pena aumentará proporcionalmente en la mitad, si la ofensa se hubiere cometido hallándose las expresadas Corporaciones en ejercicio de sus funciones oficiales.

El tipo penal previsto en el artículo 149 del CP establece el *delito de vilipendio político a instituciones*, que consiste en “todo hecho, escrito o expresión verbal que signifique desprecio hacia los cuerpos protegidos”²³, y consagra una *pena de prisión de quince días a diez meses* en el caso de vilipendio a instituciones nacionales y estatales; una reducción de la mitad en el caso de instituciones municipales y un aumento de la mitad si se trata de corporaciones en ejercicio de funciones estatales.

d) La interpretación constitucional en “contravía”

Con relación a estos delitos de vilipendio y las ofensas al Presidente de la República y a otros funcionarios públicos e instituciones, consagrado en los artículos 147, 148 y 149 del CP –conocidos también en otros países de América Latina como “leyes de desacato”–, llama la atención que ellos, teniendo su origen en los Códigos Penales venezolanos de 1915 y 1926, en lugar de haber sido derogados o anulados en la reforma del año 2005, fueron ampliados legislativamente y convalidados constitucionalmente por el TSJ, en violación a la doctrina y la jurisprudencia internacional²⁴. Además, resulta increíble que en su convalidación constitucional en el derecho interno, el TSJ haya forzado una interpretación abiertamente regresiva en una sociedad democrática contemporánea y en contravía de la jurisprudencia constitucional comparada.

El 15 de julio de 2003, la Sala Constitucional del TSJ dictó la Sentencia 1942²⁵, mediante la cual convalidó en el derecho interno, entre ellos, las “leyes de

²³ Grisanti A., Hernando, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª ed., Vadell Hermanos, 2009, p. 1159.

²⁴ TSJ, Sala Constitucional, 15/7/2003, Sentencia N° 1942, Expte. N° 01-0415, Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1942-150703-01-0415.htm (última visita el 23/4/2010).

La sentencia 1942 se refiere a la decisión de la acción de inconstitucionalidad contra varios artículos del Código Penal, entre los cuales se encuentran los delitos de ofensas a funcionarios y vilipendio conocidos como leyes de desacato. Seguimos lo expuesto en Ayala Corao, Carlos, “Las leyes de desacato en Venezuela”, en Espacio Público, *Situación del Derecho a la Libertad de Expresión en Venezuela. Informe 2004*, Caracas, 2005, ps. 193-226.

²⁵ El texto completo se puede encontrar en: www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1942-150703-01-0415.htm (última visita el 23/4/2010).

desacato”²⁶. Para llevar a cabo esta interpretación, el TSJ tuvo que echar mano a argumentos que recuerdan la *razón de Estado*, tales como la protección de la “seguridad nacional”, el “orden público,” las “Fuerzas Armadas”, los “órganos de seguridad”, la “protección de la salud,” la “moral pública,” la protección del “Estado,” el “honor y la reputación de los funcionarios públicos”, la “defensa de las instituciones”, la “reputación de los cuerpos políticos, administrativos y judiciales”, el “honor, reputación y decoro de una persona encargada de un servicio público” y la “protección del servicio público” en sí mismo. Dejemos que sea la sentencia la que nos lo exprese en sus propias palabras con las que justificó la constitucionalidad de las leyes de desacato en Venezuela en pleno siglo XXI²⁷:

“En consecuencia, lo que debilite, atente o enerve los fundamentos de la seguridad nacional, conforme al artículo 13.2 aludido, puede generar responsabilidad, si es que las acciones en ese sentido provienen del ejercicio de la libertad de expresión. Toda expresión que busque debilitar a las Fuerzas Armadas y a los órganos de seguridad ciudadana, como elementos de la seguridad de la nación, pueden igualmente producir responsabilidades legales.

En tercer lugar, las expresiones que atenten contra el orden público, también pueden generar responsabilidad de quien las emite, responsabilidad que puede ser civil, penal, administrativa, disciplinaria, etc.

En cuarto lugar, la protección de la salud, física o mental, permite exigir responsabilidades a quien abusando de la libertad de expresión, incite al consumo de sustancias de cualquier clase que dañen la salud, o que debilite o enerve campañas sanitarias, o que atente contra la salud mental de la población o de sectores de ella y hasta de particulares, generando histeria, odio, depresiones, sentimientos de intolerancia, adicciones y otros sentimientos afines.

(...) Asentados los anteriores criterios, pasa la Sala a analizar las supuestas inconstitucionalidades de las normas impugnadas:

Los artículos 148 y 149 del Código Penal son del tenor siguiente:...

Las normas antes transcritas prevén las ofensas e irrespetos de palabra o por escrito, o de cualquier manera, dirigidas contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, el Presidente de la Asamblea Nacional o del Tribunal Supremo de Justicia (artículo 148), así como contra los gobernadores, Ministros, Vicepresidente Ejecutivo de la República, Alcalde Mayor del Distrito Metropolitano, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, Presidentes de Consejos Legislativos de los Estados y Jueces Superiores” (resaltados añadidos).

En un párrafo que sigue, de manera sorprendente, el TSJ define el objeto del tipo delictivo de ofensas al Presidente de la República, llegando a extremos que recuerdan por decir lo menos, la relación feudal de los siervos de la gleba con los señores feudales, en lugar de los ciudadanos de una democracia del siglo XXI:

²⁶ Sobre el particular seguimos lo expuesto anteriormente en Ayala Corao, Carlos, “La sentencia 1942 vs la Protección Internacional de la Libertad de Expresión”, en AA.VV., *Sentencia 1942 vs libertad de expresión*, Caracas, 2003.

²⁷ TSJ, Sala Constitucional, 15/7/2003, Sentencia N° 1942 citada.

“Ofender es humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien; mientras que irrespetar es no tener consideración o deferencia con alguien que, por su condición merece acatamiento, veneración u otros sentimientos similares.

Las expresiones y mensajes que buscan que las personas públicas, señaladas en ambas normas, cumplan con sus deberes legales no pueden ser consideradas ni ofensivas ni irrespetuosas, así el lenguaje utilizado sea duro; pero el ataque personal denigrante dirigido contra las personas que la norma señala, y que por sus cargos conforman la cúpula del Estado, que atropella la dignidad de esos sujetos (determinada conforme a máximas de experiencia comunes), y que presenta públicamente a los dignatarios del Estado –en lo personal– como seres indignos, tiende a debilitar las funciones que ejercen, al menos ante la opinión pública, pudiendo crear estados de preanarquía.

Interpretando las normas en el sentido expuesto en el capítulo anterior, y al que se hizo referencia como la interpretación que se adapta a la Constitución, ninguno de los artículos impugnados colide contra la libertad de expresión o información, ya que se trata de normas que exigen responsabilidad personal a quienes incitan a acciones ilegales contra los sujetos de las normas, que afectan al respeto que merecen como personas (seres humanos), lo que a su vez asienta el respeto por las instituciones, evitando que se afecte la moral pública; porque unas instituciones dirigidas por personas contra las que se potencia el odio, sin razones fácticas serias que lo sustente, entorpece socialmente la labor de las instituciones que dirigen o a las que pertenecen. Los artículos 148 y 149 del Código Penal tratan una doble protección: a la persona humana y al cargo, con el fin de no debilitar al Estado.

Epítetos sin hechos concretos que los fundamenten, desligados del ‘juego’ político, con intenciones aviesas, son nocivos para el Estado y mal pueden evadir sus autores las responsabilidades que el artículo 13 del Pacto de San José y los artículos 57 y 58 constitucionales, previenen.

Por lo tanto, ambas normas no coliden con la Constitución y el citado artículo 13, y así se declara” (resaltados añadidos).

La Sentencia 1942 del TSJ igualmente define el objeto de tipo penal del vilipendio de instituciones, de manera que, en cierto modo, resulta abiertamente restrictiva y contraria a la libertad de expresión en una sociedad democrática, al colocar a aquellas no sólo por encima del debate abierto y plural, sino como un coto a este:

“También se impugnó el artículo 150 del Código Penal, que es del tenor siguiente:... El denigrar públicamente a las instituciones (vilipendio) puede perseguir su debilitamiento con fines de desprestigio, para así lograr un desacato colectivo a lo que ellas –conforme a la ley– deban obrar o cumplir.

El vilipendio, como parte de un plan o de un movimiento tendente a la desobediencia pública, al caos, a quebrar el orden o la moral pública, no puede ser tolerado por el Estado, ya que, con tal tolerancia, podría estar jugándose su subsistencia.

Una cosa es la crítica fundada en hechos que se exponen, lo cual es aceptable en una sociedad democrática, y que permite a la institución, según sus estrategias, callar o defenderse ante ellas, y otra es el vilipendio como arma para destruir las instituciones del Estado. Éste no puede estar inerme ante esos ataques y, desde ese ángulo de visión del problema, el vilipendio subversivo puede ser penalizado para que el artículo 2 constitucional se cumpla.

En ese sentido, el artículo 150 del Código Penal no colide con la Constitución en sus artículos 57 y 58, ni con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de mecanismos legales de defensa del Estado democrático y sus poderes, y así se declara” (resaltados añadidos).

La doctrina de la validez constitucional de las leyes de vilipendio o desacato había tenido su origen dos años antes en la Sentencia 1013 del mismo TSJ en Sala Constitucional. En efecto, la Sentencia 1013 en diversos párrafos, tanto expresa como implícitamente, había dado por válidas las leyes que penalizan la libertad de expresión, particularmente los delitos de vilipendio, difamación e injuria²⁸. Sobre este particular, al referirse expresamente a las responsabilidades ulteriores a que está sometida la libertad de expresión, la Sentencia afirmó como doctrina “vinculante” que ellas incluyen los delitos mencionados²⁹:

“Puede suceder que, con lo expresado se *difame o injurie* a alguien (artículos 444 y 446 del Código Penal); o se *vilipendie a funcionarios o cuerpos públicos* (artículos 223 y 226 del Código Penal); o se ataque la reputación o el honor de las personas, lo que puede constituir un hecho ilícito que origine la reparación de daños materiales y morales, conforme al artículo 1196 del Código Civil; o puede formar parte de una *conspiración nacional o internacional, tipificada como delito* en el artículo 144 del Código Penal; o puede ser parte de una campaña destinada a fomentar la competencia desleal, o simplemente a causar daños económicos a personas, empresas o instituciones. Éstos y muchos otros delitos y hechos ilícitos pueden producir la ‘libertad de expresión’; de allí que el artículo 57 constitucional señale que quien ejerce dicho derecho, asume plena responsabilidad por todo lo expresado, responsabilidad, que al menos en materia civil, puede ser compartida, en los casos de comunicación masiva, por el que pudiendo impedir la difusión del hecho dañoso, la permite, convirtiéndose en coautor del hecho ilícito, conforme a lo previsto en el artículo 1.195 del Código Civil. En otras palabras, la libertad de expresión, aunque no está sujeta a censura previa, tiene que respetar los derechos de las demás personas, por lo que su emisión genera responsabilidades ulteriores para el emisor, en muchos casos compartidas con el vehículo de difusión, sobre todo cuando éste se presta a un *terrorismo comunicacional*, que busca someter al desprecio público a personas o a instituciones, máxime cuando lo difundido no contiene sino denuestos, insultos y agresiones que no se compaginan con la discusión de ideas o conceptos” (resaltados añadidos).

Más adelante, la Sentencia 1013 pronunció una especie de *nihil obstat* genérico de las sanciones penales a las responsabilidades ulteriores de la libertad de expresión y dejó sentado lo siguiente:

“En relación con dicha libertad de expresión y sus efectos, no está previsto en ninguna de las normas comentadas, el derecho de réplica o de rectificación por parte de quien se considere perjudicado, ya que quien emite una opinión se hace responsable de ella, y los daños que cause o *los delitos que cometa por lo expresado (en público o*

²⁸ TSJ, Sala Constitucional, 12/6/2001, Sentencia N° 1013, Expte. N° 00-2760, Magistrado Ponente Jesús Eduardo Cabrera. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1013-120601-00-2760%20.htm (última visita el 23/4/2010). Sobre la sentencia ver nuestro estudio: Ayala Corao, Carlos M., “Comentarios sobre la incompatibilidad de la sentencia 1013 con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *La Libertad de Expresión Amenazada Sentencia 1013*, San José/Caracas, 2001; además seguimos lo expuesto por nosotros, entre otros, en la obra: Ayala Corao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, México, 2003, ps. 119-128.

²⁹ TSJ, Sala Constitucional, 12/6/2001, Sentencia N° 1013 citada.

en privado) darán lugar a las acciones penales, civiles o de otra naturaleza a que haya lugar” (resaltados añadidos).

Para llegar a su *dictum* sobre las leyes de desacato, la Sentencia 1942 desconoció las obligaciones derivadas de los tratados relativos a derechos humanos y el sistema internacional de protección de la persona humana. De allí que esta sentencia haya sido objeto de críticas por parte de organismos internacionales de derechos humanos como la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA³⁰, diversos abogados y académicos, periodistas y medios de comunicación social³¹, humoristas y organizaciones no gubernamentales de derechos humanos.

e) La naturaleza de la acción penal

El tipo de acción aplicable a estos delitos puede ser considerado como *mixto*³², es decir, el modo de proceder es el requerimiento de parte u órgano ofendido al Ministerio Público para que éste ejerza la acción penal³³, la cual sigue el procedimiento ordinario, como lo establece el artículo 26 del Código Orgánico Procesal Penal (COPP)³⁴.

“Art. 151. El enjuiciamiento por los hechos de que hablan los artículos precedentes no se hace lugar sino mediante requerimiento de la persona o cuerpo ofendido, hecho por conducto del Representante del Ministerio Público, ante el Juez competente (delitos consagrados en los artículos 148, 149 y 150)”.

Por lo tanto, el requerimiento de parte u órgano ofendido es un modo de proceder autónomo, estos modos de proceder existen “en aquellos casos en los cuales se necesita una intimación por parte de una víctima calificada hacia el Ministerio Público, para que este ente pueda iniciar una investigación en aquellos delitos que no son de acción pública ni dependientes de instancia de parte, pero que deben ser procesados, de igual manera, por el procedimiento ordina-

³⁰ Comunicado de Prensa 85/03, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El relator Especial para la Libertad de Expresión lamenta decisión del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela que convalida las leyes de desacato* (16/7/2003).

³¹ Ver entrevistas y noticias aparecidas en los principales diarios de circulación nacional en Venezuela como son: *El Universal*, www.eud.com; *El Nacional*, www.el-nacional.com y *Tal Cual*, www.talcualdigital.com.

³² “Esta disposición quita el carácter pública de la acción, en el sentido de que los particulares no pueden acusar; y le da un carácter casi privado. Decimos, casi privado, porque con la sola solicitud hecha por medio el Representante del Ministerio Público, la causa sigue su curso; pero si la persona o cuerpo ofendido no hacen tal solicitud no se puede incoar el juicio”, en Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código Penal de Venezuela*, vol. III, t. II, cit., p. 305.

³³ Art. 151, CP.

³⁴ Art. 26, COPP: “Los delitos que sólo pueden ser enjuiciados previo requerimiento o instancia de la víctima se tramitarán de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública. La parte podrá desistir de la acción propuesta en cualquier estado del proceso, y en tal caso se extinguirá la respectiva acción penal”.

rio”³⁵. Es tan necesario el requerimiento, que mientras estos altos funcionarios no soliciten al Fiscal del Ministerio Público la investigación correspondiente, los delitos consagrados en los artículos 147 al 149 no pueden ser enjuiciados³⁶.

II. A. 2. El delito de impedimento del trabajo, tipificado en el artículo 191 del Código Penal

“Art. 191. Cualquiera que, por medio de violencias o amenazas, restrinja o suprima, de alguna manera, la libertad del comercio o de la industria, será castigado con prisión de uno a diez meses”.

El tipo penal consagrado en el artículo 131 del CP establece *el delito de impedimento del trabajo*, el cual consagra una *pena de prisión de uno a diez meses* en caso de su trasgresión. Para la doctrina venezolana³⁷, “el hecho que la libertad del trabajo sea una manifestación de la libertad individual no obsta a que se confiera autonomía a la clase de los delitos que, especialmente, atentan contra ella. No es redundante la previsión concreta de tales delitos, porque el legislador nunca será excesivo en sus empeños para asegurar la tutela de ese bien supremo, que es la libertad del trabajo”.

Es importante destacar que la “violencia” a la que se refiere este artículo puede recaer sobre las personas o las cosas, por el contrario, las amenazas sólo pueden recaer sobre las personas³⁸. A los fines de este delito, no se toma en cuenta la finalidad de los sujetos activos, es decir, si se está persiguiendo un fin político, económico o de reivindicaciones³⁹.

Finalmente, este delito es de acción pública, por lo cual, es perseguido únicamente de oficio por el Ministerio Público.

II. A. 3. El delito de resistencia a la autoridad, tipificado en el artículo 218 del Código Penal

“Art. 218. Cualquiera que use de violencia o amenaza para hacer oposición a algún funcionario público en el cumplimiento de sus deberes oficiales, o a los individuos que hubiere llamado para apoyarlo, será castigado con prisión de un mes a dos años. La prisión será:

³⁵ TSJ, Sala Constitucional, 1/11/2006, Expte. N° 06-1140, Sentencia N° 1906, Magistrado Ponente Carmen Zuleta de Merchán. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1906-011106-06-0933.htm (última visita el 23/4/2010).

³⁶ Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código Penal de Venezuela*, vol. III, t. II, cit., ps. 305.

³⁷ Grisanti, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit., p. 653, citando a Gómez, Eusebio, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1940, p. 459.

³⁸ Ídem, ps. 654.

³⁹ Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, *Código Penal de Venezuela*, vol. III, cit., p. 366.

1. Si el hecho se hubiere cometido con armas blancas o de fuego, de tres meses a dos años.
2. Si el hecho se hubiere cometido con armas de cualquier especie, en reunión de cinco a más personas, o en reunión de más de diez personas sin armas y en virtud de algún plan concertado, de uno a cinco años.
Si el hecho tenía por objeto impedir la captura de su autor o de alguno de los parientes cercanos de éste, la pena será de prisión de uno a diez meses, o de confinamiento que no baje de tres meses, en el caso del aparte primero del presente artículo. En el caso del número primero se aplicará la pena de prisión de dos a veinte meses, y en el caso del número segundo, de seis a treinta meses.
3. Si la resistencia se hubiere hecho sin armas blancas o de fuego a Agentes de la Policía, tan sólo eludiendo un arresto que los propios Agentes trataran de realizar por simples faltas en que hubiere incurrido el reo, la pena será solamente de uno a seis meses de arresto.

El tipo penal previsto en el artículo 218 del CP establece el *delito de resistencia a la autoridad*, el cual consagra una *pena de prisión de un mes a dos años*, adicionalmente se establecen atenuantes y agravantes con diferentes penas.

Este delito se considera de mayor gravedad que los establecidos en el mismo capítulo II del libro segundo del CP en lo relativo a *la violencia y la resistencia a la autoridad*, en efecto, “es más delicado y más grave el hecho de impedir que las autoridades cumplan sus deberes, que obligarlas, por medio de amenazas o por la violencia a hacer algo que no deban”⁴⁰.

El delito se consuma con el simple hecho de haberse usado la violencia, sin importar el resultado, es decir, si se incumplió o no el deber oficial por parte del funcionario público⁴¹. Este delito es de acción pública, es decir, únicamente puede ser perseguido de oficio por el Ministerio Público.

II. A. 4. El delito de instigación pública a delinquir, tipificado en el artículo 285 del Código Penal

“Art. 285. Quien instigare a la desobediencia de las leyes o al odio entre sus habitantes o hiciere apología de hechos que la ley prevé como delitos, de modo que ponga en peligro la tranquilidad pública, será castigado con prisión de tres años a seis años”.

El tipo penal previsto en el artículo 285 del CP establece el *delito de instigación a delinquir* el cual consagra una *pena de prisión de 3 a 6 años* en caso de su trasgresión. Los hechos que se castigan en este delito son tres: instigar públicamente a la desobediencia de las leyes, instigar al odio de unos habitantes contra otros y hacer apología de un hecho que la ley prevé como delito. En virtud del requisito de que estos hechos pongan en peligro la tranquilidad pública, debe entenderse que deben ser llevados a cabo también en público.

⁴⁰ Ídem, vol. IV, cit., p. 174.

⁴¹ Ídem, p. 176.

Para la doctrina, “el hecho que es objeto de tal defensa o alabanza ha de estar previsto en la ley como delito”. Esto quiere decir que no incurrirá en conducta punible quien haga la apología de un hecho señalado en la ley como falta. Y tampoco, desde luego, quien defienda o elogie un hecho que no tenga carácter ni de uno ni de la otra⁴².

