

# INFORME PRELIMINAR SOBRE LA ELABORACION Y PRESENTACION DE CRITERIOS APLICABLES A LA INVESTIGACION Y JUZGAMIENTO DE DEFENSORES Y ACTIVISTAS DE DERECHOS HUMANOS EN PROCESOS QUE CRIMINALIZAN LA PROTESTA SOCIAL

Prof. Yvan Montoya V.

## 1. ANTECEDENTES

En el Perú, a partir del gobierno del ex Presidente Fujimori en 1990 y como consecuencia de las reformas legislativas de favorecimiento y promoción, sin el control correspondiente, de la inversión privada y, en especial, de la inversión en el ámbito de las actividades extractivas y mineras, se dio inicio de las operaciones a gran escala de las empresas mineras y las industrias extractivas en el Perú. Junto con dichas actividades se han ido incrementando los conflictos socio-ambientales de manera considerable.

Según el último reporte mensual sobre conflictos sociales de la defensoría del Pueblo (Informe 187 de septiembre de 2019)<sup>1</sup>, se registran 184 conflictos sociales en todo el país, de los cuales 134 son conflictos activos. De éste último número (conflictos activos) el 78.3% corresponde a conflictos que tienen su origen socio ambiental. Cabe añadir que el reporte registra 162 acciones colectivas de protesta durante el mes.

Una de las regiones que ha evidenciado un mayor nivel de conflictividad socio ambiental históricamente es la Región de Cajamarca. Como dice Vargas<sup>2</sup>, aquello se debe a la situación de una población que empezó a experimentar los impactos ambientales y sociales negativos de las actividades de la mina de oro más grande de América Latina por parte del consorcio minero Yanacocha, integrada originalmente por las empresas ..., pero también por parte de otras empresas mineras como Gold Fields (Sudafricana), Angloamerican (Inglesa) o Lumina Cooper (China) que también tienen intereses en la región. Reitera la misma autora<sup>3</sup>, los impactos más significativos están relacionados con el acceso y el uso de recursos hídricos, lo que provoca una situación de conflictividad social, ya que gran parte de la población concentra sus actividades económicas en agricultura y actividades pecuarias para las cuales los pobladores hacen un uso intensivo de agua y del suelo.

En ese contexto Vargas cita diversos casos que nos permitirán ilustrar la problemática que queremos resaltar. Un primer caso es el Caso Canal Quilish-

---

<sup>1</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO. Reporte de conflictos sociales 197, Ver en:

<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/10/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-187-Septiembre-2019.pdf>

<sup>2</sup> VARGAS, Ofelia. La criminalización de la protesta en Cajamarca, en:

<https://grufides.org/sites/default/files//documentos/documentos/Criminalizaci%C3%B3n%20de%20la%20Protesta%20Social%20en%20Cajamarca%20Peru.pdf>

<sup>3</sup> Ibidem

Porcón Chilincaga, en el centro poblado de Porcón cuyos pobladores son esencialmente quechuahablantes. Pues bien, en el mes de julio del año 2007 varios de los manantiales cercanos al poblado de las referidas comunidades se vieron afectados, los pobladores aseguran que la disminución del caudal de agua es causado por la perforación adyacente a las fuentes de un pozo tubular por parte de Minera Yanacocha para extraer aguas subterráneas, disminuyendo la cantidad de agua que abastece a la población. El 11 Setiembre 2007, después de varios intentos de diálogo solicitados por la población con representantes de la empresa Minera Yanacocha y autoridades, se despliega un operativo policial con extrema violencia contra los pobladores de Porcón Bajo, quienes reclamaban por la afectación de su canal de riego, producto de esta intervención y haciendo uso de los nuevos DL, aprobados el 22 de Julio 2007, el Estado denuncia a 32 campesinos, 06 de ellas mujeres, por el delito contra la seguridad pública en su modalidad de entorpecimiento a las vías públicas, disturbios y bloqueo de carreteras. Durante la intervención policial las mujeres fueron agredidas y detenidas al intentar defender a los varones de la comunidad a quienes la policía agredió violentamente.

Un segundo caso lo constituye el Proyecto minero Cerro Mogol, explotada desde el año 2003 por la empresa minera Miski Mayo S.A.C., subsidiaria de Vale Do Rio Doce. Como señala el observatorio de la ONG Grufides<sup>4</sup>, el ámbito del proyecto incluye áreas de los distritos de Pedro Gálvez, Cachachi y Jesús, provincias de San Marcos, Cajabamba y Cajamarca, respectivamente. Según la misma fuente, desde el inicio de las operaciones se han suscitado diversos hechos que evidencian un conjunto de prácticas y políticas empresariales que afectan los intereses de los pobladores de las comunidades aledañas. Así por ejemplo no consultar la autorización de los propietarios de los terrenos para construir sus trochas carrozables para el paso de su transporte pesado, no cumplir con los compromisos asumidos respecto de la comunidad o contratar seguridad privada que habría realizado acciones violentas y contra los derechos humanos de algunos de los dirigentes que se manifestaban en contra de las prácticas de la empresa (Vargas y Grufides).

Frente a estas acciones de la empresa, el 28 de Septiembre de 2007, la población inicia un paro interprovincial solicitando la intervención de una comisión de alto nivel para intervenir en el caso. A raíz de esta medida 10 líderes fueron denunciados, dentro de ellas una mujer. En el 2009, después de dos años, el Fiscal solicitó al Juzgado Mixto de San Marcos penas privativas de libertad de entre seis y siete años para 10 líderes denunciados, a quienes se les acusaba de la toma de carretera, por lo que además se les imponía una reparación civil de S/. 20,000.00 Nuevos Soles. El caso terminó con una condena de 4 años para los acusados. Ello debido a que las penas previstas en la legislación vigente hasta el

---

<sup>4</sup> GRUFIDES. Observatorio de conflictos en Cajamarca.

[https://grufides.org/sites/default/files/Documentos/fichas\\_casos/CONFLICTO%20MINERO%20CERRO%20MOGOL%20-%20MISKI%20MAYO.pdf](https://grufides.org/sites/default/files/Documentos/fichas_casos/CONFLICTO%20MINERO%20CERRO%20MOGOL%20-%20MISKI%20MAYO.pdf)

momento de los hechos no eran tan elevadas, situación que ha cambiado drásticamente a partir de las reformas penales del año 2007, durante el gobierno del ex presidente García.

Un tercer caso, esta vez fuera del área de Cajamarca, es el Caso Llusco-Chumbivilcas. En este caso, más o menos desde 2010 los pobladores de las localidades cercanas al área de explotación de la empresa minera Anabí, organizados a través de sus representantes (el Frente de Defensa de los Intereses de Llusco, el Frente de Defensa de Chumbivilcas, las comunidades y rondas campesinas del distrito de Llusco, entre otras organizaciones), plantearon una serie de reclamos relacionados con la contaminación ambiental en la cuenca del río Yahuar mayo (Molino) y por el paso de camiones de alto tonelaje que malograban los terrenos adyacentes a la carretera (aun si pavimentar) debido al polvo que producían, entre otros daños a la población y sus animales (IDL. Lecciones. [https://www.idl.org.pe/lecciones-de-la-sentencia-del-caso-llusco-anabi-sobre-criminalizacion-de-la-protesta-en-chumbivilcas/.](https://www.idl.org.pe/lecciones-de-la-sentencia-del-caso-llusco-anabi-sobre-criminalizacion-de-la-protesta-en-chumbivilcas/)) Estos fueron dirigidos a instancias estatales tales como la Presidencia del Consejo de Ministros, OEFA, Ministerio de Energía y Minas, Defensoría del Pueblo, entre otras instancias. A todas ellas le solicitaron que intercedan para pedir el dialogo con la empresa y pedir se revierta esa situación. Sin embargo, ninguna autoridad les dio una respuesta concreta ni mucho menos atendieron sus reclamos (IDL. Lecciones ..).

La situación descrita anteriormente desencadenó la protesta de la población, bloqueando el tránsito por la localidad del distrito de Llusco, especialmente la carretera asfaltada Santo Tomás Quiñota utilizando maquinaria pesada y camiones de la municipalidad. Impidieron de ese modo el transporte de un camion de la empresa con Nitrato de Amonio que venía de Arequipa hacía el campamento minero. En ese contexto la empresa minera solicita la intervención de la Policía nacional y del Ministerio Público. Producto de esa intervención, el Ministerio Público inicio investigaciones fiscales y plantea su acusación contra los dirigentes y representante de dicha población por los delitos de secuestro, robo agravado, delito contra la seguridad pública, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos y contra la tranquilidad pública en la modalidad de disturbios. Los dirigentes fueron absueltos, después de varios años de procesamiento, por sentencia del Juzgado Colegiado Supraprovincial del Cusco de marzo de 2020.

Entonces, como puede apreciarse, en la mayoría de estos casos, las acciones colectivas de protesta llevadas a cabo por la población campesina o nativa respondía a contextos en los que se reaccionaba por la concesión minera a sus espaldas, con estudios de impacto ambiental sin rigor y afectando sus tierras, el riesgo de afectar gravemente el sistema ecológico que los rodea, especialmente sus recursos hídricos, el incumplimiento de prestaciones básicas por parte del estado o de la empresa a las cuales se había comprometido o la exigencia de la derogación de normas que afectan a un pueblo indígena.