La Sala Constitucional del TSJ⁴³ se apoya en el *Diccionario de la Real Academia Española* para definir qué se entiende como apología: “Discurso de palabra o por escrito, en defensa o alabanza de personas o cosas”. El TSJ agregó que el artículo 286 del Código Penal contempla clara y expresamente como delito a la conducta consistente en hacer “la apología de un hecho que la ley prevé como delito”, y para cuya consumación requiere de dos circunstancias extras establecidas también en forma expresa, que son: la publicidad y el poner en peligro la tranquilidad pública⁴⁴:

“Esto quiere decir que es necesario que la alabanza o loa se haga en forma pública, lo cual puede ocurrir en presencia de varias personas, o bien de una sola, siempre que se haga públicamente, valiéndose de algún medio de comunicación que lleve implícita la publicidad, como lo sería la prensa, la televisión o la radio; tan es así que actualmente la apología del crimen ha sido considerada como un delito informático, cuando se utiliza la Internet para su consumación”⁴⁵.

Existe adicionalmente otra condición para que se configure el delito es que se ponga en peligro la tranquilidad pública, esto es, que haciendo los hechos delictuosos se altere el orden público, la paz y serenidad del colectivo, de tal forma que podría generarse un caos moral y social⁴⁶. Este delito es de acción pública, es decir, es perseguido de oficio por el Ministerio Público. No obstante, el TSJ en Sala Constitucional ha sostenido que la víctima también es el colectivo por lo cual cualquiera pudiera pedir la investigación del delito:

“Del mismo modo se debe señalar que ante ambas normas [artículos 283 y 285], cualquier persona puede solicitar a la Fiscalía General de la República que inicie las investigaciones y realice las imputaciones pertinentes contra el autor intelectual, ya que se considera también como víctima al colectivo, por estar involucrada la tranquilidad pública. Así, se debe acudir en ambos casos ante el fiscal del Ministerio Público, al tratarse de delitos de acción pública y al estar involucrado el orden público, ya que a pesar de ser un delito autónomo, éste se mantendrá de este modo, mientras no se cometa el delito que ha sido instigado, porque de cometerse, el instigador pasará a ser cómplice de dicho delito, por lo que su imputación dependerá del tipo penal acaecido, así como si el delito sigue siendo de acción pública o privada”⁴⁷.

⁴² Grisanti, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 654.

⁴³ TSJ, Sala Constitucional, 6/4/2001, Sentencia N° 497, Expte. N° 00-2120, Magistrado-Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/497-060401-00-2120%20.htm (última visita el 23/4/2001).

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ TSJ, Sala Constitucional, 6/4/2001, Sentencia N° 497, citada.

⁴⁷ TSJ, Sala Constitucional, 10/8/2006, Sentencia N° 1612, citada.

II. A. 5. *El delito de agavillamiento, tipificado en el artículo 286 del Código Penal*

“Art. 286. Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por el solo hecho de la asociación, con prisión de dos a cinco años”.

El tipo penal previsto en el artículo 286 del CP establece el *delito de agavillamiento*, el cual consagra una *pena de prisión de 2 a 5 años* en caso de su trasgresión. El delito se consuma cuando dos o más personas se asocian con el objeto de cometer algún delito, “con la incriminación del agavillamiento el legislador se propone impedir la constitución de asociaciones con el fin de cometer delitos, en razón del grave y permanente peligro que ellas significan para el orden público”⁴⁸. Es importante destacar que para hablar de asociación es “necesario un elemento de permanencia”, la doctrina agrega que “los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito (...) les dan el título de asociación”⁴⁹.

II. A. 6. *El delito de detentación de sustancias incendiarias y explosivas-intimidación pública, tipificado en el artículo 296 del Código Penal*

“Art. 296. Todo individuo que ilegítimamente importe, fabrique, porte, detente, suministre u oculte sustancias o artefactos explosivos o incendiarios, se castigará con pena de prisión de dos a cinco años.

Quienes con el solo objeto de producir terror en el público, de suscitar un tumulto o de causar desórdenes públicos, disparen armas de fuego o lancen sustancias explosivas o incendiarias, contra gentes o propiedades, serán penados con prisión de tres a seis años, sin perjuicio de las penas correspondientes al delito en que hubieren incurrido usando dichas armas”.

El tipo delictivo previsto en la primera parte de este artículo 296 del CP refiere a los actos preparatorios; por consiguiente, basta con importar fabricar, portar, detentar, suministrar u ocultar sustancias o artefactos explosivos o incendiarios para que se considere perpetrado el delito tipificado, y tiene una *pena de prisión de 2 a 5 años*⁵⁰. Para algún sector de la doctrina, el motivo de este tipo es que “los materiales a que la ley se refiere, son de tal gravedad y resultan tan inútiles en la vida, quien los posee no los puede tener solo por tenerlo. Se requiere permiso de la autoridad, de lo contrario se aplica la sanción correspondiente”⁵¹.

El segundo tipo es el delito de intimidación pública, el cual se consuma en el momento y en el lugar en que es realizada alguna de las conductas proscritas

⁴⁸ Grisanti, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 994.

⁴⁹ Ídem, ps. 995 y 1996.

⁵⁰ Ídem, p. 1010.

⁵¹ Ídem, p. 654, citando a Ramos, Juan P., *Curso de Derecho Penal*, 2ª ed., t. II, p. 181.

en esta norma, y establece una pena de *prisión de 3 a 6 años*. El legislador sanciona no solo la intimidación pública, sino en cuanto se considere capaz de causar “terror”⁵². El delito de detentación de sustancias incendiarias y explosivas es de acción pública, es decir, es perseguido de oficio por el Ministerio Público.

II. A. 7. *El delito de atentado contra la seguridad en las vías, tipificado en el artículo 357 del Código Penal*

“Art. 357. Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías, haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.

Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años.

Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de transporte colectivo o de carga, o de la carga que éstos transporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años.

Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a sus tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.

Parágrafo único. Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena”.

El tipo penal previsto en el artículo 357 del CP establece el *delito atentado contra la seguridad en las vías*, el cual consagra desde *pena de prisión de 4 a 16 años* en caso de su trasgresión dependiendo del agravante. Este delito fue modificado en la reforma penal del año 2005. Anteriormente, el CP no preveía la prohibición de los mal llamados “beneficios procesales” o la aplicación de medidas alternativas de cumplimiento de la pena, que consagra el COPP, a cualquier persona implicada en este delito⁵³.

Para la extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Penal, la razón de la inclusión de esta norma en el CP, que aparece por primera vez en el Código de 1964, son los “elevados principios de interés social, aunado a la experiencia de la perpetración de hechos singulares repudiables que causaron honda conmoción pública, como el asalto al tren de *El Encanto* y el secuestro de naves y aeronaves, movieron al legislador a incluir entre los delitos contra la conservación de los intereses públicos y privados, inspirado sin duda alguna en el concepto de peligro común, con el ánimo de sancionar severamente esa clase de hechos, proclives obviamente a menoscabar el sentimiento de seguridad colectiva y que pone en peligro numerosas vidas”⁵⁴. Este delito es de acción pública, es decir, es perseguido de oficio por el Ministerio Público.

⁵² Grisanti, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 654.

⁵³ Parágrafo único del vigente art. 357, CP.

⁵⁴ Grisanti, *Manual de Derecho Penal...*, cit., p. 1099.

II. A. 8. *El delito de daños a las vías y obras públicas, tipificado en el artículo 358 y 360 del Código Penal*

“Art. 358. Cualquiera que dañe las vías férreas, las máquinas, vehículos, instrumentos u otros objetos y aparejos destinados a su servicio, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años”.

El hecho tipificado en el artículo 358 del CP consiste en dañar las vías férreas o las máquinas, vehículos, instrumentos u otros objetos como lo establece la norma, con una pena *de prisión de 3 a 5 años*. Sin embargo, el delito queda excluido “dada su objetividad jurídica, cuando el hecho no constituya un atentado contra la seguridad ferroviaria; es decir, cuando no sea susceptible de producir un peligro determinado o indeterminado, alguna alarma seria o cualquier notable perturbación del servicio”⁵⁵.

“Art. 360. Quien produzca daño a los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación, pertenezcan o no a las empresas estatales, serán penados con prisión de tres años a seis años.

Si del hecho ha derivado un peligro grave para la incolumidad pública, la pena de prisión será de cuatro años a seis años y si el hecho produjera un siniestro, la pena será de seis años a diez años de prisión.

Si el daño o deterioro se produjera por impericia, negligencia o imprudencia, se considerará como circunstancia atenuante y no procederá la aplicación del párrafo único de este artículo.

Parágrafo único. Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena”.

El hecho tipificado en el artículo 360 consiste en dañar lugares empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación con una pena *de prisión de 3 a 6 años*. Si se da la agravante de peligro para la incolumidad pública, la pena será *de prisión de 6 a 10 años*. Este delito fue modificado en la reforma del CP del año 2005, en los siguientes términos: las penas en el primer párrafo fueron aumentadas, es decir, anteriormente se estipulaba una pena mínima de prisión de 1 año, actualmente la mínima establecida es 3 años; y en el segundo párrafo, la pena mínima era de 4 años, en el Código vigente es de 8 años; adicionalmente, se agregó la circunstancia atenuante de impericia, negligencia o imprudencia; y por último, la prohibición de “beneficios procesales” o la aplicación de medidas alternativas de cumplimiento de la pena⁵⁶.

⁵⁵ Ídem, p. 1202.

⁵⁶ Parágrafo único del vigente art. 360, CP.

II. B. Ley Orgánica de Seguridad de la Nación⁵⁷

Esta ley define las zonas de seguridad⁵⁸ como los espacios del territorio nacional, que por su importancia estratégica, características y elementos que los conforman están sujetos a regulación especial, en cuanto a las personas, bienes y actividades que ahí se encuentren, con la finalidad de garantizar la protección de estas zonas ante peligros o amenazas internas o externas⁵⁹.

Las zonas de seguridad son los espacios geográficos del territorio nacional, que sean declarados como tales por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Consejo de Defensa de la Nación⁶⁰:

- Una zona de seguridad fronteriza.
- Una zona adyacente a la orilla del mar, de los lagos, de las islas y de los ríos navegables.
- Los corredores de transmisión de oleoductos, gasoductos, poliductos, acueductos y tendidos eléctricos principales.
- Las zonas que circundan las instalaciones militares y públicas, las industrias básicas, estratégicas y los servicios esenciales.
- El espacio aéreo sobre las instalaciones militares, las industrias básicas, estratégicas y los servicios esenciales.
- Las zonas adyacentes a las vías de comunicación aérea, terrestre y acuáticas de primer orden.
- Cualquier otra zona de seguridad que se considere necesaria para la seguridad y defensa de la nación.

El delito, que es objeto de aplicación a quienes participan en protestas públicas en estas zonas de seguridad principalmente en la ciudad de Caracas, es el siguiente:

“Art. 56. Cualquiera que organice, sostenga o instigue a la realización de actividades dentro de las zonas de seguridad, que estén dirigidas a perturbar o afectar la organización y funcionamiento de las instalaciones militares, de los servicios públicos, industrias y empresas básicas, o la vida económico social del país, será penado con prisión de cinco (5) a diez (10) años”.

El artículo 56 de esta ley establece que la violación de las zonas de seguridad acarrea la *pena de prisión de 5 a 10 años*. Para el TSJ en Sala Político-Administrativa, “la conjunción del territorio y la soberanía, impone al Estado la obligación de dictar las providencias necesarias para preservar y salvaguardar la integridad territorial. Se constituye así, en ejercicio de las disposiciones constitucionales, la base jurídica para sancionar normas que permiten la adopción de medidas para la protección del territorio nacional y de garantías para la seguri-

⁵⁷ Publicada en Gaceta Oficial 37.594 del 18/12/2002.

⁵⁸ Art. 47, Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación.

⁵⁹ Con relación al tema de las zonas de seguridad, ver Ayala Corao, “Las inconstitucionalidades del Régimen Jurídico”, citada.

⁶⁰ Art. 48, Ley Orgánica de la Seguridad de la Nación.

dad nacional, tales como las Zonas de Seguridad”⁶¹. Adicionalmente –conforme al TSJ–, la seguridad de la Nación se fundamenta en el siguiente principio de “corresponsabilidad”:

“Se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, seguridad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional”⁶².

II. C. Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios⁶³

Esta ley, según su exposición de motivos, surge respondiendo a las necesidades de mayor efectividad en la atención a la protección de los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios⁶⁴. El objeto de esta ley es “la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, así como regular su aplicación por parte del Poder Público con la participación activa y protagónica de las comunidades, en resguardo de la paz social, la justicia, el derecho a la vida y la salud del pueblo”⁶⁵.

“Art. 140. Quienes, conjunta o separadamente, desarrollen o lleven a cabo acciones, incurran en omisiones, que impidan, de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes, serán sancionados con prisión de seis a diez años. (...)”

Art. 142. Quien con la finalidad de alterar las condiciones de oferta y demanda en el mercado nacional, destruya o haga desaparecer los bienes o los instrumentos necesarios para su producción o distribución será sancionado con prisión de cinco a diez años”.

El artículo 140 de esta ley establece el *delito de boicot* el cual consiste en impedir de manera directa o indirecta la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes, las personas que incurran en este delito serán sancionados con *prisión de 6 a 10 años*. Adicionalmente, el artículo 142 establece como *circunstancia agravante* afectar la seguridad integral de la nación, lo cual corresponderá al *doble* de la pena establecida.

⁶¹ TSJ, Sala Político-Administrativa, 11/10/2005, Sentencia N° 5894, Expte. N° 2001-0186, Magistrado Ponente Yolanda Jaimes Guerrero, disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Octubre/05894-111005-2001-0186.htm (última visita el 26/4/2010).

⁶² TSJ, Sala Constitucional, 15 de julio de 2003, Sentencia N° 1942, citada.

⁶³ Publicada en Gaceta Oficial 39.358 del 1/2/2010.

⁶⁴ Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Exposición de Motivos.

⁶⁵ Art. 1, Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios.

II. D. Ley Especial de Defensa Popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios⁶⁶

Esta ley tiene por objeto “establecer las acciones o mecanismos de defensa del pueblo contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios, y regular su aplicación por el Ejecutivo Nacional con la participación de los Consejos Comunales”⁶⁷.

Los artículos que han sido aplicados para la criminalización de la protesta son los siguientes:

“Art. 20. Quien restrinja la oferta, circulación o distribución de alimentos o productos sometidos a control de precios, retenga dichos artículos, con o sin ocultamiento, para provocar escasez y aumento de los precios, incurrirá en el delito de acaparamiento y será sancionado con prisión de dos (2) a seis (6) años, y con multa de ciento treinta (130UT) a veinte mil unidades tributarias (20.000UT). (...)”

Art. 24. Quienes conjunta o separadamente lleven a cabo acciones que impidan, de manera directa o indirecta, la producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos o productos sometidos al control de precios, serán sancionados con prisión de dos (2) a seis (6) años, y con multa de ciento treinta (130UT) a veinte mil unidades tributarias (20.000UT).

Art. 25. Serán aumentadas en el doble, las penas establecidas para las conductas tipificadas en el presente Capítulo, cuando éstas tengan por objeto afectar la seguridad integral de la Nación, desestabilizar las instituciones democráticas o generar alarma que amenace la paz social”.

El artículo 20 establece el *delito de acaparamiento* el cual consiste en restringir la oferta, circulación o distribución de productos sometidos a control de precios que se castiga con una pena de *prisión de 2 a 6 años y con multa de 130 a 20.000 unidades tributarias*. El artículo 24 establece el *delito de boicot*, también consagrado en la legislación anterior con la misma pena. Adicionalmente, el artículo 25 establece como *circunstancia agravante* afectar la seguridad integral de la nación, lo cual corresponderá en el *doble* la pena establecida.

II. E. Procedimiento aplicable a estos delitos

Tanto los delitos arriba mencionados que son en su mayoría delitos de acción pública, como en el caso de los delitos de acción mixta, les son aplicables el procedimiento ordinario⁶⁸. A continuación se explicará brevemente el *procedimiento penal ordinario*.

⁶⁶ Publicada en Gaceta Oficial 38.628 del 16/2/2007.

⁶⁷ Art. 1, Ley Especial de Defensa Popular contra el acaparamiento, la especulación, el boicot y cualquier otra conducta que afecte el consumo de los alimentos o productos sometidos a control de precios.

⁶⁸ Art. 26, COPP: “Delitos enjuiciables sólo previo requerimiento o instancia de la víctima. Los delitos que solo pueden ser enjuiciados previo requerimiento o instancia de la víctima *se tramitarán de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública*. La parte podrá desistir de la acción propuesta en cualquier estado del proceso, y en tal caso se extinguirá la respectiva acción penal” (resaltado añadido).

El TSJ se ha referido a lo que debe entenderse como delitos de acción pública y acción privada, argumentando que los delitos de *acción pública* “son aquellos en los cuales el Estado por medio del Ministerio Público tiene la titularidad de la acción penal, por tener interés en que este tipo de delitos sean perseguidos y para que finalmente se impongan las sanciones penales correspondientes”⁶⁹; mientras que en los delitos de *acción privada* “el interés que se tutela es el de la víctima, quien tiene la titularidad de la acción penal, toda vez que los intereses envueltos afectan sólo su esfera jurídica”⁷⁰. Adicionalmente a estas dos categorías puras, existe otra categoría que hemos llamado de *acción mixta*, que son aquellos delitos que si bien necesitan la instancia de la parte agraviada o víctima al Ministerio Público (en el caso de estudio los consagrados en los arts. 147 al 149, CP), sólo pueden ser procesados si dicho Ministerio ejerce la acción. En todo caso, se rigen por el procedimiento ordinario –y no por el de los delitos de acción privada–⁷¹.

El proceso penal se inicia mediante la *investigación* dirigida por el Ministerio Público, tanto en los casos de los delitos de acción pública⁷² como en los delitos de instancia de la parte agraviada⁷³. El Ministerio Público dirige la investigación, formula la acusación y solicita la aplicación de la pena legal correspondiente⁷⁴. La finalidad del proceso penal es establecer la verdad de los hechos, por lo que el Ministerio Público debe aportar todos los elementos recabados, incluso aquellos que son favorables para el imputado o acusado⁷⁵. Dentro de las atribuciones de los fiscales del Ministerio Público se encuentra velar por los intereses de la víctima en el proceso⁷⁶.

Posteriormente, comienza la *fase preparatoria*. El objetivo de esta fase es recabar todos aquellos elementos, pruebas y datos que sirven para determinar la responsabilidad de una persona en un delito. Esta fase es de vital importancia, ya que de los resultados de las investigaciones depende de la eventual acusación por parte del fiscal del Ministerio Público. Si él considera tener elementos de convicción suficientes para señalar a una persona como presunto autor o partícipe de un hecho punible, deberá imputarla previamente para que tenga todos los derechos señalados en el Código Orgánico Procesal Penal⁷⁷. Una vez hecha la imputación, el Ministerio Público tendrá un período, que en principio es de

⁶⁹ TSJ, Sala Constitucional, 5/5/2005, Sentencia N° 753, Expte. N° 04-2199. Disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Mayo/753-050505-04-2199.htm (última visita el 21/4/2010).

⁷⁰ Adicionalmente, “quiere apreciar la Sala que cuando el legislador ha querido que un delito sea calificado como de acción privada, así lo ha señalado en forma expresa”, en Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 5/5/2005, Sentencia N° 753, citada.

⁷¹ TSJ, Sala Constitucional, 1 de noviembre de 2006, Sentencia N° 1906, citada.

⁷² Art. 283, CPP.

⁷³ Art. 25, CPP.

⁷⁴ Arts. 24 y 280, COPP.

⁷⁵ Art. 280, COPP.

⁷⁶ Art. 285, CRBV.

⁷⁷ Art. 125, COPP.

seis meses, si el imputado no está detenido, para terminar las investigaciones y dictar el *acto conclusivo*, el cual puede ser: sobreseimiento, archivo fiscal o acusación. En el caso que el imputado se encuentre detenido, podrá solicitar al juez de Control la fijación de un tiempo prudencial entre 30 y 120 días para la conclusión de la investigación⁷⁸.

En caso de que el fiscal del Ministerio Público cuente con los elementos serios necesarios, presenta la acusación penal y luego se celebra la *audiencia preliminar*, la cual es oral pero no pública. Para ello el juez de Control convoca a las partes (acusador y acusado) con el fin de concretar el objeto del proceso y establecer los límites de la acusación, así como también evaluar las pruebas en cuanto a su legalidad, pertinencia, necesidad y utilidad en el proceso⁷⁹. Una vez determinada la existencia o no de elementos de convicción, fijado el objeto del proceso y los límites de la acusación, se ordenará el sobreseimiento de la causa o el pase a la siguiente fase del proceso penal, que es la del *juicio*. De ser esta la decisión, se ordena mediante el auto de apertura a juicio, el cual es inapelable.