Pero las situaciones de conflictividad social no solo ocurren o han ocurrido por problemas de contaminación ambiental o por afectación de los derechos de la población situada en el entorno de los centros de exploración y explotación del sector minero y energía. Se aprecia igualmente episodios importantes de conflictividad política que se expresan fundamentalmente en zonas urbanas y ciudades de nuestro país. Estas responden a reacciones de la población frente a lo que consideran la adopción de políticas públicas y decisiones políticas que afectan sus derechos económicos sociales o se conciben que responden a intereses particulares o grupales o denotan graves situaciones de corrupción. Entre este tipo de conflictos pueden encontrarse las marchas que se suscitaron por la ley pulpin, la destitución de los fiscales anticorrupción o la vacancia del ex presidente Vizcarra. Esta conflictividad está condicionada por factores estructurales tales como la ausencia de representatividad política, en especial por una crisis de los cuerpos parlamentarios o la deficiencia de la ley como instrumento de consenso para la convivencia, sino expresión de una compleja red de tráfico de influencias que priorizan sus intereses particulares en desmedro de los intereses públicos.

Finalmente, reconocer que las medidas de presión a las que apelaron tales comunidades se produjeron, en general, después de haber iniciado y esperado infructuosamente el resultado de los mecanismos de diálogo con la empresa o la respuesta de las instituciones estatales con relación a las peticiones formuladas a diversas instancias.

## **2. ALGUNAS POSICIONES CONTRADICTORIAS DE LA JURISPRUDENCIA PERUANA**

Encontramos en la jurisprudencia peruana, relacionada con el tratamiento de los delitos imputados en contextos del desarrollo de una protesta, pronunciamientos discrepantes relacionados con el alcance del derecho a la protesta y los delitos vinculados a la criminalización de la protesta, especialmente con el delito de disturbios.

Así por ejemplo, dicha discrepancia se aprecia entre las sentencias del Juzgado Unipersonal de Cotabambas recaída en el caso Las Bambas (013-2015- JUPCO) y de la Segunda Sala Penal de Loreto recaída en el caso Andoas (Exp. 2008-00109-0-1903-SP-PE-2) frente a la sentencia del Primer Juzgado Penal Supraprovincial Permanente de Arequipa (Exp. 2545-2015-18-0401 JR-PE) recaída en el caso Tía María. En el caso de las dos primeras sentencias, los órganos jurisdiccionales reconocen expresamente el derecho a la protesta, y de manera especial el ejercicio de este derecho por parte de las comunidades campesinas y nativas de nuestro país. Efectivamente, la primera sentencia (caso Las Bambas) reconocería un efecto de exclusión de la tipicidad (considerando Sexto de la Sentencia, p. 97<sup>5</sup>) del derecho a la protesta; por otro lado, la segunda sentencia

---

<sup>5</sup> “En el estado peruano la protesta está reconocida como un Derecho y amparada Constitucionalmente”. “Bajo esta premisa la reunión efectuada por los comuneros y frente de

(Caso Andoas) el derecho a la protesta opera dentro de la ponderación que el criterio de estado de necesidad (art. 20.4 del CP) le permite para justificar explícitamente actos disruptivos, perturbadores y obstaculizadores del ejercicio de la protesta y que, la fiscalía consideraba actos de disturbios y otros configuradores de la criminalización de la protesta (Punto III de sentencia, p. 97)<sup>6</sup>

Sin embargo, en el caso de la última sentencia (caso Tía María) el órgano jurisdiccional si bien reconoce expresamente el derecho a la protesta (punto 4.2.1.2.B de la sentencia) y de incluso reconocer interesantes efectos con respecto a la imputación de asociación ilícita para delinquir, no le otorga ningún efecto permisivo de exclusión de la tipicidad o de justificación al delito de entorpecimiento al normal funcionamiento de los servicios públicos (art. 283 del CP)<sup>7</sup>. Esto resulta importante dado que, a diferencia del caso de Andoas, en el que los actos ejercidos durante las protestas fueron un poco más perturbadores u obstaculizadores que en el caso de Tía María, en éste último caso el bloqueo de una trocha carrozable que conducía a la empresa determinó la condena del imputado por el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos.

---

defensa de Cotabambas, se encontraba bajo ese supuesto de permisividad, controlada por las fuerzas policiales públicas”. Cabe mencionar que en el caso se atribuye a los comuneros del Distrito de Challhuahuacho haber bloqueado el ingreso a la empresa minera MMG Las Bambas.

<sup>6</sup> La sentencia, luego de reconocer la situación de exclusión histórica de las comunidades indígenas amazónicas y de encontrarse excluida, para ellos, los mecanismos eficaces de respuesta y atención a sus reclamos (pag. 95 en adelante), señala que también parecería excluirse de “la última herramienta que les queda para incidir sobre el rumbo institucional: el derecho a protestar por los demás derechos.” (p. 97). En esa perspectiva la sentencia señala “el Colegiado estima pertinente señalar 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.*

<sup>7</sup> Señala la sentencia, “De acuerdo con la prueba actuada en juicio se puede acreditar que el acusado en efecto se encontraba el día de los hechos entre la carretera de trocha de Cocachacra y la vía principal que era la Panamericana sur; no solo se encontraba en el lugar, sino que estaba acompañado de un numeroso grupo de manifestantes con quienes se disponían a cerrar el paso en la carretera Panamericana sur. En ese sentido, la defensa no cuestiona que su patrocinado se encontrara efectivamente dicha fecha en el lugar de los hechos sino que refiere que no se ha tenido prueba suficiente para acreditar el delito imputado acotando que ese día su patrocinado fue injustamente detenido por las fuerzas policiales. De las declaraciones prestadas en juicio se advierte que si bien el bloqueo a la vía Panamericana Sur no se concretizó por acción inmediata de personal policial que llegó al lugar de los hechos, no obstante, si se logró el bloqueo de la vía de trocha carrozable hacia Cocachacra mediante una camioneta guinda encubierta y el grupo de manifestantes que posteriormente se apostó en dicho lugar, siendo ello manifestado por los testigos que acudieron a juicio” (punto IV, página 89).

Cabe resaltar que las expresiones de protesta en cada uno de los casos resultan semejantes: toma de carretera o una trocha carrozable, la toma de un aeródromo, la obstrucción con piedras o trancas, intervención e ingreso en algún local de la empresa comprometida con las demandas y los requerimientos, etc.

### **3. DELIMITACION DEL PROBLEMA Y TIPOS PENALES INVOLUCRADOS**

#### **Delimitación del problema**

Teniendo en cuenta las situaciones y hechos descritos en el acápite anterior, corresponde delimitar el problema que es materia de este informe y que debería conllevar el establecimiento de algunos criterios dogmático penales y procesales que erradiquen o minimicen los casos de persecución penal (investigaciones fiscales y procesos judiciales) de actos de protesta legítima.

En el contexto de la conflictividad derivada de reclamos o exigencias socio ambientales, las poblaciones campesinas o nativas y los defensores de sus derechos e intereses realizan acciones colectivas de protesta social a efectos de llamar la atención sobre sus reclamos o peticiones no atendidos ya sea por parte de la empresa que explora o explota espacios mineros que se encuentran dentro de sus territorios u áreas aledañas o por parte del Estado que incumple su posición de garante de defensa y protección de los derechos de tales poblaciones. Este contexto de conflictividad se aprecia también como consecuencia de la defensa que expresa la ciudadanía o parte de ella de los derechos civiles, políticos, sociales, culturales, ambientales o económicos, frente a determinadas políticas públicas que los amenazan o las afectan, entre otras demandas de interés público que pueden plantear los diversos grupos en nuestra sociedad plural y diversa. Las medidas de presión que se producen en el contexto de dichas acciones colectivas y, generalmente, luego de ver infructuosos los mecanismos de dialogo o las peticiones formuladas, se traducen en actos como bloqueo de una carretera, de una calle avenida o plaza con la presencia masiva de personas, la ocupación de un local ajeno, la quema de llantas o colocación de piedras en el camino o la carretera, el impedimento de ingreso de determinadas personas a un determinado lugar o la retención momentánea de personas de un determinado local, entre otras acciones llevadas a cabo por los pobladores y/o sus dirigentes defensores de los derechos de la comunidad. Cabe indicar que en algunos casos excepcionales y atribuidas a personas individualizadas, las medidas de fuerza se traducen en actos de mayor gravedad, como afectaciones a la vida, integridad o la salud de las personas o el daño grave a la propiedad pública o privada. Nosotros, si bien nos centraremos en las primeras, aquellas que ocurren con mayor frecuencia e involucran a colectivos numerosos de las comunidades, también plantearemos nuestra posición sobre los segundos.

Este tipo de medidas de fuerza ha sido objeto de denuncias penales y/o investigaciones fiscales por una serie de hechos que la empresa minera o los operadores del sistema de justicia (jueces y especialmente fiscales) han

considerado se enmarcan dentro de algunos delitos que el Código penal peruano tipifica penalmente. Dejando de lado algunas figuras penales tradicionales que pueden concurrir excepcionalmente (por ejemplo delitos contra la vida o la integridad personal, entre otros) u otras que, concurriendo con frecuencia, vienen siendo abordados óptimamente por el sistema de justicia especialmente constitucional (delitos de difamación), existen otras figuras penales que han sido reformadas o incorporadas en los últimos quince años precisamente para que su utilización o aplicación sirva a contener las medidas de protesta social que se acrecentaban en el panorama nacional. A estas figuras penales, y a su utilización desproporcionada contra aquellos que intervienen en una protesta social o sus dirigentes o sus defensores, es que la literatura especializada denomina actualmente denomina "criminalización de la protesta". Como señala de mejor manera la CIDH "La criminalización de la protesta social consiste en el uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho a la protesta y en algunos casos, de la participación social y política en forma más amplia, mediante el uso arbitrario, desproporcional o reiterado de la justicia penal o contravencional en contra de manifestantes, activistas, referentes sociales o políticos por su participación en una protesta social, o el señalamiento de haberla organizado, o por el hecho de formar parte del colectivo o entidad organizadora o convocante". (Informe párrafo 188).