La *fase del juicio oral* es la más importante del proceso penal puesto que en ella se desarrolla el debate de la causa y es también el momento en el cual se esgrimen los argumentos y se exhiben las pruebas para tratar de alcanzar la verdad de los hechos, determinando si hay lugar a la culpabilidad o la inocencia del acusado, logrando así la justicia en el caso concreto. El juicio oral y público está regido por los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración, entre otros; y se divide en: preparación del debate, desarrollo del debate y deliberación, y sentencia⁸⁰.

Luego ocurre la *fase recursiva* durante la cual las personas que son partes en el proceso, “así como las víctimas aunque no se hayan constituido como querellantes”, pueden intentar los recursos previstos en la ley en contra de las sentencias que consideren desfavorables⁸¹. Estos recursos se interponen en las condiciones de tiempo y forma que establece la ley. Los jueces que se pronunciaron no podrán intervenir en el nuevo proceso. En el caso del imputado, igualmente podrá impugnar una decisión judicial en los casos en que se lesionen disposiciones constitucionales o legales sobre su intervención, asistencia y representación, aunque haya contribuido a provocar el vicio objeto del recurso.

Cuando en un proceso haya varios acusados o se trate de delitos relacionados, el recurso interpuesto en interés de uno de ellos se extenderá a los demás en lo que les sea favorable, siempre que se encuentren en la misma situación y les sean aplicables los mismos motivos, sin que en ningún caso les perjudique. La interposición de un recurso suspenderá la ejecución de la decisión, salvo que expresamente en la ley se establezca lo contrario.

⁷⁸ Art. 315, COPP.

⁷⁹ Art. 330, COPP.

⁸⁰ Arts. 332 y ss., COPP.

⁸¹ Arts. 432 al 477, COPP.

III. Análisis de algunos de los potenciales o reales conflictos con el ejercicio de la libertad de expresión

La criminalización de la protesta mediante leyes penales y su constante aplicación en el caso de Venezuela conlleva como resultado efectos que presentan conflictos reales con el ejercicio de la libertad de expresión: la condena penal definitiva a manifestantes por ejercer su derecho pacífico a la manifestación, lo cual sólo ha ocurrido en pocos casos; los jueces penales le imponen a los imputados y a los acusados, diversas y variadas medidas cautelares, mediante las cuales se les restringen sus derechos sin límite de tiempo, prohibiéndoles entre otras la participación en manifestaciones y la salida del país, y además se les impone la obligación de presentarse a los tribunales en periodos semanales o quincenales. Por último, la repercusión en la independencia de los jueces, por las remociones y destituciones de jueces debido a la toma de decisiones contrarias a la líneas de represión.

III. A. La condena de manifestantes: el caso Martínez

Uno de los casos emblemáticos de criminalización de la protesta es el del general retirado Carlos Alfonso Martínez, quien fue condenado por el Juzgado Vigésimo Octavo de Primera Instancia en lo Penal en funciones de juicio del Circuito Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por la comisión del delito de “incumplimiento al régimen especial de las zonas de seguridad” previsto en el artículo 56 de la Ley Orgánica de Seguridad de la nación⁸².

Posteriormente, el 11 de julio de 2005 la Sala Cuatro de apelaciones de la Corte de Apelaciones del mismo Circuito Judicial declaró sin lugar la apelación. La Sala de Casación Penal conoció de la causa, sentenciado que era manifiestamente infundado el recurso de casación interpuesto por la defensa de Carlos Rafael Alfonso Martínez y declaró inadmisibile el recurso de casación, confirmandose así la condena a 5 años de prisión⁸³. Este caso es, a simple vista, una obstrucción al ejercicio del derecho a manifestar, con claros impactos restrictivos en el derecho a la manifestación.

III. B. Las medidas cautelares impuestas a manifestantes: el caso Richard Blanco

Como se ha mencionado, las organizaciones de derechos humanos han expresado su preocupación por el incremento de la represión de los manifestantes y la apertura de juicios penales por ejercer el derecho a la protesta⁸⁴.

Un claro ejemplo de la represión, de la criminalización de la protesta y del uso del sistema punitivo penal para perseguir políticamente a la disidencia es el caso del prefecto de Caracas y miembro de la oposición, Richard Blanco, quien

⁸² TSJ, Sala de Casación Penal, 2/3/2006, Sentencia N° 040, Expte. N° C05-0433 disponible en www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/Marzo/C05-0433-40.htm.

⁸³ TSJ, Sala de Casación Penal, 2/3/2006, Sentencia N° 040, citada.

⁸⁴ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, cit., p. 10.

fue detenido y acusado por el delito de *instigación a delinquir* (y lesiones graves) por participar en una protesta en la marcha contra la Ley de Educación el día 22 de agosto de 2009. Blanco estuvo bajo detención preventiva desde el 29 de agosto de 2009.

Finalmente, el 6 de abril de 2010, fue puesto en libertad por el Tribunal 23 de Juicio del Área Metropolitana de Caracas, pero en esa oportunidad dicho Tribunal le impuso la medida cautelar de prohibición de hablar de su caso en los medios de comunicación; de presentación cada 15 días en el Tribunal y de prohibición de salida del país⁸⁵. Este caso es un claro ejemplo de la política de criminalización de la protesta que existe en el país, en el cual las penas restrictivas a los derechos se aplican *ex ante* y por tiempo indeterminado, ello es, mientras permanezca abierto el proceso penal.

Así como el caso anterior, son múltiples, y cada vez más reiterados, los casos en los cuales se castigan anticipadamente a los ciudadanos que son detenidos al ejercer su derecho a la protesta, cuando es llevada a cabo en contra de los intereses gobierno. En estos casos, se les imputa alguno de los delitos antes descritos y luego se les inicia un proceso judicial lleno de mecanismos de intimidación y hostigamiento, en el cual les son aplicadas medidas cautelares restrictivas, “sustitutivas” de la privación de la libertad: se les prohíbe hablar de su caso o de participar en nuevas manifestaciones públicas y, a la vez, se les prohíbe la salida del país y se les coloca bajo un régimen de presentación periódica ante los tribunales cada 15 ó 30 días por varios años.

A pesar de que la data específica sobre cuántas personas son sometidas a estas medidas restrictivas, en el informe sobre la *Criminalización, penalización y represión de la protesta social en Venezuela* (Espacio Público)⁸⁶, se lograron obtener las siguientes muestras:

“Coincidentalmente, el propio Ministerio Público reconoció abiertamente (...) los tribunales acordaron *medidas cautelares sustitutivas de libertad para 88 adultos y 30 adolescentes*. (...) De los adultos aprehendidos, en el área metropolitana de Caracas, *59 recibieron medidas cautelares de libertad* (...) Mientras, en el estado Carabobo, los juzgados acordaron otorgar *cautelares sustitutivas a 16 de los imputados* (...) Así mismo se acordaron *medidas cautelares sustitutivas de libertad para 9 personas en el Estado Táchira, 3 en Mérida, 1 en Aragua y otra en Trujillo*” (resaltados añadidos).

De la misma manera, el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), en su Informe Anual 2009, determinó que unas cifras globales increíbles sobre los manifestantes sometidos a procesos penales

⁸⁵ *El Nacional*, “El Personaje”, 11/4/2010; *El Nacional*, “Richard Blanco: Continuaré luchando por Caracas”, 11/4/2010, disponible en http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/132325/Comunidad/Richard-Blanco:-Continuar%C3%A9-luchando-por-Caracas (última visita el 21/4/2010); *El Universal*, “Mis compañeros de presidio lloraron el día que salí de Yare”, 11/4/2010, disponible en http://politica.eluniversal.com/2010/04/11/pol_art_mis-compa%C3%B1eros-de-p_1836644.shtml (consultado el 21/4/2010).

⁸⁶ Espacio Público, *Criminalización, penalización y represión a la protesta social en Venezuela (1997-2007)*, citada.

en el país “en los últimos 5 años hay más de 2240 manifestantes sometidos a procesos penales en la casi totalidad de los casos con medidas sustitutivas de libertad. La apertura de procesos penales es la respuesta a los reclamos o acciones de exigibilidad de derechos desarrollados por colectivos emediante (*sic*) el ejercicio de la protesta con carácter pacífico”⁸⁷.

La Comisión Interamericana en su Informe antes citado sobre *Democracia y derechos humanos en Venezuela* afirmó que de la información recibida en los últimos cinco años, hay *aproximadamente 2240 personas sometidas a procesos penales*, a quienes se les han impuesto judicialmente medidas cautelares sustitutivas por participar en manifestaciones⁸⁸. La Comisión agrega informaciones de interés sobre la identidad de las víctimas de esta criminalización, quienes son campesinos incluso partidarios del gobierno, estudiantes y líderes sindicales:

En declaraciones a la prensa, el Director Ejecutivo de PROVEA explicó que el movimiento campesino Jirahara, cuyos miembros son seguidores del oficialismo, denuncia que hay 1507 campesinos en régimen de presentación. A su vez, la Fiscalía, en sus boletines informativos, da cuenta de unos 300 estudiantes en la misma situación, y sólo en el marco de las protestas por el cierre de Radio Caracas Televisión (RCTV) en 2007 se abrieron juicios a 120 estudiantes. En cuanto a los sindicatos, la oficialista Únete y la Confederación de Trabajadores de Venezuela (CTV) contabilizan alrededor de 150 trabajadores sometidos a juicio por manifestar. A estas cifras se añade un número indeterminado de procesados entre los líderes comunitarios sometidos a procedimientos por protestar por mejoras en su calidad de vida o por inseguridad. En ese sentido, expresó que “el Ministerio Público y los jueces de control se han convertido en instrumento de represión de la lucha social”⁸⁹.

Como bien lo expresó la Comisión, la imposición de penas privativas de libertad a las personas que utilizan las manifestaciones como medio de expresión ya que tiene un “efecto *disuasivo* sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afectan directamente”⁹⁰ (resaltados añadidos).

Al hacer un ejercicio de sistematización⁹¹ sobre los casos, se puede identificar que en las mayores manifestaciones reprimidas con alto índice de detenidos, son en las cuales se reclaman derechos de contenido económico social y cultural, como son la educación, mejoras laborales, entre otras. Este criterio también lo ha venido indicando las organizaciones encargadas del seguimiento de este tema, quienes han indicado que “las demandas por derechos laborales se

⁸⁷ PROVEA, *Informe octubre 2008-septiembre 2009*, cit., cap. “Manifestaciones”, p. 301.

⁸⁸ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela 2009*, citada.

⁸⁹ Ídem, p. 31.

⁹⁰ Ídem, párr. 171, donde se cita a CIDH, *Informe Anual de 2005, Relatoria para la Libertad de Expresión 2005*, cap. V, párr 97.

⁹¹ Anexo N° 1.

mantienen como las más frecuentes” en el periodo enero-diciembre de 2009⁹². Adicionalmente, los estudiantes junto con los trabajadores son el grupo más reprimido⁹³.

En este cuadro se pueden observar cómo existe un alto porcentaje de personas detenidas en manifestaciones. Como se explicó anteriormente, por ejemplo, en el año 2008, el 97% de las manifestaciones fue de carácter pacífico, sin embargo el 6,7% de las manifestaciones fueron reprimidas por cuerpos de seguridad (108 manifestaciones) en las cuales hubo 33 detenidos⁹⁴. En 2009 se mantuvo la tendencia y el 97,24% de las manifestaciones fueron pacíficas, donde fueron reprimidas el 6% y se contabilizaron 754 detenidos⁹⁵. Los delitos imputados más frecuentes son los delitos de obstrucción a las vías públicas (art. 357, CP), resistencia a la autoridad (art. 218, CP), delito de instigación a delinquir (art. 285, CP) entre otros.

III. C. Las remociones y destituciones de los jueces

Otros de los conflictos que se han presentado en la criminalización de la protesta pública ha sido la remoción o amonestación de los jueces que no siguen la línea de represión o castigo a los manifestantes.

Human Right Watch, en el informe Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela de manera coincidente con el Informe de la CIDH⁹⁶, indicó un caso simbólico de la falta de independencia del Poder Judicial y de la represión de la protesta que viene ocurriendo desde hace unos años. Es el caso de Miguel Luna, Petra Jiménez y María Trastoy, jueces destituidos por decidir a favor de manifestantes que habían sido detenidos:

“Estos tres jueces penales (provisorios) fueron destituidos de sus respectivos cargos por la Comisión Judicial, al día siguiente de haber dictado unas decisiones mediante las cuales le otorgaban libertad a unos ciudadanos partidarios de la oposición quienes habían sido detenidos y privados de su libertad, por presuntamente participar en manifestaciones y enfrentamientos callejeros con las fuerzas de seguridad del Estado. Las decisiones afirmaban, básicamente, que el Ministerio Público no había presentado suficientes argumentos y pruebas para seguir privando de su libertad a estos ciudadanos”⁹⁷ (resaltados añadidos).

⁹² Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, cit., ver también Espacio Público, *Las Calles y el espacio público*, 2008.

⁹³ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, cit. y PROVEA, *Informe octubre 2008-septiembre 2009*, cit., cap. “Manifestaciones”.

⁹⁴ Espacio Público, *Las Calles y el espacio público*, cit., p. 107.

⁹⁵ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, citada.

⁹⁶ CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela 2009*, cit., párr. 287.

⁹⁷ Human Rights Watch, *Manipulando el Estado de Derecho: Independencia del Poder Judicial amenazada en Venezuela*, junio 2004, citado por CIDH, *Democracia y Derechos Humanos en Venezuela 2009*, cit., párr. 287.

IV. Conclusión

En Venezuela se llevan a cabo un gran número de manifestaciones por parte de los diversos sectores de la población, fundamentalmente con relación a los derechos económicos, sociales y culturales. La inmensa mayoría de estas protestas son de naturaleza pacífica. Sin embargo, varias resultan reprimidas, y aunque el número de protestas reprimidas no es alto, el de las personas detenidas y sometidos a procesos penales sí lo es.

De esta forma, aunque la mayoría de las manifestaciones que se realizan en Venezuela son de carácter pacífico, se observa un progresivo incremento de la represión a los manifestantes y de la apertura de juicios penales por ejercer el derecho a la protesta⁹⁸. Durante 2009 dicha tendencia se afianzó, y como se ha dicho, el Ministerio Público, los tribunales penales y los cuerpos de seguridad han establecido un triángulo de poder para someter a juicios penales a personas que ejercen el derecho a la protesta pacífica⁹⁹.

Aunque sólo tenemos conocimiento del caso del general retirado Carlos Alfonso Martínez, quien fue condenado mediante sentencia definitivamente firme por la violación a las “zonas de seguridad”; en la mayoría de los casos estudiados el castigo se impone por anticipado a las sentencias firmes. En este sentido, reiteramos que en los últimos 5 años más de 2240 manifestantes han sido sometidos a procesos penales, que aún están en etapa investigativa, los cuales en su mayoría cuentan con medidas sustitutivas impuestas, claramente restrictivas de sus derechos y además con un efecto inhibitorio sobre el resto de la sociedad¹⁰⁰.

Es claro el efecto restrictivo que tiene la criminalización de la protesta en la sociedad venezolana sobre la libertad de expresión. De allí la importancia de terminar reiterando la importancia esencial de la participación política y social a través de la manifestación pública pacífica para la vida democrática, para lo cual, el Estado no sólo debe abstenerse de interferir con el ejercicio del derecho a la manifestación, sino que además debe adoptar las medidas necesarias para asegurar su ejercicio efectivo¹⁰¹.

⁹⁸ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, cit.; PROVEA, *Informe octubre 2008-septiembre 2009*, cap. “Manifestaciones”, citada.

⁹⁹ Espacio Público y Provea, *Manifestaciones Públicas enero-diciembre 2009*, citada.

¹⁰⁰ PROVEA, *Informe octubre 2008-septiembre 2009*, cap. “Manifestaciones”, cit., p. 301.

¹⁰¹ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Defensores y Defensoras de Derechos Humanos en las Américas*, 7/3/2006, párr. 55. Véase también CIDH, *Observaciones preliminares de la visita a Honduras*, 21/8/2009.

INFORME I

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*

Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión**

I. Introducción: propósito y contenido del Informe

Los sectores más empobrecidos de nuestro hemisferio confrontan políticas y acciones discriminatorias, su acceso a la información sobre la planificación y ejecución de medidas que afectan sus vidas diarias es incipiente y en general los canales tradicionales de participación para hacer públicas sus denuncias se ven muchas veces cercenados. Ante este escenario, en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos¹.

La Relatoría señala que, a pesar de la importancia otorgada tanto a la libertad de expresión como a la libertad de reunión pacífica para el funcionamiento de una sociedad democrática², esto no las transforma en derechos

* Este informe se publicó originalmente en el Informe Anual de la relatoría Especial para la Libertad de Expresión correspondiente al año 2005 (ver OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 febrero 2006, original: español). El Relator Especial al momento de su elaboración y publicación era Eduardo Bertoni, compilador de este libro.

** La elaboración de este capítulo fue posible gracias a la investigación y redacción preliminar realizada por Mariela Aisenstein, abogada de la Universidad Torcuato Di Tella, Argentina. Ella fue pasante en la Relatoría durante el año 2005. La Oficina agradece su contribución.

¹ CIDH, *Informe Anual 2002*, cap. IV, vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 29.

² La importancia de la libertad de expresión para el funcionamiento de una sociedad democrática ha sido expresada en diversas ocasiones en el Sistema Universal (Naciones Unidas) de protección de los Derechos Humanos, el Sistema Europeo de protección de los Derechos Humanos, el Sistema Africano de protección de los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha manifestado: “La libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de una sociedad democrática y una condición fundamental para su progreso y para el desarrollo personal de cada individuo. Dicho derecho no solo debe garantizarse en lo que respecta a la difusión de información o ideas que son recídemas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también en lo que toca a las que ofenden, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática. (...) Esto significa que (...) toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en la materia deber ser proporcionada al fin legítimo que se persigue”. Véase Corte EDH, caso “Scharsach y Noticias Verlagsgesellschaft c. Austria”, Sentencia del 13/11/2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-XI, párr. 29; Corte EDH, caso “Perna c. Italia (GC)”, Sentencia del 6/5/2003, Informe de Sentencias y Decisiones 2003-V, párr. 39; Corte EDH, caso “Dichand y otros c. Austria”, Sentencia del 26/2/2002, disponible en www.echr.coe.int, párr. 37; Corte EDH, caso “Lehideux e Isorni c. Francia”, Sentencia del 23/9/1998, Informes 1998-VII, párr. 55; Corte EDH, caso “Otto-Preminger-Institut c. Austria”, Sentencia del 20/9/1994, Serie A, N° 295-A, párr. 49; Corte EDH, caso “Castells c. España”, Sen-

absolutos³. En efecto, los instrumentos de protección de los derechos humanos establecen limitaciones a ambos derechos. Dichas limitaciones deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública.

Hasta la fecha, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte Interamericana) no ha dictado ninguna sentencia en un caso individual en la que se ha pronunciado acerca de si las limitaciones a las manifestaciones públicas respetan los estándares de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión establecidos por el Sistema Interamericano. En virtud de esto, desde la Relatoría haremos una descripción de la jurisprudencia de otros sistemas relativa a las manifestaciones públicas y a sus posibles limitaciones de modo de hacer un aporte para la interpretación de las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión en el marco del Sistema Interamericano.

Asimismo, para este mismo propósito, la Relatoría ha incluido en este capítulo decisiones de tribunales locales que en forma expresa o implícita tienen en cuenta las normas internacionales de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión al establecer regulaciones a las manifestaciones públicas.

II. Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión

El intercambio de ideas y reivindicaciones sociales como forma de expresión, supone el ejercicio de derechos conexos, tales como el derecho de los ciudadanos a reunirse y manifestar, y el derecho al libre flujo de opiniones e información⁴. Ambos derechos, contemplados en los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante la Convención Europea), en los artículos 9 y

tencia del 23/4/1992, Serie A, N° 236, párr. 42; Corte EDH, caso “Oberschlick c. Austria”, Sentencia del 23/5/1991, Serie A, N° 204, párr. 57; Corte EDH, caso “Müller y otros c. Suiza”, Sentencia del 24/5/1988, Serie A, N° 133, párr. 33; Corte EDH, caso “Lingens c. Austria”, Sentencia del 8/7/1986, Serie A, N° 103, párr. 41; Corte EDH, caso “Barthold c. Alemania”, Sentencia del 25/3/1985, Serie A, N° 90, párr. 58; Corte EDH, caso “El Sunday Times c. Estados Unidos”, Sentencia del 29/3/1979, Serie A, N° 30, párr. 65; y Corte EDH, caso “Handyside c. Reino Unido”, Sentencia del 7/12/1976, Serie A, N° 24, párr. 49.

Por su lado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas se ha pronunciado en igual sentido. Véase Comité DH, caso “Aduayom y otros c. Togo”, dictamen de 12/7/1996, Comunicación N° 422/1990: Togo 19/8/1996. CCPR/C/57/D/422/1990 (jurisprudencia), párr. 7.4, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf.