En mi concepto, apelando a una clasificación conocida en el ámbito de la criminología, se pueden hablar de dos niveles de la criminalización de la protesta. La criminalización primaria de la protesta social y la criminalización secundaria de la misma. La primera esta en referencia a la creación o reformulación de determinados tipos penales de tal manera que, desde el nivel del legislador penal, se los reorienta a la prevención de conductas de protesta social, asumiendo prima fase, que aquella es, en si misma, una expresión peligrosa del orden público que debe evitarse. En este nivel encontramos tipos penales como el delito de extorsión y el delito de disturbios.

La segunda, esto es, la criminalización secundaria, esta en referencia a la aplicación o utilización de los tipos penales antes referidos de una manera amplia y no conforme con la constitución o la reorientación de tipos penales tradicionales a contextos de protesta social. En este nivel encontramos el delito de secuestro, el delito de inviolabilidad del domicilio, el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos o el delito de resistencia a la autoridad.

Estas dos dimensiones del fenómeno de la criminalización de la protesta afectan el pleno ejercicio de una serie de derechos fundamentales o derechos humanos directamente vinculados con institucionalidad democrática de nuestro país y que le dan cobertura al recientemente reconocido derecho fundamental a la protestad social.

Corresponde en las líneas siguientes presentar en sus aspectos básicos algunos de los tipos penales involucrados en el proceso de criminalización de la protesta social para estar en condiciones, en los acápites siguientes, de contrastarlos con los alcances del derecho a la protesta, en tanto expresión de un haz de derechos fundamentales que le dan cobertura constitucional.

### **Los tipos penales reiteradamente involucrados**

#### 1. El delito de extorsión

Se encuentra tipificado en el artículo 200 del Código Penal y fue objeto de una reforma importante mediante el Decreto Legislativo 982, de julio de 2007, el cual introdujo dos nuevos supuestos o modalidades delictivos:

*“El que mediante violencia o amenaza toma locales, obstaculiza las 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 ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole, será sancionado con pena privativa de la libertad no menor de 5 ni mayor de 10 años”.*

*“El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el art. 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para si o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole será sancionado con inhabilitación (...)”*

El delito de extorsión es un tradicional delito contra el patrimonio que prohíbe fundamentalmente aquellas conductas que mediante violencia o amenaza obligan a una persona a entregar a aquella o a otra una ventaja económica indebida u otra cualquiera. Esta figura siempre estuvo dirigida a prohibir y penalizar los casos de chantaje económico y, en los casos más graves, la figura ha estado dirigida a prohibir y penalizar los casos de secuestro extorsivo, es decir, aquellos casos en donde el agente mantiene de rehen a una persona para que otra (la extorsionada) entregue la ventaja económica indebida.

Teniendo en cuenta las dos modalidades introducidas, y que se encuentran vinculados a la criminalización de la protesta, podemos señalar que la primera modalidad mantiene los elementos de violencia y amenaza de la conducta extorsiva, pero especifica que aquellos medios se producen *obstaculizando las vías de la comunicación o el libre tránsito de la ciudadanía* y dirigidas a alguna *autoridad (estatal)* a obtener la ventaja económica indebida o de cualquier índole. Se trata, entonces, de dos referencias específicas (la obstaculización de las vías de comunicación o de tránsito peatonal y la referencia de la exigencia a la autoridad pública) las cuales le otorgan a la figura penal una particular direccionalidad a las situaciones de protesta social.



La segunda modalidad, que criminaliza a determinados funcionarios públicos, es mucho más explícita. Se criminaliza al funcionario público (alcalde distrital, prefecto, alcalde provincial o autoridad regional, por ejemplo) que participe en una huelga (por ejemplo, en solidaridad de la demanda de determinados trabajadores de una empresa extractiva por mejores condiciones de seguridad y salud en el trabajo) en la que se pretenda obtener ventajas económicas indebidas o de otra índole. Como se aprecia, se criminaliza la participación en una huelga que está reconocida como un derecho fundamental de los trabajadores (art. 28). El legislador penal invoca, como fundamento, el art. 42 de la Constitución Política del Perú el mismo que le niega la titularidad del derecho de huelga a los funcionarios públicos o funcionarios de confianza. Pero, como ha sostenido la Defensoría del Pueblo, el hecho que la Constitución le niegue la titularidad del derecho de huelga a los funcionarios públicos con poder de decisión o de confianza no significa que la Constitución exija la criminalización de esa conducta. Esta desproporcionalidad (involucrando al Derecho penal) en el tratamiento de aquellos funcionarios que participan en una huelga y el hecho de prescindir en este caso de la utilización de medios como la violencia o la amenaza, permite sostener la reorientación de esta tradicional figura penal a una función que no le compete y la hace inconstitucional, cual es, evitar el fortalecimiento del ejercicio del derecho de huelga de un colectivo determinado.

## 2. El delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos.

Este delito se encuentra tipificado en el artículo 283 del Código penal de 1991 y si bien corresponde a un texto original del referido Código penal es importante advertir la reorientación funcional que el sistema penal le viene otorgando en la actualidad, aplicándola básicamente a aquellos supuestos que se producen en contextos de protesta social (ver introducción).

Este tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la seguridad pública (título XII del Código Penal) y prohíbe a aquellas conductas que, sin una situación de peligro común, impide estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos, de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados.

Como puede apreciarse, el tipo penal, en primer lugar, no exige explícitamente la creación de un peligro común, es decir, la creación de un peligro para la seguridad pública. Esta situación de criminalizar una conducta de peligro abstracto referida a un bien supraindividual, coloca a la figura penal en una abierta incompatibilidad con el principio de lesividad reconocido por nuestro Tribunal Constitucional y recogido en el art. IV del título preliminar del Código penal. En segundo lugar, el mencionado tipo penal, prohíbe una amplitud de conductas alternativas (impedir, estorbar o entorpecer) que no dejan margen para una interpretación conforme con la Constitución. Así, por ejemplo, el acto de estorbar o de entorpecer resultan de una vaguedad preocupante desde la perspectiva del principio de taxatividad pudiéndose configurar formalmente el

tipo penal con cualquier perturbación o alteración del transporte público por más mínima o irrelevante que sea desde la perspectiva de la afectación de la seguridad pública.

Estas dos características del tipo penal de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, esto es, su naturaleza de peligro abstracto referido a un bien supraindividual junto a la presencia de conductas vagas e indeterminadas, referidas específicamente al funcionamiento del transporte, lo hacen propicio para su funcionamiento como instrumento de contención de la protesta social. Ello queda aún más claro en la exposición de motivos de la reforma legislativa que ha sufrido últimamente este texto normativo con el Decreto Legislativo 1245 de acuerdo con el cual se pretende "garantizar la seguridad en las actividades de hidrocarburos y el abastecimiento de hidrocarburos al mercado interno", es decir, actividades que, de acuerdo con los informes de la Defensoría del Pueblo han sido en gran medida la fuente de la conflictividad social en el Perú en estos últimos 30 años.

### 3. El delito de disturbios

Este artículo se encuentra tipificado en el artículo 315 del Código penal de 1991 y, según el legislador penal, se trata de un delito contra la tranquilidad pública. De acuerdo con el mismo se prohíbe la conducta que, en el contexto de una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública y privada.

El problema de esta figura penal radica también en el empleo de conceptos indeterminados: "tumulto", "atentar contra la integridad física" o "grave daño a la propiedad pública y privada". Esta indeterminación puede permitir una aplicación desproporcionada de su sentido prohibido a diversos contextos por lo que se requiere una reinterpretación conforme con los principios y derechos fundamentales, especialmente, como veremos más adelante, el reciente reconocimiento del derecho a la protesta.

El problema central gira entonces en delimitar cuándo las medidas de fuerza o de presión realizadas por los colectivos sociales en el contexto de una protesta social se enmarcan dentro del ejercicio legítimo de derechos fundamentales como el ejercicio del derecho a reunirse pacíficamente o el derecho a expresarse libremente y, por lo tanto, resultan tales actos excluidos de la aplicación formal de los tipos penales antes mencionados; y cuándo las medidas o actos excepcionales y aislados realizados en el contexto de una protesta social pueden resultar penalmente típicos y relevantes para la actuación del Ministerio Público y el Poder Judicial.

Esta problemática relacionada con los alcances limitados de los tipos penales antes mencionados respecto de actos o conductas derivadas de un proceso de protesta social debe, necesariamente, ser abordada en un próximo acuerdo plenario de vocales de la Corte Suprema a fin de hacer predecible el alcance de los tipos penales y evitar tanto el inicio de investigaciones preparatorias por

parte del Ministerio Público como el juzgamiento de conductas de colectivos de personas que en el ejercicio legítimo de su Derecho a la protesta defienden sus propios derechos humanos o defienden la de terceros que requieren ser defendidos.

4. El delito de asociación ilícita para delinquir o, ahora, el delito de organización criminal o banda criminal (art. 317 A)

El texto del delito de asociación ilícita para delinquir vigente hasta octubre de 2016 señalaba lo siguiente: *“El que constituya, promueva o integre una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años”*.

El texto actual sobre organización criminal prescribe lo siguiente: *“El que promueva, organice, constituya o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años (...)”*

Como es evidente la asociación ilícita para delinquir y la organización criminal, más allá de algunas diferencias dogmáticas referidas a su estructura, roles consistencia y permanencia, requieren las dos no sólo una agrupación o asociación de personas, sino exigen que sea para alcanzar un fin: cometer delitos. Es importante evaluar cómo interpretar este elemento subjetivo del tipo penal desde la perspectiva del derecho constitucional a la protesta dado que, como veremos seguidamente, aquel derecho involucra una gama amplísima de requerimientos, demandas, quejas, exigencias planteamientos, incluso cuando se trata de aquellos que no tienen cobertura legal. Es más, también resulta importante determinar si por tales fines (“cometer delitos”) debe entenderse cualquier interpretación formal de los tipos penales anteriores no conforme con el derecho constitucional a la protesta o sólo pueden configurar dicho elemento típico aquellas conductas que logren superar la cobertura del ejercicio regular del derecho a la protesta o no se encuentren permitidos por un estado de necesidad justificante (art. 20.4 del CP).

#### **4. EL DERECHO HUMANO O FUNDAMENTAL A LA PROTESTA SOCIAL COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A REUNIRSE PACIFICAMENTE Y DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION, PERO CON CONTENIDO PROPIO**

##### **Antecedentes**

Antes de hacer referencia al proceso de reconocimiento del derecho a la protesta en el diddhh, es importante advertir que los primeros antecedentes del reconocimiento jurídico de este derecho se encuentran en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Efectivamente, Gargarella

nos recuerda la fructífera doctrina del “foro público”, a través de la cual la jurisprudencia norteamericana otorga un valor especial a la libertad de expresión (Gargarella, 20, pp. 26 y ss). De acuerdo con los casos *Hage vs Cio* (1939) y *Schneider vs Stat* (1939) la Corte Suprema consideró a las calles y los parques como “lugares privilegiados para la expresión pública” (Gargarella, p. 27) y que ello ha sido así desde tiempos remotos en que los ciudadanos tomaban las plazas para reunirse en asambleas y plantear asuntos de interés público. En el caso concreto de *Schneider*, dice Gargarella (p. ), la jurisprudencia de los Estados Unidos de América fue más lejos al reconocer que a pesar de que los manifestantes perturbaron el tránsito peatonal y ensuciaron la vía pública con la distribución abundante de panfletos, es decir, a pesar que el método de comunicación de los manifestantes acarreó costos y afectaciones a derechos de terceros, la jurisprudencia mencionada consideró la prioridad de conservar las vías públicas como foro para expresar ideas, posiciones, demandas o comunicaciones.

La idea central de la doctrina del foro público permanece intacta, incluso en aquellas circunstancias en las que en el contexto de la manifestación aparecen perjuicios mayores a terceros que los simples casos de perturbación de la vía pública, ruidos molestos o suciedad de las vías públicas, y se aprecian relevantes daños a la propiedad privada o pública, En estos casos, sin perjuicio de la individualización de los responsables de tales actos concretos, no debe dejarse de proteger la idea, el mensaje o la demanda que subyace al ejercicio de la libertad de expresión (Gargarella, 28)

#### **4.1 El sistema interamericano y el reconocimiento del derecho a participar en manifestaciones y protestas**

En el sistema interamericano podríamos encontrar dos fases en el reconocimiento del derecho humano a participar en manifestaciones y protestas sociales.

##### **4.1.1 La protesta como manifestación protegida por el derecho a la libertad de expresión y el derecho de reunión pacífica**

En esta primera fase, determinados órganos del sistema interamericano reconocen la legitimidad de la manifestación pública de grupos reivindicativos, pero no como un derecho directo a la protesta sino como manifestaciones legitimadas por otros derechos humanos ya reconocidos: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión pacífica.

Así encontramos a la Relatoría para la libertad de expresión en su informe de 2002. En dicho Informe, la Relatoría parte de la necesidad de afirmar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en condiciones de igualdad y no discriminación. En ese sentido, reconoce que los sectores pobres y vulnerables en nuestras sociedades latinoamericanas, discriminados por razones económicas y su origen étnico, tienen serias dificultades para expresarse y hacerse escuchar en sus demandas y peticiones por los estamentos

institucionales del Estado. Por tal razón condena la criminalización per se de las demostraciones públicas de expresión y petición de los colectivos sociales. Lo peligroso de la criminalización per se de estas demostraciones públicas, dice la Relatoría, puede generar “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”. Y prosigue “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 directamente” (párrafo. 35)

Igualmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas (2006), ha reconocido al derecho de reunión y de asociación, así como al derecho a la libertad de expresión como derechos que son “como vehículos para desarrollar las actividades de las defensoras y defensores de derechos humanos, en sus distintas dimensiones: individual, colectiva y social”, y entre estas actividades se reconoce principalmente la manifestación de la protesta social, en tanto acción colectiva. Efectivamente, con relación al derecho de reunión y de asociación, señala la Comisión, que se trata de un derecho a través del cual se materializa diversas reivindicaciones, peticiones o demandas de cambio por parte de las defensoras y los defensores de los derechos humanos (párrafos 50 y 51). La vital importancia que la Comisión le otorga a estos derechos para el sistema democrático radica, por un lado, en que se trata de derechos que permiten canalizar el “intercambio de ideas y reivindicaciones sociales” a través de la potestad de los ciudadanos de reunirse y manifestarse públicamente y, por el otro lado, que tal flujo de ideas y de reivindicaciones sociales se pueden realizar colectivamente, es decir, a través de la “potestad de poner en marcha una estructura interna, programas y actividades que conduce a un fin colectivo.

Con relación al derecho a la libertad de expresión, la Comisión Interamericana, desde el inicio resalta el carácter *fundamental* de este derecho para el desarrollo de una sociedad democrática”. La importancia de este derecho humano y fundamental puede afectarse gravemente, advierte la Comisión, cuando el Estado apela al uso de leyes penales como “instrumento para silenciar a quienes ejercen su derecho a expresarse críticamente acusándolos a través de tipos penales como “incitar a la rebelión”, difundir informaciones falsas” o “dañar la reputación del país”. En esa misma línea expresa su preocupación por la utilización de tipos penales “que restringen, limitan o coartan los medios utilizados por las defensoras y defensores (de derechos humanos) para realizar sus actividades”. Y literalmente expresa la Comisión:

“(…) algunos países de la región han promulgado leyes o han recuperado tipos penales ya en desuso, como los delitos que atentan contra la forma de gobierno o los delitos de desacato, tipificación penal cuya *eliminación* la Comisión reiteradas veces ha sugerido a los Estados”

#### **4.1.2 El derecho a la protesta como derecho autónomo derivado de los derechos a la reunión y libertad de expresión**

##### ***La posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos***

La CIDH ha reconocido en su Informe “Protesta y Derechos Humanos” el derecho a la protesta a partir de los alcances combinados de los derechos a la reunión pacífica y el derecho a la libertad de expresión. Es decir, a diferencia de la fase anterior, en que los órganos del sistema interamericano relacionaban determinados aspectos de una manifestación de protesta con su cobertura por los derechos antes mencionados, en esta fase se reconoce un derecho propio a la protesta a partir de los referidos derechos. Esto último quiere decir, que el derecho a la protesta, si bien tiene manifestaciones del derecho a la reunión y del derecho a la libertad de expresión, ha adquirido un contenido propio que trasciende el contenido de las anteriores.

En el mencionado Informe, la CIDH ha desarrollado con detalle y rigor las diferentes facultades o posiciones que comprenden este nuevo derecho reconocido, es decir, ha definido los diversos alcances del derecho a la protesta. Efectivamente, la CIDH reconoce expresamente, dentro los alcances de las obligaciones de respetar del Estado, los siguientes 4 alcances del Derecho a participar en manifestaciones y protestas:

- El Derecho a participar en protestas sin autorización previa

De acuerdo con la Comisión no es compatible con la Convención no sólo la exigencia de una autorización administrativa previa para el ejercicio del derecho a participar en una protesta, sino que también lo es la notificación o comunicación previa de la protesta en aquellos casos en los que no resulta posible ni necesario. Así por ejemplo una manifestación de protesta social no resulta irregular ni ilícita por el hecho de su convocatoria súbita y masiva sin mayor intervención de líderes u organizadores (por ejemplo, la marcha de jóvenes ante la vacancia del ex presidente Vizcarra). Tampoco una manifestación de protesta que en pleno desarrollo decide cambiar de ruta o vía (por ejemplo...).

- El Derecho a elegir el contenido y el mensaje de la protesta

La CIDH es expresamente clara en reconocer que existe una presunción de cobertura, en principio, de todo tipo de mensaje o expresiones o ideas. Ello en razón a que el derecho a participar en una protesta tiene una de sus fuentes en el derecho a la libertad de expresión, ampliamente protegida por el sistema interamericano y el sistema universal de protección de los derechos humanos.

Esta enorme amplitud de la cobertura de contenidos del Derecho a la protesta le permite enfatizar a la CIDH que este derecho no sólo garantiza la difusión de ideas, expresiones o informaciones consideradas socialmente favorables, inofensivas o indiferentes, sino también garantiza aquellas ideas, posiciones, demandas, juicios o informaciones que “ofenden, inquietan, chocan, resultan ingratas o incluso perturban al estado o a cualquier sector de la población por el tipo de reclamo que involucran”. Esto significa que de cara a este alcance del derecho a la protesta no existen fines indebidos o ilegítimos en el propósito del ejercicio del derecho a la protesta, salvo algunas excepciones muy puntuales que se exponen en el mismo Informe de la Comisión

Efectivamente, los pocos límites legítimos que se reconocen al contenido de los mensajes en una manifestación de protesta son aquellos discursos prohibidos expresamente por la Convención, esto es, los mensajes que impliquen “la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia por razones discriminatorias como la orientación sexual, el género, la raza, la religión, la nacionalidad, entre otras”. Asimismo, la incitación al genocidio proscrita por la Convención para la prevención y la sanción del genocidio”. A ello podría agregarse, por último, las manifestaciones que impliquen la provocación a la comisión de delitos expresamente prohibidos por la legislación penal. Fuero de ese ámbito el ejercicio del derecho a la protesta protege cualquier petición, demanda, opinión, información, juicio u expresión.