Asimismo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se ha expresado de la misma manera. Véase CADHP, caso “Agenda de Derechos de los Medios de Comunicación y Proyecto de Derechos Constitucionales c. Nigeria”, Comunicación N° 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, decisión del 31/10/1998, párr. 54.

³ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 31.

⁴ Ídem, párr. 30.

11 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante Carta Africana) y en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), se constituyen como elementos vitales para el buen funcionamiento del sistema democrático inclusive de todos los sectores de la sociedad.

De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante la Corte Europea) la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica. En este sentido, el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión⁵.

Al respecto la Corte Interamericana ha manifestado: “La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”⁶.

Por su parte, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la Comisión Africana) ha señalado que existe una relación estrecha entre los derechos expresados en los artículos 9 (derecho de libertad de expresión), 10 (derecho de asociación) y 11 (derecho de reunión) y que implícitamente se viola el derecho de libertad de expresión cuando se ha violado el derecho de asociación y el derecho de reunión⁷.

III. Las manifestaciones públicas en el marco de las Naciones Unidas

III. A. Instrumentos de protección

El derecho a manifestarse públicamente está consagrado en diversos instrumentos internacionales. Como mencionamos anteriormente, el derecho a manifestarse está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión⁸.

⁵ Véase por ejemplo Corte EDH, caso “Vogt c. Alemania”, Sentencia del 26/9/1995, Serie A, N° 323, párr. 64; Corte EDH, caso “Rekvényi c. Hungría”, Sentencia del 20/5/1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, caso “Young, James y Webster c. Inglaterra”, Sentencia del 13/8/1981, Serie A, N° 44, párr. 57; Corte EDH, caso “Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía”, Sentencia del 31/7/2001, párr. 44, disponible en www.echr.coe.int; Corte EDH, caso “Partido Unido Comunista Turco y otros c. Turquía”, Sentencia del 30/1/1998, Informe 1998-I, párr. 42. Véase también Corte Suprema de Zambia, caso “Christine Mulundika y otros 7 c. The People”, Sentencia del 7/2/1996, 2 LCR 175 (en donde la Corte expresó que el derecho a organizarse y a participar en una reunión pública es inherente al derecho de expresar y recibir ideas e informaciones sin interferencias y a comunicar ideas e información sin interferencias).

⁶ Véase Corte IDH, *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC 5/85, Serie A, N° 5, del 13/11/1985, párr. 69.

⁷ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), caso “International Pen, Constitutional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization c. Nigeria”, decisión del 31/10/1998, disponible en www.achpr.org, Informe Anual N° 12, AHG/215 (XXXV), Comunicaciones N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97.

⁸ Véase por ejemplo Corte EDH, caso “Vogt c. Alemania”, Sentencia del 26/9/1995, Serie A, N° 323, párr. 64; Corte EDH, caso “Rekvényi c. Hungría”, Sentencia del 20/5/1999, Informe de

En cuanto al derecho a la libertad de expresión, éste goza de una amplia protección. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (en adelante la DUDH), aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establece en su artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”⁹.

Por otro lado, el artículo 19 del PIDCP, que se abrió a la firma, ratificación y adhesión el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, reza:

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas¹⁰.

En cuanto al derecho a la libertad de reunión, este derecho también goza de una amplia protección. El artículo 20 de la DUDH señala que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”¹¹.

Por otro lado, el artículo 21 del PIDCP dispone: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”¹².

Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, caso “Young, James y Webster c. Inglaterra”, Sentencia del 13/8/1981, Serie A, N° 44, párr. 57; Corte EDH, caso “Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía”, Sentencia del 31/7/2001, párr. 44, disponible en www.echr.coe.int; Corte EDH, caso “Partido Unido Comunista Turco y otros c. Turquía”, Sentencia del 30/1/1998, Informe 1998-I, párr. 42. En todos estos casos la Corte EDH estableció que la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión.

⁹ Art. 19, Declaración Universal de los Derechos del Hombre, disponible en www.un.org.

¹⁰ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, AG Res. 2200^a (XXI), 21 ONU GAOR/Sup. N° 16, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, art. 19.

¹¹ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, disponible en www.un.org, art. 20.

¹² Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, AG Res. 2200^a (XXI), 21 ONU GAOR/Sup. N° 16, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, art. 21.

III. B. Jurisprudencia

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se pueden imponer restricciones a las manifestaciones públicas siempre que tengan como objetivo proteger alguno de los intereses enumerados en los artículos 19 (derecho a la libertad de expresión) y 21 (derecho a la libertad de reunión) del PIDCP.

III. B. 1. *Kivenmaa c. Finlandia*¹³

De acuerdo con la peticionaria, el 3 de septiembre de 1987, con ocasión de la visita de un Jefe de Estado extranjero y de su reunión con el Presidente de Finlandia, la peticionaria participó en un incidente en el que unos 25 miembros de su organización (Organización Juvenil Democrática Social), entre una multitud mayor, se agruparon frente al palacio presidencial en que estaban reunidos los dirigentes políticos mencionados, distribuyeron volantes y alzaron una pancarta en la que se criticaba la actuación del Jefe de Estado visitante en el terreno de los derechos humanos. La policía retiró inmediatamente la pancarta y preguntó quién se hacía responsable de ella. La peticionaria se identificó y posteriormente fue acusada de haber violado la Ley de Reuniones Públicas por haber celebrado una “reunión pública” sin notificarlo previamente a las autoridades¹⁴.

El Estado, por su parte, afirmó ante el Comité que toda manifestación supone necesariamente la expresión de una opinión pero que, dado su carácter específico, debe considerarse como el ejercicio del derecho de reunión pacífica. En este sentido, el artículo 21 del Pacto debe considerarse como *lex specialis* en relación con el artículo 19 y por ello la expresión de una opinión en el contexto de una manifestación debe considerarse de conformidad con el artículo 21 y no con el 19 del Pacto¹⁵. En este entendimiento, el Estado sostuvo que el requisito de notificación previa no restringe el derecho de reunión pacífica (art. 21 del Pacto), en cuanto la notificación es necesaria para garantizar que la reunión sea pacífica¹⁶.

El Comité de Derechos Humanos (en adelante el Comité) sostuvo que el Estado de Finlandia había violado el derecho a la libertad de expresión de la peticionaria en cuanto el Estado no había invocado una ley que le permitiera restringir la libertad de expresión de la peticionaria y tampoco había probado que la restricción era necesaria para salvaguardar alguno de los intereses protegidos por el párrafo 2 del artículo 19 del Pacto. Es decir, el requisito de notificación previa de una manifestación se podría establecer por motivos de seguridad nacional o seguridad pública, orden público, protección de la salud y la moral

¹³ Comité DH, caso “Kivenmaa c. Finlandia”, decisión del 10/6/1994, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf. Comunicación N° 412/1990: Finlandia, 10/6/1994. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia).

¹⁴ Ídem, párr. 2.1.

¹⁵ Ídem, párr. 7.4.

¹⁶ Ídem, párr. 7.8.

públicas o los derechos y libertades de los demás¹⁷, pero en el caso la restricción no se había impuesto por ninguno de esos motivos.

Para así resolver el Comité observó que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación pública no es incompatible con el artículo 21 del Pacto¹⁸.

En cuanto a lo que constituye una manifestación pública, el Comité manifestó que no puede calificarse de manifestación la reunión de varias personas en el lugar donde transcurren las ceremonias de bienvenida de un Jefe de Estado extranjero en visita oficial que las autoridades del Estado parte han anunciado públicamente con antelación¹⁹.

*III. B. 2. Tae-Hoon Park c. República de Corea*²⁰

El 22 de diciembre de 1989 el peticionario fue declarado culpable de violación de la Ley de Seguridad Nacional. La condena se basó en que había formado parte de Jóvenes Coreanos Unidos (JKU), una organización cuyo propósito era cometer los delitos de respaldar y fomentar las actividades del Gobierno de Corea del Norte y que, por lo tanto, favorecía al enemigo. La participación del autor en las manifestaciones pacíficas en Estados Unidos a favor de la cesación de la intervención de ese país había equivocado a ponerse del lado de Corea del Norte en violación de la mencionada ley²¹.

De acuerdo con el peticionario, si bien fue condenado por afiliarse a una organización, el verdadero motivo de su condena fue que las opiniones manifestadas por él y por otros miembros de JKU criticaban la política oficial del Gobierno de Corea del Sur, lo que constituye una violación de su libertad de expresión²². La condena y la sentencia misma se basaron en el hecho de que el autor, al haber participado en determinadas manifestaciones pacíficas y otras reuniones, había manifestado su apoyo a ciertas posiciones y eslóganes políticos²³.

El Estado alegó que las actividades que el peticionario realizó como miembro de JKU constituían una amenaza para el mantenimiento del sistema demo-

¹⁷ El art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

¹⁸ Comité DH, caso “Kivenmaa c. Finlandia”, decisión del 10/6/1994, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf. Comunicación N° 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

¹⁹ Ídem, párr. 9.2.

²⁰ Comité DH, caso “Tae-Hoon Park c. República de Corea”, decisión del 3/11/1998, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf. Comunicación N° 628/1995: República de Corea. 3/11/1998. CCPR/C/64/D/628/1995 (jurisprudencia).

²¹ Ídem, párr. 2.1, 2.2 y 2.3.

²² Ídem, párr. 3.2.

²³ Ídem, párr. 2.4.

crático y que, por lo tanto, la interferencia con la libertad de expresión del petionario era una medida de protección necesaria²⁴.

El Comité sostuvo que el derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y que toda restricción impuesta al ejercicio de ese derecho debe responder a una rigurosa justificación²⁵.

En cuanto a si las medidas tomadas contra el petionario habían sido necesarias para proteger la seguridad nacional (propósito invocado por el Estado para justificar la restricción), el Comité consideró que el Estado no había especificado el carácter de la amenaza que sostenía que planteaba el ejercicio de la libertad de expresión del petionario y comprobó que ninguno de los argumentos que el Estado había expuesto bastaba para que la restricción del derecho a la libertad de expresión del petionario fuera compatible con el párrafo 3 del artículo 19²⁶.

Por lo dicho, el Comité resolvió que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión del petionario²⁷.

IV. Las manifestaciones públicas en el marco de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

IV. A. Instrumento de protección

La Convención Europea, firmada el 4 de noviembre de 1950, prevé el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión y establece restricciones a los mismos. En relación con la libertad de expresión, el artículo 10 de la Convención Europea dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial²⁸.

²⁴ Ídem, párr. 8.1 y 8.2.

²⁵ Ídem, párr. 10.3.

²⁶ Ídem, párr. 10.3.

²⁷ Ídem, párr. 11.

²⁸ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4/11/ 1950 (ETS N° 5), 213 UNTS 222, art. 10.

La Convención Europea es similar al PIDCP en el sentido de que ambos instrumentos no prohíben la censura previa²⁹.

En relación con la libertad de reunión, el artículo 11 de la Convención Europea establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado³⁰.

IV. B. Jurisprudencia

En sus decisiones la Corte Europea ha determinado que las restricciones a la libertad de expresión, así como las restricciones a la libertad de reunión, están justificadas siempre que estén “prescriptas por ley”, tengan como objetivo proteger alguno de los intereses establecidos en el inciso 2 y sean “necesarias en una sociedad democrática”.

Con respecto a que las restricciones deben ser “necesarias”, la Corte Europea ha observado que aunque el adjetivo “necesario” no es sinónimo de “indispensable”, no tiene la flexibilidad de aquellas expresiones tales como “admisible”, “ordinario”, “útil”, “razonable” o “deseable” e implica la existencia de una “necesidad social imperiosa”³¹. Para que las restricciones obedezcan a una necesidad social imperiosa deben ser proporcionadas al interés legítimo perseguido³².

Cabe mencionar que la Corte Europea ha sostenido que el derecho a la libertad de expresión debe ser considerado como la ley general y el derecho a la liber-

²⁹ A diferencia de la Convención Americana, que expresamente la prohíbe en el inciso 2. Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que “la comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”. Véase Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC-5/85, Serie A, N° 5, del 13/11/1985, párr. 50.

³⁰ Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, 4/11/1950 (ETS N° 5), 213 UNTS 222, art. 11.

³¹ Véase Corte EDH, caso “Sunday Times c. Gran Bretaña”, Sentencia del 26/4/1979, Serie A, N° 30, párr. 59.

³² Véase ídem, párr. 62. Véase también Corte EDH, caso “Barthold c. Alemania”, Sentencia del 25/3/1985, Serie A, N° 90, párr. 59.

tad de reunión como la ley especial³³, en cuanto la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica³⁴. Por otro lado, ha considerado que el artículo 11 (derecho a la libertad de reunión) no contempla cuestiones diferentes a las contempladas por el artículo 10 (derecho a la libertad de expresión)³⁵.

*IV. B. 1. Ezelin c. Francia*³⁶

El 12 de febrero de 1983 un número de organizaciones por la independencia de Guadalupe y de sindicatos hicieron una manifestación pública en protesta a un par de decisiones judiciales que habían condenado a tres militantes por haber causado daños en edificios públicos. El peticionario, vicepresidente del sindicato de abogados, participó en la manifestación exhibiendo una pancarta³⁷.

El Poder Judicial comenzó una investigación por daños a edificios públicos e insultos a la judicatura acaecidos durante la manifestación. En el curso de dicha investigación el peticionario fue condenado por “breach of discretion”³⁸ al haber exhibido una pancarta proclamando su profesión y no haberse disasociado de los actos ofensivos de los manifestantes o no haber abandonado la manifestación³⁹.

De acuerdo con el Estado, no se violó el derecho a la libertad de reunión pacífica y el derecho a la libertad de expresión porque el peticionario había tenido la posibilidad de participar en la manifestación y de expresar sus opiniones públicamente⁴⁰.

La Corte Europea sostuvo que el Estado había violado el derecho a la libertad de reunión pacífica (decidiendo que era innecesario hacer un análisis por separado de la posible violación a la libertad de expresión). En este sentido, manifestó que la libertad de participar en una asamblea pacífica tiene tanta

³³ Corte EDH, caso “Ezelin c. Francia, Sentencia del 26/4/1991, Serie A, N° 202, párr. 35 y 37.

³⁴ Véase por ejemplo Corte EDH, caso “Vogt c. Alemania”, Sentencia del 26/9/1995, Serie A, N° 323, párr. 64; Corte EDH, caso “Rekvényi c. Hungría”, Sentencia del 20/5/1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, caso “Young, James y Webster c. Inglaterra”, Sentencia del 13/8/1981, Serie A, N° 44, párr. 57; Corte EDH, caso “Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía”, Sentencia del 31/7/2001, párr. 44, disponible en www.echr.coe.int; Corte EDH, caso “Partido Unido Comunista Turco y otros c. Turquía”, Sentencia del 30/1/1998, Informe 1998-I, párr. 42.

³⁵ Corte EDH, caso “Steel y otros c. Reino Unido”, Sentencia del 23/9/1998, Informes 1998-VII, párr. 113.

³⁶ Corte EDH, caso “Ezelin c. Francia”, Sentencia del 26/4/1991, Serie A, N° 202.

³⁷ Ídem, párr. 10.

³⁸ La Relatoría no ha encontrado una traducción correcta para esta expresión. Por eso ha decidido dejar la palabra en su idioma original. La Relatoría que significa que fue condenado por realizar conductas inconsistentes con las obligaciones de su profesión.

³⁹ Corte EDH, caso “Ezelin c. Francia”, Sentencia del 26/4/1991, Serie A, N° 202, párrs. 12 y 20.

⁴⁰ Ídem, párr. 38.

importancia que no puede ser restringida de ninguna manera, incluso para un abogado, siempre y cuando la persona involucrada no comete él mismo un acto reprochable en dicha ocasión. Por lo dicho, resolvió que la restricción no era necesaria en una sociedad democrática⁴¹.

*IV. B. 2. Chorherr c. Austria*⁴²

Durante una ceremonia militar en la que habían aproximadamente 50.000 personas, el peticionario y un amigo distribuyeron panfletos llamando a un referéndum relativo a la compra de un avión de combate por parte de las fuerzas armadas. Asimismo, cargaban unas mochilas de las que se desprendían unas pancartas de gran tamaño⁴³.

La conducta de los dos hombres causó conmoción entre los espectadores, quienes tenían tapada la visión por las pancartas. La policía les informó que estaban obstruyendo el orden público y les ordenó que cesaran lo que consideró una manifestación. Como los manifestantes no obedecieron la orden de los policías, fueron arrestados y procesados judicialmente⁴⁴.

De acuerdo con el Estado, la policía tuvo que intervenir dada la conmoción que la conducta del peticionario y su amigo había causado entre los espectadores de la ceremonia, quienes incluso amenazaron al peticionario. Los policías temían que la situación se les fuera de control⁴⁵.

La Corte Europea sostuvo que el Estado no había violado el derecho a la libertad de expresión del peticionario. Manifestó que el margen de apreciación de los Estados incluye la elección de los medios (razonables y apropiados) para asegurar que las manifestaciones públicas se realicen pacíficamente⁴⁶. En este caso, la Corte observó que la naturaleza, importancia y escala de la ceremonia justificaban que hubiera un número tan considerable de policías para asegurarse que se desarrollara pacíficamente. Además, las medidas tuvieron por objetivo prevenir atentados a la paz, y no frustrar la expresión de una opinión⁴⁷. Por lo tanto, la restricción había sido necesaria en una sociedad democrática⁴⁸.

*IV. B. 3. Steel y otros c. Reino Unido*⁴⁹

Primer peticionario. El 22 de agosto de 1992, el peticionario y alrededor de otras 60 personas participaron en una protesta en contra de la caza de urogallos.

⁴¹ Ídem, párr. 53.

⁴² Corte EDH, caso “Chorherr c. Austria”, Sentencia del 25/8/1993, Serie A, N° 266-B.

⁴³ Ídem, párr. 7.

⁴⁴ Ídem, párr. 8.

⁴⁵ Ídem, párr. 30.

⁴⁶ Ídem, párr. 31.

⁴⁷ Ídem, párr. 32.

⁴⁸ Ídem, párr. 33.

⁴⁹ Corte EDH, caso “Steel y otros c. Reino Unido”, Sentencia del 23/9/1998, Informes 1998-VII.

Los manifestantes trataron de obstruir y distraer a aquellos que participaban de la caza. Cuando la policía llegó, comenzó a advertir a los manifestantes que cesaran su conducta y como no obedecieron, varios de los manifestantes fueron arrestados⁵⁰.

Segundo peticionario. El 15 de septiembre de 1993 la peticionaria participó en una protesta en contra de la ampliación de una autopista en Londres. Entre 20 y 25 manifestantes irrumpieron en el sitio de construcción, sin causar incidentes de violencia o dañar la construcción. La peticionaria fue arrestada por conducta “posible de provocar disturbios a la paz”⁵¹.

Tercer, cuarto y quinto peticionarios. El 20 de enero de 1994, los peticionarios asistieron a un centro de conferencias en Londres, donde se llevaba a cabo la “Conferencia de Helicópteros de Combate II”, para protestar en contra de la venta de helicópteros de combate. Entregaron panfletos y llevaban pancartas que decían “Trabaja por la paz y no por la guerra”⁵².

El Estado alegó que las detenciones de los peticionarios se adecuaban al poder del Estado de detener a sus ciudadanos por conductas que causen un actual o razonable (para justificar la detención) riesgo a la paz⁵³.

La Corte Europea analizó, con respecto a cada uno de los peticionarios, si las restricciones a la libertad de expresión estaban “prescriptas por ley”, perseguían un objetivo legítimo (alguno de los establecidos en el inciso 2 del artículo 10) y eran “necesarias en una sociedad democrática”.

Con respecto a si las restricciones estaban prescriptas por ley, la Corte Europea sostuvo que en el caso del primer y el segundo peticionario las restricciones estaban prescriptas por ley, mientras que en el caso del tercer, cuarto y quinto peticionario no lo estaban en cuanto las manifestaciones habían sido completamente pacíficas, sin poner el riesgo la paz⁵⁴.

La Corte Europea manifestó que en todos los casos las detenciones de los peticionarios tenían por objeto prevenir el desorden y proteger los derechos de otros⁵⁵, objetivos legítimos de conformidad con el artículo 10 de la Convención.

En cuanto a la necesidad de las restricciones en una sociedad democrática, la Corte Europea expresó que, en el caso del primer peticionario, el riesgo de desorden producto de la constante obstrucción de los manifestantes justificaba la detención del peticionante y que, por lo tanto, no era una medida desproporcionada⁵⁶. En relación con el segundo peticionario, la Corte Europea sostuvo que la conducta de la peticionante podía causar disturbios a la paz y que para proteger el orden público y los derechos de otros, la detención no había sido desproporcionada⁵⁷. Con respecto al tercer, cuarto y quinto peticionarios, la Corte

⁵⁰ Ídem, párr. 7.

⁵¹ Ídem, párrs. 15 y 16.

⁵² Ídem, párr. 21.

⁵³ Ídem, párr. 51.

⁵⁴ Ídem, párrs. 64 y 94.

⁵⁵ Ídem, párr. 96.

⁵⁶ Ídem, párrs. 103 y 104.

⁵⁷ Ídem, párr. 109.

Europea manifestó que, dado que las restricciones no estaban prescriptas por ley porque la conducta de los peticionarios no constituía un riesgo a la paz, las restricciones eran desproporcionadas a los efectos de prevenir el desorden y proteger los derechos de otros, razón por la cual no eran necesarias en una sociedad democrática⁵⁸.

En conclusión, la Corte Europea resolvió que el Estado no había violado el derecho a la libertad de expresión de los primeros dos peticionarios y que sí lo había vulnerado en el caso del tercer, cuarto y quinto peticionarios.

*IV. B. 4. Piermont c. Francia*⁵⁹

La peticionaria, de nacionalidad alemana y miembro del Parlamento Europeo, fue invitada a la Polinesia Francesa durante las campañas electorales anteriores a la asamblea territorial y elecciones parlamentarias de 1986. Fue advertida de no hacer ningún tipo de comentario acerca de los asuntos internos de Francia, bajo amenaza de ser expulsada⁶⁰.

El 1 de marzo de 1986 la peticionaria, junto con alrededor de otras 900 personas, participó en la tradicional marcha organizada por los movimientos de independencia y antinucleares. La manifestación se efectuó sin incidentes en las calles de Faava. Durante la manifestación la peticionaria denunció la continuación de pruebas nucleares y la presencia francesa en el Pacífico⁶¹. Al día siguiente el Alto Comisionado de Francia en la Polinesia Francesa ordenó su expulsión y la prohibición de volver a entrar al territorio⁶².

Luego de abandonar la Polinesia la peticionaria se dirigió a Nueva Caledonia. Alrededor de 40 activistas se juntaron para expresar su hostilidad sobre la presencia de la peticionaria en el territorio. Dado el riesgo de enfrentamientos, el Alto Comisionado ordenó su expulsión del territorio⁶³.

De acuerdo con el Estado, las restricciones tenían por objeto prevenir el desorden y preservar la integridad territorial (objetivos legítimos de conformidad con el inciso 2 del artículo 10). La libertad de expresión también acarrea deberes y la peticionaria debería haber tomado precauciones al expresarse dado el tenso ambiente político existente (sobre todo en Nueva Caledonia) y el acercamiento de las elecciones⁶⁴.

La restricción en la Polinesia Francesa. De acuerdo con la Corte Europea, el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de la peticionaria. Para así resolver, la Corte observó que la peticionaria había expresado su opinión en el curso de una manifestación autorizada y pacífica. Incluso reconoció que la peti-

⁵⁸ Ídem, párr. 110.

⁵⁹ Corte EDH, caso "Piermont c. Francia", Sentencia del 27/4/1995, Serie A, N° 314.

⁶⁰ Ídem, párr. 8 y 10.

⁶¹ Ídem, párr. 11.

⁶² Ídem, párr. 12.

⁶³ Ídem, párr. 18, 19 y 20.

⁶⁴ Ídem, párr. 70, 74 y 83.

cionaria no hizo un llamado a la violencia o al desorden sino que simplemente se pronunció a favor de las demandas antinucleares y por la independencia de varios partidos políticos locales, de esta manera contribuyendo al debate democrático. Finalmente, sostuvo que la manifestación no causó ningún tipo de desorden, no constituyendo las expresiones de la peticionaria amenazas serias al orden público. En este sentido, la Corte Europea concluyó que la restricción era desproporcionada y, por lo tanto, innecesaria en una sociedad democrática⁶⁵.

La restricción en Nueva Caledonia. De acuerdo con la Corte Europea, el Estado violó el derecho a la libertad de expresión de la peticionaria. La Corte Europea reconoció que, incluso a pesar de que la atmósfera política era tensa y la presencia de la peticionaria causó hostilidades, la restricción había sido desproporcionada por las mismas razones que lo había sido la restricción en la Polinesia Francesa⁶⁶. De esta manera, era innecesaria en una sociedad democrática.

IV. B. 5. *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*⁶⁷

La manifestación en la Iglesia Stadl-Paura. La peticionaria, una asociación de médicos que hace campaña en contra del aborto, pidió autorización para hacer una manifestación. Como los organizadores de la manifestación temían que se produjeran incidentes, quisieron cambiar la ruta de la manifestación. Sin embargo, los representantes de la policía señalaron que los oficiales de policía ya se habían desplegado en la ruta original. Asimismo, observaron que sería imposible prevenir que los opositores a la manifestación obstruyeran la manifestación de la peticionaria⁶⁸.

Los opositores a la manifestación interrumpieron los servicios religiosos celebrados por la peticionaria. La policía intervino cuando estaban por ocurrir episodios de violencia física, formando un cordón entre los grupos opositores⁶⁹.

La manifestación en Salzburgo. La policía dio autorización para una segunda manifestación en contra del aborto en la Plaza de la Catedral en Salzburgo. Alrededor de unas 350 personas expresaron su oposición. Unos 100 policías formaron un cordón protegiendo a la peticionaria de un ataque directo. Para prevenir que la ceremonia religiosa fuera interrumpida, la policía sacó a todas las personas de la plaza⁷⁰.

La peticionaria alegó que el Estado no había dado importancia al verdadero significado de la libertad de reunión al no haber tomado las medidas necesarias para asegurar que la manifestación se llevara a cabo sin inconvenientes⁷¹.

⁶⁵ Ídem, párr. 77 y 78.

⁶⁶ Ídem, párr. 85.

⁶⁷ Corte EDH, caso "Plattform Ärzte für das Leben c. Austria", Sentencia del 21/6/1988, Serie A, N° 139.

⁶⁸ Ídem, párr. 8-11.

⁶⁹ Ídem, párrs. 12 y 13.

⁷⁰ Ídem, párr. 19.

⁷¹ Ídem, párr. 28.

El Estado sostuvo que el artículo 11 no crea ninguna obligación positiva de proteger las manifestaciones. El derecho de reunión pacífica, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Austriaca Básica de 1867, sólo estaba diseñado para proteger al individuo de la interferencia estatal. El artículo 11 de la Convención no se aplica a las relaciones entre los individuos⁷².

De acuerdo con la Corte Europea, una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores; dicho miedo podría disuadir a asociaciones o grupos de personas que tienen ideas o intereses en común para que no expresen sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad. En una democracia el derecho de oponerse a una manifestación no puede extenderse hasta el punto de inhibir el ejercicio del derecho a manifestarse⁷³.

Además, la Corte Europea expresó que, mientras que es deber de los Estados contratantes tomar medidas razonables y apropiadas para asegurar que las manifestaciones legales procedan pacíficamente, no pueden garantizarlo absolutamente y tienen un amplio margen de discreción para elegir los medios a ser usados. En este sentido, la obligación bajo el artículo 11 de la Convención es una obligación de medios (medidas a ser tomadas) y no una obligación de resultados⁷⁴.

Por último, la Corte Europea resolvió que el Estado no había violado el derecho a la libertad de reunión en cuanto las autoridades austriacas habían tomado medidas razonables y apropiadas⁷⁵.

V. Las manifestaciones públicas en el marco de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

V. A. Instrumento de protección

La Carta Africana, adoptada el 18 de junio de 1981, prevé el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión y establece restricciones a los mismos. En relación con la libertad de expresión, el artículo 9 de la Convención Africana dispone:

1. Todo individuo tiene el derecho de recibir información.

2. Todo individuo tiene el derecho a expresar y diseminar sus opiniones en el marco de la ley⁷⁶.

Con respecto a la libertad de reunión, el artículo 11 establece:

⁷² Ídem, párr. 29.

⁷³ Ídem, párr. 32.

⁷⁴ Ídem, párr. 34.

⁷⁵ Ídem, párr. 39.

⁷⁶ Art. 9, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, disponible en www.achpr.org.

Todo individuo tiene el derecho de reunirse libremente con otros. El ejercicio de este derecho estará sujeto sólo a las restricciones necesarias previstas por ley, en particular aquellas estipuladas en interés de la seguridad nacional, la seguridad, la salud, la ética y los derechos y libertades de otros⁷⁷.

V. B. Jurisprudencia

La Comisión Africana se ha referido a las manifestaciones públicas en tres casos. Señaló que existe una relación estrecha entre los derechos expresados en los artículos 9 (derecho de libertad de expresión), 10 (derecho de asociación) y 11 (derecho de reunión) y que implícitamente se viola el derecho de libertad de expresión cuando se ha violado el derecho de asociación y el derecho de reunión.

V. B. 1. *Señor Dawda K Jawara c. Gambia*⁷⁸

El peticionario, ex Jefe de Estado de Gambia, alegó que después del golpe militar que derrocó su gobierno, hubo una prohibición de partidos políticos y se les prohibió a los Ministros que participaran en cualquier tipo de actividad política. Alegó que existieron restricciones a la libertad de expresión, movimiento y religión. Estas restricciones se manifestaron en el arresto y detención de personas sin cargos previos, los secuestros, la tortura y el incendio de una mezquita⁷⁹.

El peticionario sostuvo que un miembro independiente del Parlamento y sus seguidores fueron arrestados por planificar una manifestación pacífica. Asimismo, a los Ministros y miembros del Parlamento se les prohibió participar en cualquier tipo de actividad política⁸⁰.

La Comisión Africana consideró que la prohibición de la existencia de partidos políticos constituía una violación de la libertad de reunión consagrada en el artículo 11 de la Carta Africana.

V. B. 2. *Movimiento Burkinabé por los Derechos Humanos y de los Pueblos c. Burkina Faso*⁸¹

El peticionario, director de Movimiento Burkinabé por los Derechos Humanos y de los Pueblos, alegó la comisión de graves violaciones a los derechos humanos en Burkina Faso desde los comienzos del gobierno revolucionario hasta la fecha de la petición⁸².

⁷⁷ Ídem, artículo 11.

⁷⁸ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), caso “Señor Dawda K Jawara c. Gambia”, decisión del 11/5/2000, disponible en www.achpr.org, Informe Anual N° 13, AGH/222 (XXXVI), Comunicaciones N° 147/95 y 149/96.

⁷⁹ Ídem, párrs. 1 y 3.

⁸⁰ Ídem, párr. 66.

⁸¹ CADHP, caso “Movimiento Burkinabé por los Derechos Humanos y de los Pueblos c. Burkina Faso”, Decisión tomada en la Sesión Ordinaria N° 29 en Libia, disponible en www.achpr.org, Informe Anual N° 14, AHG/229 (XXXVII), Comunicación N° 204/97.

⁸² Ídem, párr. 1.

Entre otras cosas, manifestó la violación, así como la amenaza, de varios derechos humanos de su organización y de su persona durante las sucesivas huelgas estudiantiles realizadas durante los meses de febrero, marzo y abril de 1997⁸³.

El peticionario alegó la muerte de ciudadanos (que fueron asesinados o torturados hasta morir), así como la muerte de dos estudiantes que habían salido a las calles junto con sus colegas para expresar ciertas demandas y apoyar las demandas de profesores de colegios secundarios o de educación superior⁸⁴.

La Comisión Africana deploró el uso abusivo de la violencia estatal hacia los manifestantes incluso cuando los manifestantes no están autorizados a manifestarse por las competentes autoridades administrativas. La Comisión Africana sostuvo que las autoridades públicas poseen medios adecuados para dispersar a las multitudes, y que aquellos responsables de mantener el orden público deben hacer un esfuerzo en este tipo de operaciones para causar sólo el mínimo posible de daños y violaciones a la integridad física y para respetar y preservar la vida humana⁸⁵.

Sin embargo, la Comisión Africana resolvió que el Estado no había violado ni la libertad de expresión ni la libertad de reunión del peticionario, en cuanto el peticionario no había establecido dichas violaciones⁸⁶.

*V. B. 3. International Pen, Constitucional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization c. Nigeria*⁸⁷

De acuerdo a los peticionarios, después de la muerte de cuatro líderes Ogoni ocurrida el 21 de mayo de 1994 durante unos disturbios producidos en el curso de una reunión pública organizada por el Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni (representante de los derechos de aquellos que vivían en tierras Ogoni en las que se producía petróleo), el presidente del Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni y otros cientos de personas fueron arrestados y enjuiciados⁸⁸.

Los peticionarios alegaron que los acusados fueron enjuiciados, condenados y sentenciados a muerte por la expresión pacífica de sus ideas y opiniones acerca de la violación de los derechos de los Ogoni⁸⁹.

⁸³ Ídem, párr. 11.

⁸⁴ Ídem, párr. 43.

⁸⁵ Ídem, párr. 43.

⁸⁶ Ídem, párr. 45.

⁸⁷ CADHP, caso "International Pen, Constitucional Rights Project, Interights on behalf of Ken Saro-Wiwa Jr. and Civil Liberties Organization c. Nigeria", decisión del 31/10/1998, disponible en www.achpr.org, Informe Anual N° 12, AHG/215 (XXXV), Comunicaciones N° 137/94, 139/94, 154/96 y 161/97.

⁸⁸ Ídem, párr. 2.

⁸⁹ Ídem, párr. 11.

Según los peticionarios existió una violación del artículo 11 (derecho de reunión) de la Carta dado que el juicio por asesinato fue una consecuencia directa de las reuniones públicas realizadas por el Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni. Aparentemente el tribunal sostuvo que los acusados eran responsables por los asesinatos porque habían organizado las reuniones en las que los asesinatos se llevaron a cabo⁹⁰.

De acuerdo con el Estado, las medidas fueron necesarias para proteger los derechos de los ciudadanos que habían sido asesinados⁹¹.

La Comisión Africana expresó que existe una relación estrecha entre los derechos expresados en los artículos 9 (derecho de libertad de expresión), 10 (derecho de asociación) y 11 (derecho de reunión). Reconoció que las víctimas estaban diseminando información y opiniones acerca de los derechos de aquellos que vivían en tierras Ogoni en las que se producía petróleo a través del Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni y, específicamente, a través de esa reunión. Las alegaciones de los peticionarios no habían sido contradecidas por el Estado, quien incluso se había mostrado prejuicioso del Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni sin señalar razón alguna. El Movimiento por la Supervivencia de los Pueblos Ogoni había sido creado específicamente para expresar opiniones acerca de las personas que vivían en tierras en las que se producía petróleo y la reunión había sido organizada con este propósito. El Estado había violado el artículo 9 implícitamente cuando había violado los artículos 10 y 11⁹².

VI. Las manifestaciones públicas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

VI. A. Instrumentos de protección

El derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión están consagrados en diversos instrumentos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

En primer lugar, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la “Declaración Americana”), aprobada en el marco de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en 1948, se refiere al derecho a la libertad de expresión en su artículo IV, el que reza:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”⁹³.

⁹⁰ Ídem, párr. 106.

⁹¹ Ídem, párr. 14.

⁹² Ídem, párr. 110.

⁹³ Art. IV, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/1.4. rev.11 (31/1/2005).

En relación con el derecho de reunión, el artículo XXI establece:

“Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole”⁹⁴.

Cabe mencionar que tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión Interamericana”) han dictaminado que a pesar de haber sido adoptada como una declaración y no como un tratado, en la actualidad la Declaración Americana constituye una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la OEA⁹⁵.

Por su parte, la Convención Americana, que fue suscripta el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, prevé el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión, estableciendo límites a ambos derechos. En cuanto a la libertad de expresión, el artículo 13 dispone:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo

⁹⁴ Art. XXI, ídem.

⁹⁵ Véase Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89, Serie A, N° 10, del 14/7/1989, párrs. 35-45; CIDH, caso “James Terry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos”, caso 9647, Res. 3/87, 22/9/1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, caso “Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c Estados Unidos”, Informe N° 51/01, caso 9903, 4/4/2001. Véase también el art. 20 del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional⁹⁶.

Con respecto a la libertad de reunión, el artículo 15 establece:

“Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”⁹⁷.

Por último, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana durante su 108º período de sesiones en el año 2000, contiene varios principios que señalan la importancia del derecho a la libertad de expresión, lo garantizan y establecen los requisitos para su pleno ejercicio.

En primer lugar, el Principio 1º dispone:

“La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”⁹⁸.

En segundo lugar, el Principio 2º expresa:

“Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación sin discriminación, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, sexo, idioma, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁹⁹.

Por último, el Principio 5º esgrime:

“La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposi-

⁹⁶ Art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano, OEA/Ser.L/V/1.4.rev.11 (31/1/2005).

⁹⁷ Art. 15, ídem.

⁹⁸ Principio 1º, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, en *Documentos Básicos en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser.L/V/1.4.rev.11 (31/1/2005),

⁹⁹ Principio 2º, ídem.

ción arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”¹⁰⁰.

En cuanto al rol de la Declaración de Principios, la Comisión Interamericana ha sostenido que “constituye un documento fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho”¹⁰¹.

Más recientemente, la propia Relatoría ha señalado que “desde su adopción, la Declaración se ha afianzado como marco de referencia para evaluar las posibles violaciones a la libertad de expresión en los países miembros. Cada vez más, los Estados, organizaciones de la sociedad civil y particulares invocan sus principios para valorar progresos, retrocesos o posibles violaciones a este derecho y emprender posibles acciones a favor de este derecho”¹⁰².

VI. B. Pautas para la interpretación de las manifestaciones públicas a la luz de los artículos 13 y 15 de la Convención Americana

Como mencionamos anteriormente, dado que la Corte Interamericana no se ha pronunciado en ningún caso individual acerca de si las limitaciones a las manifestaciones públicas respetan los estándares de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión establecidos por el Sistema Interamericano, la Relatoría se propone señalar algunas pautas para una posible interpretación de las limitaciones a las manifestaciones públicas frente a los artículos 13 y 15 de la Convención Americana.

La Relatoría subraya que la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades. En general, ésta como ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, reviste un interés social imperativo, lo que deja al Estado un marco aún más ceñido para justificar una limitación de este derecho¹⁰³.

¹⁰⁰ Principio 5º, ídem.

¹⁰¹ CIDH, Capítulo II, Informe Anual 2000, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II/111, Doc. 20 rev., párr. 3.

¹⁰² CIDH, Capítulo II, Informe Anual 2004, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 122, Doc. 8 rev. 1, párr. 2.

¹⁰³ En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha sostenido: “En el supuesto de que la autoridad gubernativa decida prohibir la concentración debe” a) motivar la Resolución correspondiente (STCE 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse producirá la alteración del orden público proscrita, y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el ejercicio del derecho fundamental. En todo caso, como también advertimos en la STCE 66/1995, la autoridad competente, antes de prohibir el ejercicio de este derecho fundamental, deberá proponer, aplicando criterios de proporcionalidad, las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse, pues sólo podrá prohibirse la concentración en el supuesto de que, por las circunstancias del caso, estas facultades de introducir modificaciones no puedan ejercitarse”. Véase Tribunal Constitucional Español (TCE), 42/2000, Sentencia del 14/2/2000, FJ 2.

En este sentido, la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida¹⁰⁴.

De este modo, la Comisión Interamericana ha manifestado que “los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima”¹⁰⁵. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*¹⁰⁶.

La Relatoría entiende que, dentro de ciertos límites, los Estados pueden establecer regulaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión para proteger los derechos de otros¹⁰⁷. No obstante, al momento de hacer un balance entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático¹⁰⁸.

En este caso la Unión Provincial de Sevilla de Comisiones Obreras había convocado una manifestación por la situación de conflictividad en la que se encontraban los trabajadores de la empresa Abengoa. El peticionario participó en dicha manifestación sin haber sido requerido ni amonestado ni por los servicios de orden ni por los agentes de la autoridad. Unos días después se le impuso una sanción por haber sido uno de los integrantes del grupo que, en el curso de la manifestación de trabajadores, interrumpió el tráfico rodado durante 45 minutos no haciendo caso de las advertencias formuladas por los agentes de la Autoridad.

El peticionario sostuvo que al haber sido sancionado durante el ejercicio de su derecho de manifestación se le había vulnerado este derecho fundamental. El Estado consideró que la interrupción del tráfico rodado en la que el peticionario había participado no podía considerarse que formara parte del derecho de reunión. El Tribunal Constitucional Español sostuvo que la interrupción del tráfico en una parte del recorrido por el que discurre una manifestación no puede considerarse, sin más, como una conducta contraria al límite que específicamente establece el art. 21.2 CE (alteración del orden público), pues, tal y como se ha indicado, los cortes de tráfico sólo pueden considerarse comprendidos en dicho límite cuando como consecuencia de los mismos puedan ponerse en peligro personas o bienes. Por lo dicho, el Tribunal resolvió que la sanción impuesta al peticionario había vulnerado su derecho de reunión en cuanto su conducta se encontraba amparada en el ejercicio de este derecho fundamental.