- El derecho a escoger el tiempo y el lugar de la protesta

La CIDH ha señalado que es incompatible con este derecho establecer restricciones generales sobre la hora y el lugar en que puede tener lugar una manifestación o protesta. Por ello, las excepcionales restricciones concretas están sometidas a criterios de estricta proporcionalidad y necesidad.

En el mismo sentido la CIDH indica que, dada la importancia del derecho a la protesta en una sociedad democrática, las calles, las plazas y cualquier otro espacio público (por ejemplo, carreteras, trochas carrozables, etc.) resultan espacios privilegiados de ser utilizados en una manifestación o protesta, aunque se afecten otros usos más rutinarios de esos espacios (comercio, tránsito de personas y vehículos). Es fundamental, así se expresa la CIDH, que el mensaje pueda ser oído y visto por los destinatarios del mensaje subyacente en la protesta.

En ese sentido, reducir la manifestación de la protesta en lugares alejados de la ciudad o en entornos prefijados por la autoridad gubernamental afectan sensiblemente el derecho a la protesta.

Buscar que si el centro laboral, el taller o la fábrica es un lugar publico. ....

- El Derecho de escoger el modo de protesta y el significado de la referencia a un “ejercicio pacífico y sin armas”.

Si bien la CIDH parte de la premisa que se le reconoce al Estado el deber de proteger el orden público cuando algunos manifestantes o terceros ajenos a los manifestantes utilizan la violencia o portan armas, ello lo puede hacer con las condiciones y límites siguientes:

En primer lugar, el fin de proteger el orden público se identifica con la protección de los derechos a la vida y la integridad de los propios manifestantes que ejerzan su derecho de manera pacífica y sin armas, así como la de los terceros que se mantienen ajenos a ella.

En segundo lugar, el hecho de que existan dentro de una manifestación y protesta algunos sujetos que utilizan la violencia o empleen armas no desmerece el resto de la protesta la misma que continúa siendo protegida dentro de los alcances del del derecho a la protesta que estamos desarrollando. El estado está autorizado a individualizar a los responsables y para ello se le autoriza el uso de la fuerza, pero de manera proporcional, legalidad y necesidad.

Finalmente, en tercer lugar, debe recordarse que la comprensión del carácter pacífico de la protesta no es incompatible con la naturaleza disruptiva del derecho a la protesta, tal como lo hemos expuesto anteriormente. En efecto, el hecho de que la protesta se manifieste de tal manera que perturbe las vías de tránsito, se ensucie el ornato de la ciudad o queden interrumpidas temporalmente alguna carretera, entre otras molestias, no significa que la protesta deba ser calificada como violenta. La naturaleza disruptiva de este derecho ya quedo expuesta en varias oportunidades en este texto. Señala textualmente la Comisión:

“Sobre la cuestión, la CIDH manifestó que se “reconoce que en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse”

### ***La Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La Corte IDH se ha pronunciado en varias sentencias sobre el derecho a la protesta, pero subsumido dentro de varios derechos humanos reconocidos expresamente por la Convención Interamericana: el derecho de reunión, a libertad de expresión y el derecho de asociarse. (Corte IDH. Orden público y uso de la fuerza, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, N 25)



Así tenemos que en el caso *Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México*, de noviembre de 2018 la Corte sostuvo que “El derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana” (párrafo 171). En la misma sentencia la Corte IDH resalta la importancia de poder manifestarse para reclamar la protección de derechos: “La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente” (párrafo 171)

Posteriormente, en la misma sentencia, la Corte IDH ha recordado que no se enerva o no deja de reconocerse el derecho de protesta por el hecho de que algunos participantes de la protesta muestren actos de violencia o sea potencialmente violentas. Los demás participantes que lo hacen pacíficamente o sin armas siguen gozando de toda la protección del derecho. (párrafo 175)

En otra sentencia (*Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, de 5 de octubre de 2015), la Corte IDH ha vinculado el derecho a manifestarse públicamente con el derecho a la libertad de expresión y ha reconocido su importancia especial en el marco de un estado democrático:

“La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente” (párrafo 171).

Con relación a la criminalización de la protesta, a través de la creación o utilización arbitraria de tipos penales con los cuales se denuncia o investiga a dirigentes o partícipes en protestas y manifestaciones sociales, la Corte IDH ha manifestado la necesidad de efectuar interpretaciones sumamente restrictivas de tal manera que sean compatibles con los derechos reconocidos por la Convención tales como el de reunión, de libertad de expresión y de asociación. En ese sentido, las restricciones basadas en tipos penales que protegen el mantenimiento del orden o tranquilidad pública deben ser basadas en interpretaciones estrictamente ceñidas a las “justas exigencias de una sociedad democrática que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.

Así en el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*, de mayo de 2014, la Corte IDH señala que:

“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”

Igualmente, en el caso Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, de noviembre de 1985, la Corte indica lo siguiente:

“(…)la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13”.

En el mismo caso antes mencionado, pero con relación a las restricciones típicas basadas en la protección del orden público, la Corte IDH señala que:

67. (...) A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

Finalmente, la Corte IDH resalta que es el mismo concepto de orden público el que debe respetar la disidencia o la disrupción:

“Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones (...). 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 (párrafo 69).

## **4.2 Marco constitucional (nacional) de reconocimiento del Derecho a la protesta**

### **La Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 2 de junio de 2020 (Exp. 0009-2018 PI/TC) y el derecho fundamental a la protesta**

*Resolución del Tribunal Constitucional que, por mayoría, reconoce el derecho constitucional a la protesta.*

La STC recaída en el expediente 0009-2018 PI/TC se pronuncia sobre la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Puno contra el art. 200 que tipifica el delito extorsión y reformado por el Decreto Legislativo 1237 y otros delitos conexos del Código penal. En dicha sentencia tres magistrados del TC (Ledezma, Espinoza y Ramos) declaran infundada la demanda, pero reconocen expresamente el derecho constitucional a la protesta. Un cuarto magistrado (Miranda) se pronuncia por declarar fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad, pero igualmente reconoce el derecho constitucional a la protesta e incluso ofrece mayores alcances del derecho y lo define con características similares al reconocimiento efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los magistrados Ferrero y reconocen las acciones de protesta como manifestaciones cubiertas por el derecho a la libertad de expresión, pero no hacen referencia a un derecho fundamental a la protesta. Finalmente, el magistrado Sardón vota por declarar improcedente la demanda de inconstitucionalidad.

Con esta configuración de la resolución del Tribunal, esto es, los cuatro votos que reconocen claramente el derecho fundamental a la protesta podría sostenerse, conforme al artículo 10 del Reglamento Normativo del TC, que existe un acuerdo del TC al menos respecto del reconocimiento del derecho constitucional a la protesta. Ello en razón que se trata de una resolución que no declara la inconstitucionalidad del artículo 200 del Código penal. De cualquier manera, incluso así no se reconociera que el Tribunal Constitucional por mayoría simple ha reconocido el Derecho constitucional a la protesta, el reconocimiento de cuatro de los siete magistrados del referido derecho constituye un argumento de autoridad, suficientemente eficaz, para motivar, junto a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la decisión de reconocer en el Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema la existencia, en el marco de nuestro ordenamiento constitucional, de un derecho fundamental implícito a la protesta.

*El reconocimiento del derecho, pero por fundamentos diversos*

Los magistrados Ledesma y Espinoza si bien reconocen expresiones del referido derecho en otros derechos reconocidos explícitamente por nuestra Constitución (libertad de reunión, de expresión, huelga y ...) señalan que se trata de un

derecho innominado del artículo 3 de nuestra Constitución y, en ese sentido, directamente relacionado con el principio democrático y constitucional del Estado.

En cambio, el magistrado Ramos, si bien reconoce igualmente el referido derecho, lo fundamenta como un derecho implícito deducido del derecho a la libertad de expresión y de reunión.

El magistrado Miranda reconoce inequívocamente el derecho a la protesta, sin embargo, no lo manifiesta expresamente. De cualquier forma, este magistrado es el que desarrolla mayores alcances del referido derecho tal como detallaremos enseguida.

#### *Alcances del derecho a la protesta en los votos singulares.*

En los votos de los magistrados Ledesma, Espinoza y compartido por Ramos (en este aspecto), se advierte que el derecho fundamental a la protesta es una exigencia del orden público constitucional (párrafo 70) y que

“le asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado”. En ese sentido, reiteran que este derecho comprende la facultad de cuestionar (...) de manera individual o colectiva, los hechos, situaciones, disposiciones o medidas (incluso normativas) por razones de tipo político, económico, social, laboral, ambiental, cultural ideológico o de cualquier otra índole, que establezcan los poderes públicos o privados con el objeto de obtener un cambio de estatus a nivel local, regional, nacional, internacional o global siempre que ello se realice sobre la base de un fin legítimo según el orden público constitucional y que en el ejercicio de la protesta se respete la legalidad conforme con la Constitución”

Estos magistrados coinciden con la posición de la Comisión Interamericana de Derechos humanos en el sentido que si durante la protesta se desarrollan algunos actos de violencia las fuerzas de seguridad tienen el deber de individualizar tales actos y hacer los responsables, pero no resta o cuestiona la legitimidad del ejercicio de derecho de aquellos que lo hacen pacíficamente (párrafo 85). Igualmente, resulta importante resaltar que estos magistrados advierten que los tipos penales de extorsión y otros conexos “no penalizan la sola toma de locales, la sola obstaculización de las vías de comunicación, el solo impedimento del libre tránsito de la ciudadanía, la sola perturbación del normal funcionamiento de los servicios públicos o de la ejecución de obras legalmente autorizadas, sino la realización de cualquiera de estas conductas mediante violencia o amenaza (...)” (párrafo 98).