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, T-456-92, Sentencia del 14/7/1992, disponible en <http://ramajudicial.gov.co>.

¹⁰⁵ CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev.

¹⁰⁶ Ídem nota 5.

¹⁰⁷ El art. 13, inc. 2 y el art. 15 sólo permiten limitaciones a la libertad de expresión y a la libertad de reunión, respectivamente, que sean necesarias, entre otras limitaciones permitidas, para proteger los derechos de los demás.

¹⁰⁸ En virtud de esto, a pesar de que la mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía acarrearán costos y molestias para terceros, éstas deben tolerarse en honor de la libertad de expresión. Gargarella, Roberto, “Expresión cívica y ‘cortes de ruta’”, en *El derecho a la protesta: el primer derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

Las regulaciones de las manifestaciones públicas pueden ser de distintos tipos. Por un lado, existe la regulación legislativa, es decir, aquellos actos legislativos que restringen ya sea la hora, el lugar o la manera en la que se puede llevar a cabo una manifestación, sobre la base de que el derecho a usar las calles, los parques o las plazas no es completamente ilimitado. La Relatoría considera que para que dichas limitaciones respeten los estándares de protección de la libertad de expresión y de la libertad de reunión, no deben depender del contenido de lo que se vaya a expresar a través de la manifestación, deben servir un interés público y dejar otras vías alternativas de comunicación¹⁰⁹.

Por otro lado, existe la regulación administrativa. La Relatoría señala que la exigencia de una notificación previa a la manifestación no vulnera ni el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a la libertad de reunión¹¹⁰. En este sentido se ha manifestado el Comité de Derechos Humanos de la ONU al sostener que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión)¹¹¹. Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales. Es decir, un agente no puede denegar un permiso porque considera que es probable que la manifestación va a poner en peligro la paz, la seguridad o el orden públicos, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la

¹⁰⁹ Véase Corte Suprema de Estados Unidos (CSEU), caso “Ward c. Rock en contra del Racismo”, Sentencia del 30/8/1989, 492 U.S. 937, 110 S.Ct. 23, 106 L.Ed.2d 636, p. 791; CSEU, caso “Clark c. Comunidad por la No-Violencia Creativa”, Sentencia del 29/6/1984, 468 U.S. 288, 104 S.Ct. 3065, 82 L.Ed.2d 221, p. 293; CSEU, caso “Estados Unidos c. Grace”, Sentencia del 20/4/1983, 461 U.S. 171, 103 S.Ct. 1702, 75 L.Ed.2d 736, p. 177; CSEU, caso “Miembros del Municipio de la Ciudad de Los Angeles c. Contribuyentes por Vicente”, Sentencia del 15/5/1984, 466 U.S. 789, 104 S.Ct. 2118, 80 L.Ed.2d 772, p. 2128, CSEU, caso “Asociación de Educación Perry c. Asociación de Educadores Perry”, Sentencia del 23/2/1983, 460 U.S. 37, 103 S.Ct. 948, 74 L.Ed.2d 794, 112 L.R.R.M. (BNA) 2766, 9 Ed. Law Rep. 23, p. 45; CSEU, caso “Heffron c. Sociedad Internacional por la Conciencia Krishna”, Sentencia del 22/6/1981, 452 U.S. 640, 101 S.Ct. 2559, 69 L.Ed.2d 298, 7 Media L. Rep. 1489, p. 648; entre otros.

¹¹⁰ Corte Constitucional de Colombia, T-456-92, Sentencia del 14/7/1992, disponible en <http://ramajudicial.gov.co>. En este caso el peticionario había solicitado que el juez invalidara la denegatoria que había expedido el Alcalde Municipal de Honda con relación a una autorización que se le había pedido por el actor y otros ciudadanos para sostener un desfile político y electoral el 29/2/1992 a las 2:00 p.m. por varias calles del mentado municipio, y que en su lugar ordenase conceder dicho permiso. La Corte Constitucional de Colombia sostuvo: “Es importante señalar, que la finalidad del aviso previo, a la luz de la Constitución de 1991, no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohienda. Tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias”.

¹¹¹ Comité DH, caso “Kivenmaa c. Finlandia”, decisión del 10/6/1994, disponible en www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/. Comunicación N° 412/1990: Finlandia. 10/6/1994. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

manifestación (hora, lugar, etc.)¹¹². Las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual¹¹³.

Asimismo, existen las interferencias por parte del poder judicial. La Relatoría entiende que resulta en principio inadmisibles la penalización *per se* de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a

¹¹² Véase Corte Suprema de Zambia, caso “Christine Mulundika y otros 7 c. The People”, Sentencia del 7/2/1996, 2 LCR 175. Los peticionarios alegaron la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley de Orden Público que requería que cualquier persona que deseaba realizar una reunión, procesión o manifestación pública debía solicitar un permiso a la policía. De acuerdo con el mencionado art. la policía tenía la facultad de denegar la solicitud o de, en caso de otorgar el permiso, imponer condiciones. Entre esas condiciones se encontraban: las personas a las que se les permitiría o no se les permitiría participar en una manifestación o reunión pública, las cuestiones que no podrían ser discutidas en dicha manifestación o reunión pública. Asimismo alegaron la inconstitucionalidad del art. 7, el cual establecía una pena de prisión de hasta seis meses o una multa, o ambas por contravenir el art. 5. Los peticionarios habían sido condenados por un tribunal inferior con el delito de asamblea ilegal.

La Corte Suprema de Zambia declaró la inconstitucionalidad de los mencionados artículos por violar el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión consagrados en los artículos 20 y 21 de la Constitución de Zambia. Para así resolver, la Corte sostuvo que el artículo impugnado dejaba un amplio margen de discreción al oficial al que se le solicitaba el permiso. El requisito de un permiso previo representa un verdadero obstáculo a la libertad de expresión y a la libertad de reunión dado que el derecho a organizarse y a participar en una reunión pública es inherente al derecho de expresar y recibir ideas e información sin interferencias y a comunicar ideas e información sin interferencias. La posibilidad de que el permiso para reunirse y expresarse sea denegado con fundamentos arbitrarios o incluso sin fundamentos constituye una denegación conjunta de la libertad de expresión y la libertad de reunión.

La Corte reconoció que las manifestaciones públicas son generalmente reguladas en el derecho comparado. Por ejemplo, consideró que en muchos países es común que se requiera a los organizadores de una manifestación pública la notificación de que van a realizar una manifestación, de tal manera que las autoridades tengan la posibilidad de dar indicaciones o imponer condiciones que sean necesarias para preservar el orden público y la paz. Sin embargo, manifestó que en el caso en cuestión el requerimiento interfería con la libertad de expresión y la libertad de reunión en mucha mayor medida que una simple notificación dado que otorgaba a los oficiales el poder de otorgar o denegar permiso para reunirse y expresarse.

En conclusión, la Corte resolvió que la interferencia con la libertad de expresión y con la libertad de reunión no era necesaria en una sociedad democrática por varias razones: el ilimitado poder de discrecionalidad del oficial al que se le solicitaba el permiso; el hecho de que el oficial al que se le solicitaba el permiso no estaba obligado, al denegar el permiso, a tener en cuenta si se podía prevenir el riesgo de desorden o de poner en peligro la paz alterando las condiciones de la manifestación tales como la hora, la duración o la ruta; a pesar de que las libertades de expresión y de reunión son primarias y sus restricciones secundarias, el art. 5 invertía el orden, denegando dichos derechos a menos que fuera improbable que la manifestación o reunión públicas fueran a causar o llevaran a poner en peligro la paz o el orden público; y la penalización de una reunión realizada sin un permiso sin tener en cuenta la probabilidad de una amenaza a la paz u orden públicos.

¹¹³ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 34.

la libertad de expresión y al derecho de reunión¹¹⁴. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática¹¹⁵. Además, es necesario valorar si la imposición de sanciones penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos.

Es importante recordar que la penalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina¹¹⁶. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente¹¹⁷.

Por último, existen las limitaciones impuestas por los agentes públicos en el ejercicio del poder de policía. La Relatoría considera que los agentes pueden imponer limitaciones razonables a los manifestantes para asegurar que sean pacíficos o para contener a los que son violentos, así como dispersar manifestaciones que se tornaron violentas u obstructivas¹¹⁸. No obstante, el accionar de las fuerzas de seguridad no debe desincentivar el derecho de reunión sino protegerlo, por ello también la desconcentración de una manifestación debe justificarse en el deber de protección de las personas. El operativo de seguridad desplegado en estos contextos debe contemplar las medidas de desconcentración

¹¹⁴ “La selección estatal de un acto de protesta como ilícito penal, cuando esta selección se realiza en infracción a aquellos principios del poder penal del Estado –por ejemplo, porque el acto de protesta está amparado en el ejercicio legítimo de un derecho- constituye un supuesto de criminalización ilegítima”, CELS, *El Estado frente a la protesta social 1996-20002*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003, p. 48.

¹¹⁵ “En caso contrario, el poder penal del Estado, lejos de conformar un recurso de última *ratio* para el aseguramiento de la paz social, se utiliza como un mecanismo espurio de control social”. Véase Ídem, p. 49.

¹¹⁶ “En modo alguno la existencia de otras vías para canalizar un reclamo puede pretender fundar la ilicitud de un acto expresivo en la medida en que, precisamente, la elección acerca de la oportunidad o del modo en que se manifiesta algo es consustancial al carácter voluntario de esa actividad. Sobre todo cuando, *ex ante*, la idoneidad de las vías alternativas resulta, cuanto menos, cuestionable”. Véase Ídem, p. 70.

¹¹⁷ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 35.

¹¹⁸ Véase Corte de Apelaciones de Estados Unidos, caso “Comité de Movilización de Washington c. Cullinane”, Sentencia del 12/4/1977, 566 F.2d 107, 184 U.S.App.D.C. 215, p. 119.

más seguras y rápidas y menos lesivas para los manifestantes¹¹⁹. En este sentido, la Comisión Africana ha sostenido que “las autoridades públicas poseen medios adecuados para dispersar a las multitudes, y que aquellos responsables de mantener el orden público deben hacer un esfuerzo en este tipo de operaciones para causar sólo el mínimo posible de daños y violaciones a la integridad física y para respetar y preservar la vida humana”¹²⁰.

La Relatoría señala que los agentes no pueden arrestar a los manifestantes cuando éstos se están manifestando en forma pacífica y legal. Sólo si la conducta de los manifestantes es legal pero es razonable pensar que va a causar violencia al interferir con los derechos o libertades de otros, entonces los agentes pueden tomar medidas para prevenirlas, siempre y cuando dicha conducta instigue o provoque violencia, no bastando un mero desorden¹²¹.

Además, como ha expresado la Corte Europea, “una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación intenta promover. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores; dicho miedo podría disuadir a asociaciones o grupos de personas que tienen ideas o intereses en común para que no expresen sus opiniones sobre cuestiones sumamente controvertidas que afectan a la comunidad. En una democracia el derecho de oponerse a una manifestación no puede extenderse

¹¹⁹ CELS, *El Estado frente a la protesta social- 1996-20002*, cit., p. 175.

¹²⁰ CADHP, caso “Movimiento Burkinabé por los Derechos Humanos y de los Pueblos c. Burkina Faso”, Decisión tomada en la Sesión Ordinaria N° 29 en Libia, disponible en www.achpr.org, Informe Anual N° 14, AHG/229 (XXXVII), Comunicación N° 204/97, párr. 43.

¹²¹ Véase *Divisional Court de Inglaterra y Gales, Queens Bench Division, caso “Redmond-Bate c. Director de Persecuciones Públicas*, Sentencia del 23/7/1999, 163 JP 789, 1999, Crim LR 998, 7 BHRC 375. En este caso, la peticionaria, junto con otras dos personas, estaban expresando sus creencias religiosas en las escaleras de una catedral. Un transeúnte se quejó de su presencia ante un oficial de policía. El oficial les advirtió de que no pararan a los transeúntes. Cuando se habían juntado alrededor de unas 100 personas hostiles, el oficial temió que la prédica de la peticionaria y las otras dos personas causara violencia entre los espectadores y les pidió que dejaran de hacerlo. Éstas se negaron y fueron arrestadas, siendo la peticionaria acusada de obstruir a un policía en el cumplimiento de su deber, al no hacer caso al pedido del policía de desistir de una conducta que el policía creía razonablemente que iba a causar un quebrantamiento de la paz.

La Corte consideró que no se había probado que la peticionaria y las otras dos personas estaban obstruyendo el paso en la vía pública o que estuvieran actuando de manera ilegal. La Corte sostuvo que un oficial de policía no tiene derecho a decirle a un ciudadano que desista de una conducta legal. Sólo si una conducta legal sugiere razonablemente que, al interferir con los derechos o libertades de otros, causará violencia, puede un oficial de policía tomar medidas para prevenirla. Para que la provocación cause un disturbio a la paz debe instigar a la violencia, el desorden no basta. Suponer que la conducta de la peticionaria y las otras dos personas causarían violencia era ilógico (estaban predicando acerca de la moral, Dios y la Biblia). De esta manera, el oficial de policía no estaba justificado para detener a la peticionaria por un supuesto disturbio a la paz. Por lo dicho, la Corte concluyó que se había violado el derecho a la libertad de expresión de la peticionaria.

hasta el punto de inhibir el ejercicio del derecho a manifestarse”¹²². No obstante, los Estados tienen un amplio margen de discreción al elegir las medidas razonables y apropiadas para asegurar que las manifestaciones legales procedan pacíficamente¹²³. En este sentido, la obligación de garantizar el derecho de reunión es una obligación de medios (medidas a ser tomadas) y no una obligación de resultados¹²⁴.

En relación con los periodistas y camarógrafos que se encuentran realizando su labor en el marco de una manifestación pública, la Relatoría entiende que éstos no deben ser molestados, detenidos, trasladados o sufrir cualquier otra limitación a sus derechos por estar ejerciendo su profesión. Inclusive, sus herramientas de trabajo no deben ser secuestradas. Por el contrario, se debe impedir cualquier acción que intente obstruir su trabajo siempre que no se pongan en riesgo los derechos de terceros¹²⁵.

La Relatoría recomienda a los Estados miembros de la OEA que desarrollen mecanismos efectivos para el pleno ejercicio de la libertad de expresión. La libertad de expresión no requiere, simplemente, que el Estado “quite sus manos”, por ejemplo, de la esfera de la comunicación pública, es decir, que no imponga censuras. La libertad de expresión requiere mucho más: requiere, por ejemplo, que el Estado se involucre en el mantenimiento de lugares públicos abiertos, y en la garantía a todos de un “derecho de acceso a los foros públicos”¹²⁶.

¹²² Corte EDH, caso “Plattform “Arzte fur das Leben” c. Austria”, Sentencia del 21/6/1988, Serie A, N° 139, párr. 32.

¹²³ Ídem, párr. 34. Véase también Corte EDH, caso “Chorherr c. Austria”, Sentencia del 25/8/1993, Serie A, N° 266-B, párr. 31.

¹²⁴ Corte EDH, caso “Plattform “Arzte fur das Leben” c. Austria”, Sentencia del 21/6/1988, Serie A, N° 139, párr. 34.

¹²⁵ Véase CELS, *El Estado frente a la protesta social-1996-20002*, cit., ps. 182-183.

¹²⁶ Holmes, S. y Sunstein, C., *The Cost of Rights*, Norton and Company, Nueva York, 1999, p. 111, citado en Gargarella, “Cómo argumentar (y sobre todo cómo no hacerlo) frente a situaciones de conflicto social. La doctrina argentina frente a la protesta”, en *El derecho a la protesta: el primer derecho*, citada.

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales

Criminalización de la protesta social*

En un Estado de derecho existen límites jurídicos para considerar que una conducta puede ser merecedora de pena y sólo el respeto a esos límites, enunciados generalmente en forma de principios, permite a un Estado desplegar un proceso contra un individuo y, en última instancia, imponerle un castigo. Entre la concepción misma del poder de Estado y su manifestación a través del poder penal¹ existe una relación estrecha, que aun con las dificultades referidas a la determinación de su contenido preciso, hace evidente que el Estado de derecho se caracteriza, al menos, “por garantizar la seguridad de los ciudadanos, mediante una vinculación de la actuación del Estado a normas y principios jurídicos de justicia conocidos de tal manera que los mismos resulten en todo caso comprensibles. En lo demás, se sostiene en la actualidad que el Estado de derecho es ‘una forma de racionalización de la vida estatal’ que permite, a la vez, un eficaz cumplimiento de los cometidos del Estado y, por otra parte, hacer calculable la acción estatal mediante la seguridad jurídica”².

La selección estatal de un acto de protesta como ilícito penal, cuando esta selección se realiza en infracción a aquellos principios del poder penal de Estado –por ejemplo, porque el acto de protesta está amparado en el ejercicio legítimo de un derecho– constituye un supuesto de criminalización ilegítima, o de “criminalización de la protesta”³. Los principios que limitan la intervención estatal también pueden ser entendidos, sin demasiada complejidad, como mandatos de acción a cada uno de los poderes de Estado, lo que permite hablar de criminalización legal, judicial o ejecutiva, dentro del ámbito de atribuciones de cada poder con participación en el proceso de selección de acontecimientos susceptibles de reacción penal.

* Este artículo es un extracto del capítulo III del libro *El Estado frente a la protesta social (1996-2002)*, publicado por Siglo XXI y CELS en el año 2002 en el marco de la colección “Temas para pensar la crisis”. El texto corresponde a una investigación que abarca el período definido en el título y no fue actualizado para esta publicación.

¹ Cfr. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, Fundamentos, 2ª edición, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

² Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 231.

³ La expresión ha recibido un uso más o menos coherente en este último sentido y está cargada ya de una connotación disvaliosa entre quienes se han referido a la cuestión, por lo que no nos apartaremos de este uso, aun cuando conceptualmente pueden imaginarse supuestos válidos de criminalización de actos expresivos.

I. La intervención del Poder Judicial sobre la protesta social

Desde 1996 el Poder Judicial ha abusado en muchos casos de sus potestades constitucionales para sofocar la protesta social, pero la criminalización judicial de la protesta ha gestado su naturaleza más propia en la iniciación de miles de procesos penales al margen del derecho, con la única finalidad de controlar ilícitamente la acción política en el campo popular. De tal modo, el poder penal de Estado, lejos de conformar un recurso de última *ratio* para el aseguramiento de la paz social, se utiliza como un mecanismo espurio de control social.

El poder jurisdiccional, cuya legitimidad democrática sólo abreva en el poder de decir el derecho vigente allí donde una acción u omisión lo ha lesionado, lejos de consolidar su relación con la comunidad ha participado activamente en el desmantelamiento de las garantías de la Constitución. Es imposible reconocer una judicatura democrática allí donde la reacción penal se incrementa mientras el desguace social avanza y se dificulta el ejercicio de cualquier derecho imaginable. La pobreza sólo pudo haber aumentado al mismo ritmo que la reacción penal porque los jueces renegaron de su vínculo con la comunidad.

La actividad del Poder Judicial, y no la de otros poderes constitucionales, ha sido crucial en la determinación del fenómeno de la criminalización de protestas. No han existido importantes deficiencias en la actuación de los poderes legislativos nacional y provinciales y si bien se han verificado groseras violaciones de derechos en la faz ejecutiva del Estado –en particular, en la actuación de las fuerzas de seguridad–, ello ha sido posible, precisamente, gracias a la sustantiva ausencia de una intervención activa del Poder Judicial durante su actuación y, luego de ella, en la investigación de lo ocurrido. Lamentablemente, la magistratura no se ha limitado a omitir controlar a los otros poderes de Estado, sino que ella misma ha realizado en muchos casos un aporte decisivo para criminalizar la protesta.

II. Principios del poder penal de Estado

Los límites al poder penal de Estado –bajo la forma de principios de que se compone todo modelo de derecho penal– enuncian cada uno una condición sin la cual no está permitido al Estado imponer una pena⁴. Si aceptamos que la responsabilidad penal es el conjunto de las condiciones normativamente exigidas para que una persona sufra una pena, cada uno de estos principios designa, además, una condición de la responsabilidad penal. Luigi Ferrajoli propone una clasificación de diez principios que seguiremos aquí, dado la claridad y profundidad expositiva de su trabajo⁵. De un modo u otro, cada uno de ellos ha sido

⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo penal*, Trotta, Madrid, p. 92. Según este autor, es posible “trazar una tabla analítica y sistemática” de todos los principios que componen el modelo garantista del derecho penal. Estos principios, “formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales (...) están ligados entre sí. Es, pues, posible formalizarlos, aislar los fundamentales de los derivados y ordenarlos” (p. 91).

⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 91.

puesto en crisis por los órganos del Estado argentino durante el período analizado, por lo que nos referiremos muy brevemente a ellos para analizar inmediatamente después su infracción⁶.

No hay pena sin crimen: el principio de retribución

La pena estatal no puede ser impuesta sino ante la acción típica, antijurídica, culpable y reprochable a una persona determinada⁷. La exigencia de la comisión de un delito como antecedente para la imposición de una pena constituye una garantía sustancial que excluye cualquier finalidad

No hay crimen sin ley: el principio de legalidad

Sencillamente, no hay delito sin una ley previa que así lo establezca⁸: “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable (...)” (art. 9, CADH)⁹. El principio de legalidad posibilita una limitación del poder del Estado y con ello asegura la libertad del individuo¹⁰. Su contenido se manifiesta en cuatro exigencias:

⁶ Los seis primeros principios corresponden a garantías vinculadas al derecho penal de fondo y los cuatro últimos a garantías del derecho procesal penal. Sin perjuicio de la dificultad que existe en ciertos casos para diferenciar unas y otras en torno a ciertos institutos (v. gr., la prescripción de la acción penal), el respeto a todos ellos debe verificarse para que la imposición de una pena sea legítima, razón por la cual los tratamos aquí conjuntamente.

⁷ Es así como “La garantía del carácter retributivo de la pena –en virtud del cual nadie puede ser castigado más que por lo que ha hecho (y no por lo que es)– sirve precisamente para excluir, al margen de cualquier otra finalidad utilitarista o de cualquier otro modo utilitarista, el castigo del inocente cuando se lo considere de por sí malvado, desviado, peligroso, sospechoso o proclive al delito, etc.” (Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 369).

⁸ Históricamente, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es producto de la Ilustración. Así, ya aparece en las constituciones americanas de 1777, en el Código Penal austríaco de 1787, en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y poco después en el derecho territorial prusiano de 1795. Actualmente, se la reconoce en casi todos los códigos penales del mundo (cfr. Roxin, Claus, *Iniciación al Derecho Penal de hoy*, Universidad de Sevilla, 1981, p. 100).

⁹ El artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) también incorpora el principio de legalidad. Su alcance fue indicado en el caso “Kokkinakis c. Grecia” como sigue: “el artículo 7.1. del Convenio no se restringe a la prohibición retroactiva de la ley penal al acusado. Prescribe, asimismo, más generalmente, el principio que sólo la ley puede definir un crimen y establecer la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de que la ley penal no puede ser construida extensivamente en detrimento del acusado, por ejemplo, por medio de la analogía; se sigue de esto que un delito debe estar claramente definido en la ley. Esta condición se satisface cuando un individuo puede conocer de las palabras de las normas relevantes y si es necesario con la asistencia de la interpretación de los tribunales acerca de qué actos y omisiones lo harán responsable”.

¹⁰ Según ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “en una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de la legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al ejercicio representativo de la democracia” (*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva N° 6, del 9 de mayo de 1986, Serie A, N° 6, párrafo 33).

lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta (ley previa, escrita, cierta y estricta), de las que se derivan cuatro prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penales indeterminadas¹¹ y la extensión del texto legal a situaciones análogas en contra del acusado¹².

No hay ley sin necesidad: el principio de proporcionalidad

La reacción penal debe ser proporcional a la importancia del derecho afectado pues el derecho penal constituye una limitación de derechos fundamentales. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las restricciones de derechos sólo son razonables cuando resultan necesarias para el ejercicio de otros derechos y de allí que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido (...) la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”¹³.

No hay necesidad sin ofensa: el principio de lesividad

Sólo las acciones que dañan a terceros pueden ser consideradas delito (CN, art. 19). No basta con que una conducta sea reprochable moralmente, sino que es necesaria una justificación externa a la norma penal, mediante la incorporación de criterios ético-políticos y de justicia a la legislación. Estos principios, luego, son idóneos “para justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales (...) sólo a las acciones reprochables por ‘sus efectos’ lesivos a terceros. La ley penal tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y socia-

¹¹ “El contenido de esos actos de intervención han de estar suficientemente detallados y especificados y por último el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad tanto el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos” (Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Ariel, Madrid, 1989, p. 143).

¹² Con frecuencia se ha repetido que este principio constituye la *carta magna del delincuente*, “este punto de vista ha sido puesto en duda en la actualidad. Se piensa, en este sentido, que la consideración del principio de legalidad como instrumento para la protección de los delincuentes distorsiona su correcto significado y tiene consecuencias no probables desde el punto de vista de los derechos fundamentales. En efecto, si ya se sabe que quien está ante un tribunal es un delincuente (como creían poder saber los positivistas) siempre cabría preguntarse: ¿por qué razón limita la defensa de la sociedad frente a los delincuentes? Es decir, si el principio de legalidad es un *mal necesario*, dado que protege al ‘malo’ frente al ‘bueno’ (el Estado), es claro que la reducción de sus alcances debería merecer comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege a personas de las que no es posible afirmar si son o no delincuentes, mientras no hayan sido condenadas, es indudable que se trata de un *bien necesario*, pues protege al débil (el ciudadano) frente al fuerte (el Estado). Consecuentemente, la reducción de sus alcances no debería contar con la comprensión de los demócratas” (cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª ed., ps. 234-235).

¹³ Corte IDH, “La colegiación obligatoria de periodistas” (art. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva N° 5, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párrafo 46.

les representados por estos *efectos lesivos* y sólo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones. No se puede ni se debe pedir más al derecho penal”¹⁴.

No hay ofensa sin acción: el principio de materialidad de la acción

Ningún daño, aun el más relevante, puede ser imputado a una persona si no ha sido el resultado de una acción individual. Para ello, es necesario que una relación de causalidad sea establecida entre la acción y el resultado. Consecuentemente, “los delitos, como presupuesto de la pena, no pueden consistir en actitudes o estados de ánimos interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas –materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables– describibles, exactamente, en cuanto tales, por la ley penal”¹⁵.

No hay acción sin culpa: principio de culpabilidad

No puede castigarse a alguien sino por los actos propios –principio de responsabilidad por el hecho–¹⁶ que haya podido prever y evitar –principio de dolo o culpa–. El principio de culpabilidad también exige que el autor de la conducta haya podido motivarse conforme a la norma, es decir que el hecho debe haber sido “producto de una motivación racional normal”¹⁷.

No hay culpa sin juicio: principio de inocencia

Nadie puede ser penado sin juicio previo. No se puede tratar a quien se le atribuye un crimen como si fuera culpable –cualquiera sea el grado de verosimilitud de la imputación– hasta tanto el Estado, por medio de sus órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie

¹⁴ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 465.

¹⁵ Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 480

¹⁶ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., corregida y puesta al día con arreglo al Código Penal de 1995. Barcelona, 1996, ps. 79-80.

¹⁷ *Ibídem*. El principio de culpabilidad en sentido estricto requiere que la pena se aplique “sólo al autor de un delito que haya podido comprender, por lo menos, la ilicitud de su comportamiento y haya podido comportarse de acuerdo con ésta, así como que haya obrado sabiendo qué acción realiza, o por lo menos, infringiendo los deberes de cuidado que le incumben. De estas exigencias generales se deriva que tanto el error sobre las circunstancias del hecho punible como el que recae sobre la antijuridicidad deban ser reconocidos como eximentes de responsabilidad, cuando hayan sido inevitables para el autor” (cfr. Bacigalupo, *Derecho Penal*, cit., p. 240). Por otro lado, el principio de culpabilidad incide en la individualización de la pena, “estableciendo que la gravedad de la culpabilidad determina el máximo de la gravedad posible de la pena aplicable. Esta exigencia es reconocida en la actualidad cualquiera sea la fundamentación que se siga en lo referente a los criterios de justificación de la pena... Dicho de otra manera: el principio de culpabilidad excluye de manera categórica la posibilidad de determinar la pena sólo o fundamentalmente, por la peligrosidad del autor o por las necesidades de defensa social. En este sentido el principio de culpabilidad se vincula de una manera decidida con uno de los valores fundamentales del Estado de derecho: el respeto de la *dignidad de la persona*” (cfr. Bacigalupo, *Derecho Penal*, cit., p. 240).

la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena¹⁸. Luego, “la inocencia o la culpabilidad se mide (...) según lo que el imputado ha hecho o ha dejado de hacer en el momento del hecho que le es atribuido”¹⁹ y culpable es “quien se comportó contraviniendo un mandato o una prohibición, de manera antijurídica, culpable y punible”²⁰. Este principio supone, entre otras consecuencias, que, como regla, la persona a quien se le impute la comisión de un delito debe gozar de libertad durante el proceso sin estar sujeto a restricciones por parte del Estado²¹.

No hay juicio sin acusación: el principio acusatorio

El órgano encargado de juzgar no puede cumplir con la función de acusar y de investigar. El Estado tiene el monopolio de la persecución pública de los delitos y como consecuencia de ello debe acusar, investigar y juzgar a sus responsables. Sin embargo, para garantizar el derecho a un juicio justo resulta imprescindible que esas funciones recaigan sobre diferentes órganos, en tanto esto constituye un riesgo funcional²² que compromete la imparcialidad de sus decisiones²³. Por otra parte, el principio acusatorio exige del acusador la circunscripción del hecho imputado a una acción u omisión concreta de una persona identificada, expresada de manera clara, precisa y circunstanciada. Ello implica “describir un acontecimiento –que se supone real– con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (...) y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ya ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio, y no para mentar categorías conceptuales”²⁴.

¹⁸ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 490.

¹⁹ Ídem, p. 491.

²⁰ Ibídem.

²¹ Sin embargo, existen supuestos en los que se justifica la imposición de ciertas medidas de coerción antes de la sentencia firme de condena. Es lo que Maier denomina “coerción procesal”. Estas medidas deben encontrarse justificadas por los dos fines del proceso, ellos son la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal. Dichos fines pueden ser puestos en peligro por la fuga del imputado o por cualquier acción u omisión suya o de otra persona que obstaculice la consecución de los fines enumerados.

²² Cafferata Nores, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 2000, p. 93.

²³ Por esta razón, no se admiten como funciones de los tribunales “las de investigar de oficio, intervenir en la preparación o formulación de la acusación o procurar por su propia iniciativa los datos probatorios sobre el caso a fin de obtener el conocimiento necesario para basar su decisión sobre el fundamento de aquélla” (Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 31).

²⁴ Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, cit., p. 553.

No hay acusación sin prueba: el principio de la carga estatal de la prueba

Para establecer la responsabilidad penal de un imputado, el Estado debe probar su culpabilidad más allá de toda duda razonable²⁵. El Estado, por intermedio del acusador oficial, tiene la carga de probar el hecho ilícito y la responsabilidad del imputado en aquél y ello excluye cualquier colaboración del imputado con la acusación. De ahí la prohibición de la autoincriminación, que supone el derecho del imputado a permanecer callado. El acervo probatorio debe estar integrado por todos los indicios que justifican la acusación: ninguna de las pruebas debe mantenerse en secreto²⁶ y la responsabilidad penal debe ser demostrada mediante datos probatorios objetivos, “nunca deducida de presunciones”²⁷.

No hay prueba sin defensa: el principio del contradictorio

El acusado tiene derecho a resistir la hipótesis acusatoria desde el primer momento de la persecución penal. Ello implica, en primer lugar, que la persona imputada de un ilícito debe ser informada, mediante una intimación previa, acerca de los aspectos relevantes de la imputación y de las pruebas existentes en su contra²⁸. El imputado tiene el derecho de efectuar su descargo o de guardar silencio, sin que esta última opción pueda ser considerada en su contra (CN, art. 18). Si ofrece prueba de descargo, el imputado tiene derecho a que ésta sea valorada por el tribunal.

Además del derecho a la defensa personal, el acusado tiene el derecho irrenunciable a contar con el asesoramiento de un defensor técnico²⁹ y a tener una comunicación fluida y privada con él. La asistencia técnica no debe ser considerada solamente en sentido formal, sino que el desempeño profesional debe ser diligente y eficaz por parte del abogado. Otra de las implicancias del derecho de defensa es el deber de los jueces de motivar sus decisiones. La fundamentación de una decisión judicial “debe ser *legal* (fundada en pruebas válidas), *veraz* (no podrá fabricar ni distorsionar los datos probatorios), *específica* (debe exigir una motivación para cada conclusión) y *arreglada* a las reglas de la *sana crítica racional* (principios de la lógica, las ciencias y la experiencia común)”³⁰.

²⁵ Comisión IDH, Informe 5/96, caso 10.970, sin destacado.

²⁶ Así lo entendió la Comisión IDH en su informe 7138/75, en donde se reconoce el derecho del acusado a tener acceso a toda la prueba obtenida por el ministerio fiscal (cfr. Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 109).

²⁷ Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., ps. 73-74.

²⁸ El CPP, Nación, en sus artículos 297 y 298 especifica la garantía de “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” establecida por el artículo 8.2, apartado b, de la Convención Americana.

²⁹ Ello deriva en cierta medida del derecho a la “paridad de armas”, pues al ser el acusador una persona con conocimientos jurídicos es justo que se le otorgue al que resiste su imputación la posibilidad de contar con asesoramiento técnico.

³⁰ Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos*, cit., p. 120.

III. El deficiente reconocimiento judicial de la libertad de expresión

III. 1. El problema

Los tribunales de justicia incurrieron repetidas veces en interpretaciones equivocadas, cuando no arbitrarias, sobre el alcance de las figuras penales que en cada caso podían involucrar a los participantes de los cortes de ruta o de manifestaciones similares.

Muchas de esas decisiones judiciales llanamente han excedido el marco estricto de la ley penal por aplicación extensiva de algunos tipos penales. En otros casos, advierten con claridad la posible lesión al derecho a la libertad de tránsito de los afectados por los cortes pero no consideran adecuadamente los derechos a peticionar, a expresarse o a reunirse que en cada caso podrían concurrir también.

Este comportamiento judicial violatorio de derechos ha sido denunciado por varias organizaciones y ha sido tratado con detalle en varios trabajos de doctrina, en los que precisamente se señala que algunas consideraciones exigidas para el correcto balance de los derechos en juego no son tratadas por los jueces al fallar en relación con estos actos de protesta.

III. 2. El valor democrático de la libertad de expresión

La primera advertencia, por supuesto, es que “conviene tomar más en serio el peso de un derecho como el de la libertad de expresión (...) no es un derecho más sino, más bien, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática (...) en casos como los que examinamos, la libertad de expresión no sólo merece ser tomada en cuenta, como cualquier otro derecho afectado, sino que –mucho más– requiere de una atención urgente y privilegiada: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático”³¹.

Específicamente, “esto implica defender un arreglo institucional en donde, por ejemplo, no sólo se deje de lado la censura previa, sino que además se procure *asegurar* que las distintas voces (demandas, quejas) presentes en la sociedad puedan ser escuchadas. En líneas más generales, el esquema defendido (...) implica un compromiso con un sistema institucional en donde los derechos más estrechamente vinculados con la autonomía individual y el autogobierno colectivo reciban una protección privilegiada (una sobreprotección) por parte del Estado. El Estado, aquí se asume, encuentra en el respeto más firme de tales derechos el fundamento mismo de su propia legitimidad”³². En efecto, la democracia deliberativa encuentra una virtud instrumental en la expresión del disenso, pues es uno de los reaseguros procedimentales básicos para la obtención de decisiones políticas con mayor probabilidad de justicia.

³¹ Zaffaroni, Eugenio R.; Gargarella, Roberto, “Expresión cívica y cortes de ruta”, ponencia en el Foro: La criminalización de la protesta social, 10/7/2000, Central de Trabajadores Argentinos, s/p. Para profundizar las cuestiones jurídicas analizadas en esta sección puede verse también el artículo “La Casación y los Cortes de Ruta”, Ad-Hoc, Buenos Aires, en prensa, elaborado por Leonardo Filippini y Santiago López en el marco de esta investigación.

³² Gargarella, Roberto, “¿Un camino sin salida? El derecho ante los cortes de ruta”, en: *Nueva Doctrina Penal*, 2001/A, Del Puerto, Buenos Aires.

III. 3. Restricciones legítimas a la expresión

El valor preferido de la libertad de expresión por sus implicancias democráticas aporta argumentos sustanciales al momento de dirimir la tensión frente a otros derechos. Tal posición clave y básica de la libertad de expresión respecto de los demás derechos, ha permitido al Tribunal Constitucional español configurarlo como un derecho preferente, en virtud de lo cual “cuando (...) entre en conflicto con otros derechos fundamentales e incluso con otros intereses de significativa importancia social y política respaldados por la legislación penal, las restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse deben ser interpretadas de tal modo que el contenido fundamental del derecho en cuestión no resulte, dada su jerarquía institucional, desnaturalizado ni incorrectamente relativizado”³³. También la Convención Americana otorga un “valor sumamente elevado” a la crítica política y reduce al mínimo la posibilidad de cualquier restricción³⁴.

Por ello, en primer lugar, está prohibida la censura previa salvo supuestos muy excepcionales (CADH, art. 13). Ello significa que como regla, frente a un acto expresivo, sólo es posible una reacción estatal, nunca una intromisión previa. Esta responsabilidad ulterior, además, solamente es válida en la medida en que cumpla con ciertos requisitos. Según ha establecido la Corte IDH, la imposición de responsabilidades ulteriores restrictivas del ejercicio de la libertad de expresión debe satisfacer cuatro exigencias para que tenga validez en virtud de la norma del artículo 13: 1) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben fijarse previamente; 2) estos fundamentos deben estar expresados con precisión dentro del marco de la ley; 3) los fines que se persiguen deben ser legítimos y 4) los fundamentos para establecer la responsabilidad deben ser necesarios para asegurar el fin legítimo que se procura³⁵. El término “necesario”, en el contexto del artículo, debe considerarse como algo más que “útil”, “razonable” o “conveniente”, debe demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión³⁶.

Los gobiernos, luego, no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima³⁷. En la misma línea, la invocación abs-

³³ STCE, 159/1986.

³⁴ Cfr. Corte IDH, OC-5/85, párr. 30-32.

³⁵ Corte IDH, OC-5/85, párr. 89.

³⁶ Corte IDH, OC-5/85, para. 79. La Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que “necesarias” sin ser sinónimo de “indispensable” implica “la existencia de una necesidad social imperiosa” y que para que una restricción sea “necesaria” no es suficiente demostrar que sea “útil” “razonable” u “oportuna” (*The Sunday Times case*, judgment of 26 april 1979, Series A n° 30, párr. n° 59, pp. 35-36).

³⁷ Cfr. CIDH, “Informe sobre la compatibilidad...”.

tracta a la necesaria armonización entre todos los derechos no otorga fundamento suficiente a la decisión de restringir una protesta, pues no ofrece mayores argumentos acerca del modo en que debe construirse el entramado de los intereses en juego³⁸.

Es bueno enfatizar las variables que deben tomarse en cuenta en la ponderación de si la limitación de un derecho está justificada: “Si la satisfacción de un derecho lleva a la frustración de otro no sólo por acción sino también por omisión; si la incompatibilidad en la satisfacción de diversos derechos se debe o no a acciones voluntarias de otros; si los titulares de los derechos frustrados consintieron o no, libre y conscientemente esta frustración; si no es posible ofrecer vías alternativas para un ejercicio compatible de los derechos en pugna; si es o no posible compensar suficientemente a los titulares de los derechos frustrados; cuál es la jerarquía de los bienes protegidos por los derechos en conflicto en función de la autonomía personal, dando preferencia a la autonomía de los menos autónomos; el número de la gente involucrada en el conflicto de derechos. Todos estos factores deben ser tomados en cuenta lo más explícitamente posible –para hacer posible la deliberación democrática– por la ley o medida limitativa de derechos”³⁹.

Luego de afirmar que ningún derecho es absoluto, no sabemos mucho más acerca de cómo deberíamos actuar y esta relativa incertidumbre exige que la resolución de un conflicto constitucional recurra a un análisis refinado y cuidadoso, especialmente cuando de él depende la imposición de una pena ¿qué derecho debe prevalecer, en qué grado o medida, cuándo puede ejercerse la restricción?

Por supuesto, muchas de las protestas se desarrollaron en vías públicas importantes y acarrearón severas molestias para muchas personas ajenas a la manifestación. Sin embargo, en modo alguno ello permite concluir que por tal razón se trate ya de actos ilícitos. No puede olvidarse que justamente las calles y parques son lugares especialmente privilegiados para la expresión pública. La construcción del “foro público” en la doctrina de la Corte de los Estados Unidos, sobre la base de decisiones como *Hague* y *Schneider*⁴⁰, considera, justamente, que “las calles y los parques han sido confiadas al uso público desde tiempo inmemorial, usándose desde siempre para el propósito de que los ciudadanos se reúnan en asambleas, se comuniquen entre sí, y discutan sobre cuestiones públicas” (*Hague*)⁴¹. Notablemente entonces, dice Gargarella⁴², desde *Hague*, la Corte Suprema norteamericana se preguntó dónde, si no en la vía pública, pretender la expresión de la ciudadanía. Lo verdaderamente importante es que en todos los casos existen ideas en debate, y éstas merecen el más decidido cuidado por parte

³⁸ Nino, Carlos, *Fundamentos de Derecho Constitucional; Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 484-485.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ “*Hague v. Cio*”, 307 US 496 (1939) y *Schneider v. State*, 308 US 147 (1939).