Finalmente corresponde señalar que estos magistrados también consideran que el elemento finalístico del tipo penal de extorsión, esto es, el fin de obtener “beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier índole” no alcanza, como es obvio, la demandas legítimas de aumentos remunerativos,

salariales o de pensiones, de reducción del coste de los servicios públicos, la invocación de respeto al medio ambiente, entre otras demandas, independientemente que se encuentren amparadas o no legalmente" (párrafo 99). En ese sentido, demandas que cuestionan la validez del otorgamiento de autorizaciones para explorar o explotar determinadas zonas mineras a una empresa o la aprobación administrativa de un Programa de Adecuación de Manejo Ambiental de una empresa no pueden ser consideradas pretensiones indebidas.

Pero el voto del magistrado Miranda resulta particularmente interesante de cara al objeto de nuestro informe. Ello es así dado que este magistrado cuestiona la constitucionalidad del delito de extorsión y otros tipos penales que son objeto de este informe. Así cuestiona, por vulnerar la garantía de taxatividad, la conducta *de aquel que mediante amenaza obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía* (art. 200 del CP). Señala al respecto, y siguiendo el informe de la Relatoría Especial para la libertad de Expresión de la Comisión IDH, que no pueden ser delitos conductas que comúnmente se observan en las protestas como "cortes de ruta o los actos de desorden que en si mismos no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas, pues en el contexto de protestas constituyen formas propias (o connaturales) del ejercicio de los derechos de libertad de expresión, reunión y libre asociación". En otras palabras, el carácter disruptivo del derecho a la protesta es reconocido en las consideraciones del voto de este magistrado.

Nosotros consideramos que no sólo el concepto de amenaza como medio típico de la extorsión, sino también la violencia deben ser conceptos que requieren ser precisados y delimitados cuando estos pretenden utilizarse por hechos suscitados en el contexto del ejercicio del derecho de protesta. ¿La movilización o plantón masivo en una vía pública con la consiguiente obstaculización de las vías de comunicación puede considerarse violencia o amenaza?. En el punto siguiente explicaremos que no.

Finalmente, el referido magistrado cuestiona el tipo penal de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos (art. 283 del CP). Específicamente, desde el principio de lesividad, señala que el referido tipo penal describe expresamente una conducta que *no crea una situación de peligro común*, es decir, no lesiona o pone en peligro ningún bien jurídico. En ese sentido, *la criminalización de cualquier entorpecimiento al funcionamiento del transporte (sin crear una situación de peligro) como pretende el artículo 283 resultaría inconstitucional por afectar el principio de lesividad.*

## **5. Criterios para interpretar restringidamente los tipos penales desde la perspectiva del derecho fundamental a la protestad social (interpretación conforme a la Constitución)**

### **5.1. El ejercicio regular de un derecho fundamental como expresión del riesgo permitido en el Estado democrático constitucional: la atipicidad de la conducta**

Conforme a nuestra Constitución Política, el Perú es un Estado democrático y constitucional de derecho, en donde “la persona es el fin supremo de la sociedad y el Estado la protege y respeta (...) y le reconoce un conjunto de derechos fundamentales”<sup>8</sup>. Desde esta premisa se establece un marco en el cual la persona puede desarrollarse libremente pero que también nos permite reconocer un límite a la libertad individual: el respeto o no menoscabo de la libertad ajena<sup>9</sup>.

El Derecho penal, como medio de control social formal y expresión del ius puniendi estatal, busca prevenir aquel conjunto de comportamientos que son considerados como los más graves en una sociedad (los delitos) y que precisamente atentan contra el ámbito de libertad ajena<sup>10</sup>. Para ello, el Estado monopoliza el control social a través del Derecho penal con la amenaza de imponer sanciones (penas y medidas de seguridad) de acuerdo con determinados principios.

Cabe destacar entre ellos los de lesividad y protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos, los cuales encuentran su fundamento en los artículos 44° y 45° de nuestra Constitución y en el principio de proporcionalidad recogido en su artículo 200°. Así también en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal que indica: “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Como hemos afirmado en un trabajo anterior, estos principios nos dicen que se protegen bienes jurídicos no frente a cualquier comportamiento causal o incluso previsible, sino frente a comportamientos que supongan la creación de riesgos prohibidos para bienes jurídicos<sup>11</sup>. Así, por un lado, el principio de subsidiariedad señala que solo debemos acudir al Derecho Penal cuando no existan medios menos lesivos, es decir, cuando no exista otro recurso disponible<sup>12</sup>. Mientras que la fragmentariedad hace alusión a que el Derecho Penal solo sancionará las formas más peligrosas de ataque para los bienes jurídicos<sup>13</sup>.

De esta manera se puede señalar que “solo ciertas conductas pueden configurar un injusto penal, lo que, a su vez, nos lleva a advertir que no todo comportamiento tendrá tal entidad lesiva”<sup>14</sup>. Tales conductas serán aquellas que

---

<sup>8</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014. P. 26.

<sup>9</sup> Ibid. P. 26.

<sup>10</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 9° Edición. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011. PP. 39-40.

<sup>11</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. “Aproximaciones a una funcionalización constitucional de la teoría del delito”. *Revista Derecho PUCP*. Lima, N° 71, 2013. P. 130.

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. P. 118.

<sup>13</sup> Ibid. P. 118.

<sup>14</sup> PALOMINO RAMÍREZ, Walter. “La exclusión del injusto en el estado constitucional y democrático de derecho: el riesgo permitido vs la justificación excepcional de comportamientos prohibidos”. Tesis para obtener el título de

representen un riesgo no permitido (prohibido), ya sea de afectación o puesta en peligro de bienes jurídicos. Es decir, en contra de aquellas “realidades o fines que son necesarios para una vida social libre y segura que garantice los derechos humanos y fundamentales del individuo”<sup>15</sup>.

Si ello es así, se entiende por qué “todas aquellas conductas que son permitidas desde un punto de vista general o que (...) expresan el estado normal de interacción al no representar otra cosa más que el ejercicio de libertades jurídicamente reconocidas, no podrán ser de ningún modo consideradas típicas a razón de su falta de idoneidad lesiva”<sup>16</sup>. Lo que nos lleva a preguntarnos cuáles serían esas conductas que no representan la creación de un riesgo prohibido.

Este razonamiento es el que está detrás de uno de los criterios de exclusión de imputación objetiva más importantes: el riesgo permitido. Las conductas que comprende el riesgo permitido son aquellas admitidas de manera general<sup>17</sup>. Son comportamientos que reflejan la libertad individual jurídicamente reconocida por lo que no podría generar ninguna responsabilidad penal<sup>18</sup>. En otras palabras, expresa la “existencia de ciertas clases de conductas que no son penalmente relevantes por estar toleradas desde el punto de vista general (Frisch), expresando el estado normal de interacción (Jakobs) o, en otros términos, una conducta permitida de manera general e independiente del caso concreto (Roxin)”<sup>19</sup>.

Cierto es que, en sí mismas, las conductas que se despliegan dentro del riesgo permitido se encuentran “jurídicamente permitidas o autorizadas con tal de que no se rebase un determinado nivel de riesgo, por adoptarse medidas de precaución o control que lo mantengan dentro de límites social y jurídicamente aceptables”<sup>20</sup>. Lo anterior traerá como consecuencia que, si a pesar de actuar dentro del riesgo permitido (manteniendo tales medidas de precaución) se afectara el bien jurídico, tampoco se le consideraría como una conducta típica<sup>21</sup>.

---

Magíster con mención en Derecho Penal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. P. 81.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”. En: HEFENDHEL, R. (ed.). La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. P. 448.

<sup>16</sup> Ibid. PP. 81- 82.

<sup>17</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. “Aproximaciones a la teoría de la imputación objetiva”. En: SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (Directores). Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico. Madrid: Colex, 2008. P. 45.

<sup>18</sup> PALOMINO RAMÍREZ, Walter. Op. Cit. P. 82.

<sup>19</sup> Ibid. P. 85.

<sup>20</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 3ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. P. 373.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. La imputación objetiva en el Derecho Penal. Lima: Grijley, 2014. P. 96.

Similar consecuencia (atipicidad) sucederá en aquellos casos en los cuales falte la creación de un peligro. En estos casos el autor "si bien no disminuye el riesgo de una lesión para el bien jurídico, tampoco la ha elevado de manera jurídicamente relevante (...) los riesgos mínimos adecuados socialmente que se desprenden de ellas son desdeñados por el Derecho, de manera que desde el principio no se imputa la acusación de resultados que ellas pudieran intermediar"<sup>22</sup>.

Una expresión de tales supuestos podemos encontrarla en el ejercicio de un derecho. Los derechos hacen referencia a estándares que deben respetarse para el desarrollo de la personalidad en sociedad<sup>23</sup>, siendo además "indispensables para el funcionamiento del sistema social y del aparato estatal"<sup>24</sup>. De esta manera, quien actúa en el ámbito del ejercicio de un derecho que es reconocido, promovido y defendido por el ordenamiento jurídico no tendría por qué responder penalmente<sup>25</sup>. Y es que no solo serían conductas toleradas sino que además nunca podrían ser lesivas para un bien jurídico por lo que se tratarían siempre de conductas atípicas<sup>26</sup>.

El ejercicio legítimo de un derecho deriva del artículo 2º, numeral 24, inciso a, de la Constitución Política ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.") y del artículo 230º del Código Penal de similar redacción. Según Villavicencio, es consecuencia del principio de unidad del ordenamiento jurídico, constituyendo "una regla general que envía el análisis en busca de disposiciones permisivas a cualquier otro sector del orden jurídico"<sup>27</sup>.

Como señala Luzón, en el ejercicio legítimo de un derecho "no hay que proteger el derecho frente a ataques ilegítimos que pretenden negarlo o destruirlo o frente otros peligros para la existencia o integridad del derecho (...) su titular simplemente tiene que decidir usar, dentro de los límites jurídicamente trazados para su legitimidad, las facultades que le concede ese derecho del que dispone"<sup>28</sup>. De esta manera, quedarán de lado aquellos supuestos en donde existan extralimitaciones o en casos de ejercicio abusivo del derecho<sup>29</sup>.

---

<sup>22</sup> Ibid. P. 87.

<sup>23</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. P. 348.

<sup>24</sup> PALOMINO RAMÍREZ, Walter. Op. Cit. P. 82.

<sup>25</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. P. 349.

<sup>26</sup> PALOMINO RAMÍREZ, Walter. "El ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión como comportamiento atípico frente al delito de difamación". Tesis para optar por el título de abogado. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. P. 229.

<sup>27</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General. Lima: Grijley, 2006. P. 555.

<sup>28</sup> LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel. Op. Cit. P. 444.

<sup>29</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. P. 354.



En otras palabras, cuando una persona actúe dentro del ámbito que el ordenamiento promueve y defiende, la conducta será atípica. Y ello en tanto que el ejercicio legítimo de un derecho se expresa en conductas que siempre serán valoradas positivamente<sup>30</sup>. Como señala Caro Jhon, "(...) existe otro grupo de conductas que intrínsecamente se muestran como arriesgadas, que a pesar de significar un peligro para los demás, no son alcanzados por los tipos penales, toda vez que su incriminación significaría una limitación intolerable de la libertad de actuación de las personas"<sup>31</sup>. Es más, "se presentan como conductas a las que no se puede racionalmente renunciar, pues hacerlo comportaría más desventajas que beneficios desde el punto de vista social"<sup>32</sup>.

## **5.2 El ejercicio legítimo del derecho a la protesta como supuesto de riesgo permitido (atipicidad de la conducta)**

De acuerdo con lo sostenido en el acápite anterior, entonces, no queda duda que la actuación dentro del ejercicio regular del derecho a la protesta, tal como hemos descrito anteriormente, supondría una actuación dentro del riesgo permitido. Efectivamente, como hemos mostrado en el acápite 3.1.2, la comprensión del carácter pacífico de la protesta no es incompatible con la naturaleza disruptiva del derecho a la protesta. Así, el hecho de que la protesta se manifieste de tal manera que perturbe las vías de tránsito, se ensucie el ornato de la ciudad o queden interrumpidas temporalmente alguna carretera, entre otras molestias, no significa que la protesta deba ser calificada como violenta. La naturaleza disruptiva de este derecho ya quedo expuesta en varios párrafos de este texto y en el párrafo 86 del Informe de la Relatoría sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Protesta y Derechos Humanos (2019).

Lo anterior implica que los actos que supongan un comportamiento disruptivo del ejercicio de la protesta, es decir, comportamientos que generen incomodidad, perturbación o intranquilidad a la libertad de movimiento de otros, a la seguridad de los bienes públicos o privados o al ornato de la ciudad, entre otros bienes o derechos de terceros, constituirán supuestos de riesgo permitido, es decir, actividades que son reconocidas y defendidas por el ordenamiento jurídico constitucional.

En ese sentido, no puede considerarse violencia del delito de extorsión (art. 200 del CP) la mera obstaculización de las vías de comunicación o del libre tránsito de las personas que pretende exigir a la autoridad pública alguna reivindicación social, económica o cultural. Son expresión del ejercicio regular del derecho a la protesta. Tampoco puede considerarse delito de extorsión aquella conducta del

---

<sup>30</sup> PALOMINO RAMÍREZ, Walter. "La exclusión del injusto en el estado constitucional y democrático de derecho: el riesgo permitido vs la justificación excepcional de comportamientos prohibidos". Tesis para obtener el título de Magíster con mención en Derecho Penal. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015. P. 87.

<sup>31</sup> CARO JOHN, José. Manual teórico práctico de teoría del delito, Ara Editores, Lima, 2014, p. 52

<sup>32</sup> Ibid. P. 87.

funcionario público (alcalde distrital, prefecto, alcalde provincial o autoridad regional, por ejemplo) que participe en una huelga con pretensiones reivindicativas sociales o colectivas (por ejemplo en solidaridad de la demanda de determinados trabajadores de una empresa extractiva por mejores condiciones de seguridad y salud en el trabajo o en la que se pretenda obtener ventajas de infraestructura o económicas para el poblado o distrito, incluso aún no sea reconocidas legalmente), dado que tales pretensiones no serán, por regla general, “beneficios o ventajas indebidas” en tanto elementos del tipo penal. Como hemos sostenido, el derecho a la protestad incluye el derecho a elegir ampliamente el contenido y el mensaje de la protesta, aunque las mismas supongan demandas no legalmente reconocidas.

Por otro lado, no será delito de entorpecimiento al funcionamiento a los servicios públicos (art. 283 del CP) aquellas conductas que simplemente representen entorpecimiento, obstaculización o perturbación del normal funcionamiento del transporte o del libre tránsito de las personas. Este tipo de casos, que incluso no suponen un peligro común, se encuentran perfectamente dentro del ejercicio regular del derecho a la protesta y por lo tanto son conductas dentro del riesgo permitido o atípicas.

Con relación al delito de disturbios (art. 315 del CP), una lectura conforme al derecho fundamental a la protesta, nos lleva a considerar no constitutivo de delito aquellas conductas que, situadas en un contexto de una protesta, no pongan en peligro concreto la integridad física de las personas (tentativa de lesiones) o no supongan un grave daño a la propiedad pública o privada.

Finalmente, con relación al delito de organización criminal anteriormente denominada asociación ilícita para delinquir (art. 317 del CP) o el delito de banda criminal, no pueden constituir conductas típicas el hecho de formar asociaciones, frentes de defensa o frentes de lucha en una comunidad o en un distrito que se planteen como finalidad objetivos, tales como la suspensión de un proyecto, el cumplimiento de algunos compromisos de la autoridad pública o una empresa privada, la reivindicación de mejores condiciones remunerativas o de trabajo. Es decir, no puede constituir una finalidad típica de “cometer delitos” la amplia facultad de los ciudadanos de elegir el mensajes y contenido de la protesta, incluso respecto de aspectos que puedan considerarse no legalmente reconocidos aún. Considerar lo contrario, o incluso permitir que el Ministerio Público formalice su investigación en ese sentido supone una inaceptable forma de desestimular la participación democrática de la ciudadanía, especialmente de los sectores más vulnerables y con menos capacidad de ser escuchados en nuestra sociedad.

Desde la mencionada perspectiva, resulta importante recordar a los órganos jurisdiccionales del poder judicial el carácter atípico o irrelevante penalmente de estas conductas. Ello de cara a evidenciar el carácter no investigable o no procesable en el cumplimiento de su rol de juez de garantías durante los actos de investigación fiscal o de control de acusación.

## 6. La ponderación excepcional como supuestos de estado de necesidad justificante y el ejercicio excesivo de la protesta

Hasta aquí hemos podido concluir que un grupo de casos de ejercicio del derecho a la protesta representan un riesgo permitido. Así pues, siempre que las conductas se desplieguen dentro del contenido previsto por este derecho, nunca serán consideradas como un delito por ser atípico.

No obstante, existe otro grupo de supuestos en los cuales esta respuesta no podría ser aplicable. Ello se dará en aquellos casos en los que, durante la protesta, se tomen medidas que supongan un ejercicio no regular del derecho a la protesta. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en aquellos casos en los que se impide circular por una vía pública por un periodo muy prolongado en el tiempo o se pone en peligro el abastecimiento de alimentos o productos necesarios de una localidad, o cuando se ha producido daños moderados a la propiedad pública o privada, o se ha ingresado y permanecido temporalmente en ciertas instalaciones laborales o de producción vinculados al mensaje de la protesta.

Esta situación suele presentarse (aunque no exclusivamente) en comunidades campesinas o nativas en donde la exploración o explotación de los recursos naturales conexos a ellas ponen en riesgo su forma de vivir, la salud personal, familiar o comunitaria, el medio ambiente, sus recursos hídricos o el incumplimiento de compromisos esenciales para la comunidad por parte del Estado o alguna empresa privada, etc. En estos casos, la toma de tales medidas suele presentarse ante la falta de respuestas o respuestas deficientes de las instituciones del estado a dichos problemas o reclamos presentados por las autoridades o líderes de esas comunidades (ver reporte de la Defensoría del Pueblo).