⁴¹ Cit. por Gargarella, Roberto, op. cit., s/p.

⁴² Gargarella, Roberto, op. cit., s/p.

del poder público. Los daños podrán merecer reproches por parte de la comunidad pero es perfectamente posible distinguir un exceso reprochable de la prioritaria necesidad de resguardar las expresiones públicas de la ciudadanía.

III. 4. El derecho de reunión y el uso del espacio público

El derecho de reunión, cuando se ejercita en lugares de tránsito público, es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera como procedimiento del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses o de la publicidad de problemas o reivindicaciones, “constituyendo, por tanto, un cauce relevante del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son el subjetivo –agrupación de personas–, el temporal –duración transitoria–, el finalista –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración–”⁴³.

De tal forma, para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando el modo de ejercicio o prohibiéndolo, es preciso que existan razones fundadas⁴⁴. Sobre esta base conceptual, el Tribunal Constitucional español en casos similares a los que se ha topado la Justicia argentina, ha podido arribar razonablemente a conclusiones bien diversas acerca del uso del espacio público, cuando sobre él se despliega una reunión política pues el ejercicio de este derecho, según tiene dicho ese tribunal, “por su propia naturaleza, requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir instrumental de las calzadas”, reconociendo que “la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos”⁴⁵. Por ello, precisamente, aun cuando el ejercicio de este derecho fundamental conlleve las señaladas restricciones, no puede perderse de vista que “en una sociedad democrática el espacio urbano no es sólo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”⁴⁶.

⁴³ STCE, 66/1999.

⁴⁴ 60 Por este motivo dice el STCE “en la STCE 66/1995, FJ 3, sostuvimos que en el supuesto de que la autoridad gubernativa decida prohibir la concentración debe: ‘a) motivar la Resolución correspondiente (STCE 36/1982); b) fundarla, esto es, aportar razones que le han llevado a la conclusión que de celebrarse producirá la alteración del orden público proscrita, y c) justificar la imposibilidad de adoptar las medidas preventivas necesarias para conjurar esos peligros y permitir el ejercicio del derecho fundamental’. En todo caso, como también advertimos en la STCE 66/1995, la autoridad competente, antes de prohibir el ejercicio de este derecho fundamental, deberá proponer, aplicando criterios de proporcionalidad, las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse, pues sólo podrá prohibirse la concentración en el supuesto de que, por las circunstancias del caso, estas facultades de introducir modificaciones no puedan ejercitarse” (STCE, 42/2000).

⁴⁵ STCE, 59/1990, FJ 6; STCE, 66/1995, FJ 3.

⁴⁶ STCE, 66/1995, FJ 3, sin destacado.

III. 5. Las dificultades expresivas

Otro problema que no es abordado debidamente por los jueces es el referido a las dificultades expresivas de algunos grupos para hacerse escuchar en la arena pública. En muchos casos, los manifestantes, a pesar de haber vías alternativas de expresión, han preferido seguir adelante con una medida como cortar una ruta, directamente perjudicial para muchos de los habitantes de la comunidad. Ello parecería indicar, intuitivamente, que no hay un problema serio en el respeto al derecho a la libertad de expresión y que, en consecuencia, el procesamiento o condena de los manifestantes es legítimo.

Sin embargo, en muchos de estos casos, puede presentarse de todos modos una violación a la libertad de expresión, aun cuando es cierto que existen otros canales de expresión. Lo dirimente es si efectivamente el Estado garantiza un espacio e intensidad adecuados a la voz política de cada uno. En la inmensa mayoría de casos alcanzados por la justicia penal, los reclamos han estado protagonizados por personas de escasos recursos y con graves dificultades para tornar audibles sus voces y llamar la atención del poder público. Frente a ello los jueces deben comprender cuál es la gravedad que tienen protestas de esa índole pues es vergonzante que un Estado de derecho admita situaciones de pobreza, pero también lo es que situaciones de ese tenor no puedan traducirse en reclamos férreos sobre ese Estado.

III. 6. La criminalización en la actuación del Poder Legislativo

La primera vía a través de la cual un acontecimiento puede ser considerado un crimen, fuera de los límites que el estado de derecho reclama, es la actuación de los poderes legislativos. Varios de los principios señalados al inicio de este capítulo pueden ser entendidos, sin demasiada complejidad, como mandatos dirigidos al legislador, tanto respecto de la forma como del contenido que debe otorgar a la ley penal y a la ley procesal penal.

La insuficiente determinación de algunos comportamientos punibles como consecuencia de la utilización de elementos subjetivos y normativos en la descripción de los tipos y el uso de tipos penales abiertos y leyes penales en blanco, por ejemplo, pueden poner en crisis la vigencia del principio de legalidad. Más delicado aun es el problema de la indeterminación

No obstante ello, no se advierte que haya habido una acción legislativa dirigida a criminalizar los actos de protesta durante el período analizado. Antes bien, han existido proyectos de amnistía e indultos, respecto de individuos procesados y condenados a raíz de su participación en acciones colectivas. A diferencia de otras ocasiones, en las cuales luego de ciertos episodios el Congreso ha incrementado la regulación de un área específica de conductas (por el ejemplo, el secuestro seguido de muerte, luego de que el hijo de un empresario petrolero fuera víctima de un hecho de esas características; o el aumento de pena para quienes den muerte a un policía, como reacción a cifras crecientes de fallecimientos de personal policial), no ha habido tal reacción respecto de los cortes de ruta.

Tampoco se advierten distorsiones en el régimen procesal penal, a pesar de que tanto el Congreso federal como las Legislaturas locales tienen bien conoci-

dos antecedentes en la práctica de reaccionar de manera compulsiva frente a ciertos comportamientos, distorsionando los principios y garantías constitucionales⁴⁷.

Con todo, se han suscitado algunas discusiones en relación con algunos tipos penales preexistentes al período 1996-2002 que han sido aplicados en contra de los manifestantes y sobre ellas nos detendremos en lo que sigue, pues esas deficiencias o cuestiones problemáticas han contribuido a su aplicación equivocada por parte de algunos magistrados.

III. 6. A. El delito de entorpecimiento de servicios públicos

Una de las figuras utilizadas en la persecución de manifestantes, como vimos, es la del artículo 194 del Código Penal que establece que “el que, sin crear una situación de peligro común, impidiere, estorbare o entorpeciere el normal funcionamiento de los transportes públicos por tierra, agua o aire o los servicios públicos de comunicación, de provisión de agua, de electricidad o de sustancias energéticas, será reprimido con prisión de tres meses a dos años”.

La figura del artículo 194 se emparenta estrechamente con aquellas figuras que pretenden disuadir agresiones sobre la seguridad común, conformándose el entorpecimiento del servicio de transporte en una subespecie menos grave en aquellos casos en los cuales la afectación del servicio genera un perjuicio más improbable a la seguridad común. De ello se sigue que el sentido de la punición no se dirige a aventar todo tipo de afectación al servicio.

A pesar de ello, cierta amplitud en la descripción del comportamiento prohibido ha favorecido las interpretaciones judiciales que criticamos. Por este motivo, el CELS y el Comité de Acción Jurídica de la CTA han discutido en sus presentaciones ante la CIDH la conducta legislativa en relación con el artículo 194 CP, pues, desde un punto de vista, podría cuestionarse que la descripción del tipo legal no satisface el requisito de legalidad, referido a la precisión que la descripción legal debe tener. En efecto, “la citada figura legal está redactada en términos tan amplios que necesariamente debe hacerse un análisis exhaustivo que permita distinguir en ella las conductas que conmueven la norma prohibitiva de aquellas que no lo hacen, aún cuando a primera vista parezca que tal situación acontece de todos modos (...) el entorpecimiento en el normal funcionamiento del transporte queda configurado por hechos cotidianos que de ningún modo constituyen delito. Ejemplos claros de estos supuestos son el simple estacionamiento en doble fila que obstaculiza el paso del transporte en una calle, el peatón que cruzando la calle por un lugar y en un modo prohibido genera la frenada brusca de un autobús; sin embargo resulta absolutamente descabellado suponer que estos hechos que en principio pueden considerarse alcanzados por la norma sean objeto de sanción conforme lo establece el artículo referido del Código Penal de la Argentina”⁴⁸.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, el fallo de la CSN, “Nápoli”, en relación con las modificaciones introducidas en el CPP Nación, o el texto del artículo 10 de la ley 24.390 frente a la doctrina de la Corte IDH, en el fallo “Suárez Rosero”.

⁴⁸ CELS / CAJ-CTA denuncia ante la CIDH. Marzo de 2001.

Algunas jurisdicciones regulan el conflicto con mayor cuidado y de allí que sea posible afirmar alguna desidia por parte del legislador nacional. El Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, establece como contravención “impedir u obstaculizar la circulación de personas o vehículos por la vía pública o espacios públicos, salvo que sea en ejercicio de un derecho constitucional, y se haya dado previo aviso a la autoridad” (art. 41).

También en la legislación comparada el conflicto está regulado con mejor detalle. El artículo 21 de la Constitución Española, reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas sin autorización previa (inc. 1) y dispone expresamente que “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes” (inc 2). De modo consecuente con esta cláusula, el artículo 167 del Código Penal estipula que sólo serán ilícitas las reuniones o manifestaciones “que se celebraren con el fin de cometer algún delito, y también a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos”.

Por exclusión, debe entenderse que todas las reuniones o manifestaciones que no encuadren dentro de dicho artículo serán reputadas lícitas, por lo menos desde la perspectiva penal. A la vez, el artículo 166 del mismo código refuerza esta protección y castiga con pena pecuniaria a quienes “impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita”.

La inclusión de aclaraciones de esta índole en la legislación vecinal y en el derecho comparado bien podría haber sido observada en la legislación penal. Especialmente una vez que se tornó evidente para cualquiera que los cortes de ruta eran el canal ordinario –y en ocasiones el único– para la manifestación del reclamo social y político.

III. 6. B. El delito de sedición⁴⁹

También se advierten algunas falencias en las expresiones utilizadas para describir el hecho punible del tipo penal de sedición. Se trata de términos vagos que dificultan seriamente la posibilidad de percibir con claridad qué conductas son denotadas por ellas. El artículo 230 inciso 1 CP establece: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años: 1º) los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y peticionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional)”.

El hecho de que el tipo en cuestión resulte ser una exacta transcripción del artículo 22 de la CN no impide que se cuestione su constitucionalidad por carecer del grado de certeza que prescribe el artículo 18 CN. Expresiones como *atribuirse los derechos del pueblo o peticionar a nombre de éste* poseen, en el contexto utilizado, una carga emocional, en este caso de naturaleza desaprobadora,

⁴⁹ Algunas de las observaciones que siguen están basadas en un dictamen elaborado por el abogado Rodrigo Borda, miembro del CELS.

que perjudica su significado cognoscitivo. La palabra *pueblo* es particularmente ambigua. Por ello, un sector de la población que realiza un reclamo puntual a las autoridades públicas o al resto de la ciudadanía, en defensa de sus propios intereses particulares, no se atribuye los derechos del pueblo ni actúa en su nombre. La doctrina precisa que para que una conducta sea delito a la luz de esta figura penal, la petición debe asumir la forma de una imposición velada⁵⁰ y debe tratarse de una *petición extorsiva*⁵¹, de acuerdo con las características del grupo que peticiona, medios utilizados, propósitos exteriorizados y actitudes asumidas por el mismo. Esta caracterización por demás imprecisa del delito de motín, como una “petición aparentemente respetuosa” pero abusiva por extorsiva, como “amenaza latente” y no “actual”, pone en evidencia lo dificultoso que resulta otorgarle un sentido claro a esta disposición, que sea compatible, por un lado, con el principio de legalidad (art. 18 CN) y, por otro, con los derechos de naturaleza política (libertad de expresión, derecho de peticionar y derecho de reunión) que la CN reconoce a todo ciudadano.

III. 7. La criminalización en la actuación de la Administración

Los mismos vicios respecto de la identificación de sucesos delictivos han presentado las intervenciones de las fuerzas de seguridad al momento de interpretar los supuestos que legitiman su acción preventiva o represiva. Al igual que los órganos del Poder Judicial, los agentes de las fuerzas de seguridad deben, antes de intervenir, considerar adecuadamente si se encuentran frente a un hecho ilícito o no. Si no existe un hecho ilícito, las fuerzas de seguridad no pueden actuar interfiriendo el ejercicio de derechos de un particular. Más concretamente, si una manifestación no es ilícita, la policía o la Gendarmería no pueden disolverla; y si las fuerzas de seguridad consideran con manifiesto error que una reunión es ilícita e intervienen, se trata, sin más, de una interferencia prohibida sobre ese derecho.

Para la intervención de una fuerza de seguridad rigen, como mínimo, los mismos parámetros que validan la interdicción de un derecho por parte de un juez. Además, aquéllas tienen una serie de obligaciones derivadas de su función de auxiliares de justicia que deben respetar (v. gr. Cumplir con los requerimientos judiciales). La infracción a las normas de una y otra especie, cuando de ellas se sigue la consideración de una manifestación de protesta como un hecho ilícito, conforman violaciones a deberes del Estado.

Hablar de represión ilegítima supone, entonces, siempre, un doble análisis. Primero, dirigido a verificar si efectivamente había motivos suficientes y urgencia que justificara la intervención de una fuerza de seguridad (la verificación de un hecho ilícito). Luego, si, aun en tales casos, la coacción fue administrada conforme a derecho.

⁵⁰ Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, p. 198.

⁵¹ Moreno (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tonasi, Buenos Aires, 1923, p. 103.

Sobre las autoras y los autores

Carlos Ayala Corao es abogado y defensor de derechos humanos ante organismos nacionales e internacionales, asesor en derechos humanos para varios organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, y autor de varias publicaciones. Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Católica “Andrés Bello”, la Universidad Central de Venezuela, Georgetown University, American University, Washington of College of Law y Universidad Iberoamericana, México. Fue Presidente de la Comisión Andina de Juristas (2003-2009) y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997-1998), así como Relator sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de las Américas (1996-1999). Fue Miembro de la Comisión Internacional designado por el Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, para el proceso de selección y nombramiento de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador (2005) y Consultor de la ONU para el proceso de elección de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala (2009).

Eduardo Bertoni es Director del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (UP). Fue Director Ejecutivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal, con sede en la ciudad de Washington DC. Entre 2002 y 2005 fue el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Es abogado de nacionalidad argentina y egresado de la Universidad de Buenos Aires. Tiene una Maestría en Políticas Internacionales de la Universidad George Washington (EE.UU.). Es Profesor de la Facultad de Derecho de la UP y Profesor Adjunto Regular de Derecho Penal y Procesal Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ha escrito varios artículos y libros sobre el derecho a la libertad de expresión, entre ellos *Libertad de expresión en el Estado de derecho* (2ª ed., Del Puerto, Buenos Aires, 2007), sobre reformas judiciales y sobre derecho penal internacional. También ha dictado cursos y conferencias sobre estos temas en varios países.

Francisco Cox es Jefe de la Clínica de Interés Público y Derechos Humanos. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Diego Portales y abogado. Obtuvo un Master in Law (LL.M.) por la Universidad de Columbia de Nueva York, donde fue distinguido como Human Rights Fellow (1999) y recibió los premios James A. Ellkins en Derecho Constitucional (2000), Harlan Fiske Stone Scholar (2000) y Parker School of Foreign and Comparative Law Achievement Award (2000). Se ha desempeñado como procurador en la oficina del Defensor Penal Público de Washington D.C., Estados Unidos (1994); investigador de Human Rights Watch (oficina de Nueva York); Profesor en la Universidad Diego Portales y representante en Chile del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

Ronald Gamarra Herrera es especialista en Derecho Penal, ha trabajado para casos relacionados con derechos humanos en el Instituto de Defensa Legal y en capacidad de procurador ad hoc de la República de Perú donde estuvo encargado de investigaciones sobre violaciones de derechos humanos y corrupción.

Miguel Rábago Dorbecker es Profesor de la Universidad Iberoamericana. Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Obtuvo su Diploma en “Transparencia, Accountability y Lucha contra la Corrupción” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en 2008. Fue Coordinador de la Carrera de Derecho de la UIA.

Eduardo Rodríguez Veltzé es Profesor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Boliviana en la Paz. Abogado de la Universidad Mayor de San Simón y Máster en Derecho de la Universidad Harvard. Presidente de la Corte Suprema de Justicia, tras la grave crisis política ocurrida en su país durante el año 2005, fue designado como sucesor de Carlos D. Mesa Gisbert como Presidente Interino de la República, cargo asumido el 9 de junio de 2005 hasta el 22 de enero de 2006.

Farit Rojas Tudela es Abogado especialista en Derecho Constitucional, realizó diplomados en Educación Superior, en Gestión Pública, con especialidad en Filosofía e Historia. También tiene Maestría en Gestión Gubernamental, Maestría en Epistemología; es candidato a Doctor en Epistemología. Responsable de la Unidad de Investigación y del Departamento de Derecho de la UCB. Trabaja como docente en las carreras de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana.

Daniela Salazar Marín es Profesora Clínica en la Facultad de Derecho de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador). Es abogada de la Universidad San Francisco de Quito (Ecuador) y tiene una Maestría en Leyes (LL.M.) de Columbia University (Nueva York). Fue consultora independiente para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC), Human Rights Watch (Nueva York), Conrad & Scherer (Estudio Jurídico con base en Florida), entre otros. Trabajó como Especialista en Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA) y para el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ofreciendo asistencia legal a solicitantes de refugio y refugiados en Ecuador.

Luz María Sánchez Duque es Abogada de la Universidad de Caldas y candidata a Magister en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Se ha desempeñado como docente de sociología jurídica y lógica y argumentación jurídica. Su actividad académica se ha concentrado en explorar la relación entre conflicto armado y derecho en Colombia, así como en diversos tópicos de derecho constitucional. Actualmente es investigadora asistente en el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DeJuSticia.

Rodrigo Uprimny es Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia desde enero de 1994 y Profesor asistente de la Facultad de Derecho Universidad Nacional de Bogotá. Es abogado de la Universidad Externado de Colombia y Doctor en Economía Política por la Universidad de Amiens Picardie. Obtuvo su DEA en “Socioeconomía del desarrollo” en la Universidad de Paris I (IEDES) y su DSU en “Sociología Jurídica” Universidad de Paris II. Fue consultor del PNUD para el PNR (Plan Nacional de Rehabilitación) en temas de violencia, participación ciudadana y justicia. Y se desempeñó como Abogado-investigador y coordinador de investigaciones sociojurídicas de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana, hoy Comisión Colombiana de Juristas. Actualmente es investigador asociado de esa entidad.

Dayra Karina Valle Orozco es Coordinadora del área de Políticas Públicas del Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas (IEEPP). Abogada y Licenciada en Administración de Empresas por la Universidad Centroamericana de Nicaragua y Máster en Gestión y Políticas Públicas por la Universidad de Chile. Ha sido consultora en temas de Políticas Públicas para la Universidad Centroamericana e investigadora del IEEPP.

E. Raúl Zaffaroni es catedrático emérito de la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Litoral (1964), y actual ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina desde 2003. Es, además, profesor emérito y director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Es Doctor Honoris Causa de muchas Universidades de América Latina y Europa.

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina

El Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) fue creado en el año 2009 en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo con el objetivo de realizar estudios e investigaciones que se constituyan en herramientas útiles para periodistas, instituciones gubernamentales, sectores privados y de la sociedad civil dedicados a la defensa y promoción de estos derechos, especialmente en América Latina.

La creación del CELE responde a la necesidad de construir espacios de debate dedicados a reflexionar sobre la importancia, los contenidos y los límites de estos derechos en la región. Para esto, el centro se propone dialogar y trabajar en conjunto con otras unidades académicas del país y de Latinoamérica.

En este marco, los objetivos específicos del CELE son:

- Desarrollar estudios y guías de recomendaciones que tengan impacto en las políticas públicas vinculadas al acceso a la información y la libertad de expresión.
- Fomentar junto a distintas unidades académicas la profundización de estudios en cuestiones vinculadas a estos derechos.
- Contribuir a generar conciencia sobre la importancia de estos derechos en sociedades democráticas, fundamentalmente en las nuevas generaciones.

Esta publicación se realiza en el marco de un proyecto auspiciado por Open Society Institute.



Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información

Mario Bravo 1050, 7° P. (C1175ABT) Buenos Aires | Tel.: (54 11) 5199-4500 int. 1213 | www.palermo.edu/cele