Si esta manifestación de sus protestas nos remite a la posibilidad de señalar que no existían otros medios reales que permitieran atender a sus legítimos reclamos, bien podemos cuestionarnos si en tales supuestos se encontraban o no bajo la salvaguarda de una causa de justificación. Es decir, casos en los que se requiere de una permisión especial y excepcional. Precisamente esta excepcionalidad o especialidad es una de las más importantes diferencias entre el riesgo permitido y las permisiones de las causas de justificación. Como señala Caro John, tomando la idea del profesor Jakobs:

*“La terminología de un riesgo permitido puede generar el malentendido de referirse a un ámbito de permisiones en el sentido de una causa de justificación. Sin embargo, esto no es así, porque toda causa de justificación requiere de un contexto especial o de una situación de necesidad, mientras el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal (de la vigencia de las normas) de interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno”<sup>33</sup>.*

---

<sup>33</sup> CARO JOHN, José. Op. cit., p. 53

Las causas de justificación son “aquellas que excluyen la antijuridicidad, convirtiendo un hecho típico en lícito y conforme a Derecho”<sup>34</sup>. La necesidad de que estas existan se da porque pueden presentarse situaciones especiales de conductas que lesionan bienes jurídicos, pero que a su vez protegen otros, sin que pueda evitarse alguno de estos efectos<sup>35</sup>. De esta manera, el contexto común de las causas de justificación radica en una situación especial de conflicto que obliga a una excepcional ponderación de intereses<sup>36</sup>.

En otras palabras, nos lleva a identificar cuál es el interés preponderante que, entendido como principio esencial de las causas de justificación, nos dice que “los conflictos de intereses en el seno de un sistema jurídico deben resolverse a favor de los intereses preponderantes conforme a las valoraciones de dicho sistema jurídico”<sup>37</sup>. Si ello es así, será lícita la conducta que proteja un interés preponderante a costa de otro que, en el caso específico, sea considerado como menos valioso<sup>38</sup>, en la situación concreta que se analiza.

Sin duda alguna, estas categorías tienen su mejor expresión en el denominado estado de necesidad justificante, en el cual “se sacrifica un interés de menor valor al salvado”<sup>39</sup>. Este se encuentra previsto en el artículo 20, numeral 4, del Código Penal, que señala:

“El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos:  
a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y  
b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

De esta forma, se desprende que el estado de necesidad justificante tiene tres grandes requisitos: i) la situación de peligro, ii) la acción necesaria y iii) el interés preponderante. En los siguientes párrafos analizamos esta causa de justificación desde la perspectiva del tipo de conflictos que, en su mayoría, han dado origen a situaciones de protesta social que han afectado o puesto en peligro bienes penalmente protegidos y que no han sido cubiertos por el ejercicio regular del derecho a la protesta. Nos referimos a la conflictividad socio ambiental, esto es aquella que, desde la perspectiva de las comunidades campesinas o nativas o ciudadanos de distritos afectados por la actividad de las grandes empresas dedicadas a la exploración y explotación de recursos naturales y energías de combustible, genera un peligro real para bienes igualmente protegibles penalmente tales como el medio ambiente, la salud pública o la salud individual.

---

<sup>34</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. P. 530.

<sup>35</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas? Bogotá: Ibañez, 2009. PP. 22-23.

<sup>36</sup> MONTOYA VIVANCO, Yván. Op. Cit. P. 134.

<sup>37</sup> MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. Op. Cit. P. 34.

<sup>38</sup> LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Op. Cit. P. 427.

<sup>39</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. P. 551.

Para abordar debidamente este tipo de conflictividad es importante adecuar la lectura de los requisitos del estado de necesidad en función a aquellos intereses que no han estado presentes en el análisis tradicional de esta causa de justificación y que tampoco se han analizado desde la perspectiva de los derechos a la identidad y pluralidad cultural de la población que no comparte toda la cosmovisión o la misma jerarquización condicionada de determinados valores o principios en nuestra sociedad. Esta perspectiva esta reconocida normativamente en el Derecho internacional de los derechos humanos (art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 2 y 5 del Convenio 165 de la Oficina Internacional de Trabajo OIT) y en nuestra Constitución política (art. 2 inc. 19 y art. 149). Esta perspectiva nos obliga, por ejemplo, a considerar la vital priorización de muchas de estas comunidades de su relación con la tierra, el agua y el medio ambiente en general. Esta mirada no es sólo ecológica de los diversos ecosistemas que configuran su entorno, sino que resulta también parte intrínseca de su forma de vida comunitaria y de su supervivencia concreta como comunidad, etnia o cultura. Desde la perspectiva antes mencionada debe valorarse el riesgo o el peligro de los bienes jurídicos en conflicto o la preponderancia de los intereses en juego.

### 6.1 La situación de peligro

La situación de peligro (para bienes jurídicos) debe ser actual y próxima, lo cual se refleja en tanto “la afectación sea de probabilidad muy alta o segura”<sup>40</sup>. Así también, el peligro será considerado como actual si se trata de un peligro permanente o continuo, es decir, “ante una situación peligrosa que permanece durante un largo período y que en cualquier momento puede desembocar en un daño, aunque pueda quedar abierta la posibilidad de que aún pueda tardar un tiempo en producirse”<sup>41</sup>.

Este peligro puede ser para cualquier bien jurídico ya sea la vida, integridad, libertad o cualquier otro, incluso aquellos intereses o bienes jurídicos de la comunidad<sup>42</sup>. Por otra parte, el peligro debe ser real, sin importar su origen, por lo que puede provenir de fenómenos naturales, accidentes o por un obrar humano<sup>43</sup>.

Resulta imperioso interpretar este elemento del estado de necesidad desde la perspectiva de los derechos a la identidad y pluralismo cultural. Efectivamente, Como hemos sostenido y fundamentado en un texto de próxima publicación *un Derecho punitivo legitimado sobre la base de fines de protección de un modelo de convivencia democrática y plural (cultural y jurídicamente) nos lleva a considerar que en caso los conflictos penales sean asumidos por el sistema penal éstos se encuentran condicionados desde la raíz, tanto la comprensión de los*

---

<sup>40</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. P. 553.

<sup>41</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. P. 680.

<sup>42</sup> ROXIN, Claus. Op. Cit. P. 675.

<sup>43</sup> Ibid. P. 679.

*finés que justifican la intervención penal del Estado como la interpretación de los contenidos de los diferentes niveles de la teoría del delito, en tanto construcción dogmática para la aplicación del Derecho penal.*

De esta manera el peligro debe ser evaluado, ex ante, desde la importancia especial y particular que determinados bienes jurídicos tienen para las comunidades campesinas y nativas y la relación que aquellos mantienen con estos bienes: medio ambientes, recursos hídricos, la tierra como espacio de vida y la cosmovisión del mundo. Así queda expresado en la sentencia recaída en el caso Andoas que hemos hecho referencia en el punto 3 de este texto. Desde esta perspectiva entonces se trata de un peligro actual, latente y próximo a concretarse en algún daño.

## 6.2 La acción necesaria

Esto implica que no se puede hacer frente al peligro de otro modo que con la conducta típica. Esto significa que el medio debe ser idóneo y, ex ante, el menos lesivo que los que se encontraban disponibles (Roxin, 1997, p. 681). Desde la perspectiva de la naturaleza y los fundamentos del derecho constitucional a la protesta (acápito 2 de este texto), la idoneidad debe evaluarse a partir de las condiciones de precariedad y vulnerabilidad de los colectivos que ejercen la protesta en demanda del respeto a sus derechos o a mejores condiciones de su espacio vital. En ese sentido, teniendo en cuenta que las acciones de las comunidades se dirigen contra grandes empresas nacionales o transnacionales que son identificadas como la fuente de los conflictos socio ambientales (ver Informe de la Defensoría del Pueblo ...), consideramos que las acciones de protesta en las vías públicas manifestadas en el bloqueo o perturbación del transporte vehicular o peatonal en las zonas aledañas al centro de exploración o explotación, son idóneas para la defensa de los bienes jurídicos que son parte de su espacio vital. Es por ello que también se justifica la acción colectiva de defensa.

La calidad de medio menos lesivo del estado de necesidad debe evaluarse igualmente desde los fundamentos del derecho a la protesta, esto es, teniendo en cuenta el fracaso histórico, y el fracaso actual, de los mecanismos de atención de las quejas o demandas institucionales que han planteado las comunidades campesinas o comunidades indígenas, sea a las propias empresas o sea a las instancias correspondientes del estado. Es decir, estas comunidades y estas poblaciones no gozan de mecanismos institucionales reales y eficaces que atiendan sus históricas y vigentes demandas.

## 6.3 El interés preponderante

El tercer requisito es la identificación del interés preponderante, lo cual quiere decir que los intereses en conflicto tienen distinto valor o relevancia, llevándonos indefectiblemente a preservar el más importante<sup>44</sup>. No se trata de una comparación en abstracto de bienes jurídicos en conflicto, sino que se incluyen

---

<sup>44</sup> MEINI MÉNDEZ, Iván. Op. Cit. P. 342.

también el grado de peligro y finalmente la comparación entre intereses en conflicto. De esta manera, el bien que se salva debe ser de mayor interés preponderante que el que se sacrifica<sup>45</sup>. Siendo también admisible la posibilidad de proteger bienes jurídicos de terceros.

Para la ponderación de estos intereses en conflicto deben evaluarse, por un lado, bienes que se consideran y son vitales para las comunidades campesinas y nativas, y sobre las cuales ya hemos advertido, junto con bienes que se contienen en el derecho fundamental a la protesta que, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos se consideran fundamentales para la participación democrática y plural, especialmente de aquellos que no tienen canales de participación efectivos que le permita al estado atender sus demandas. Y del otro lado, también derechos importantes como la libertad ambulatoria, la propiedad privada o pública o la libertad de empresa, pero que cuando son afectadas de manera temporal o transitoria y de manera escasamente relevante no pueden resultar prevalentes sobre los primeros.

De esta manera, resulta razonable que en muchos de los casos que se suceden a raíz de una conflictividad socio ambiental, sea de la aplicación el estado de necesidad justificante como causa de justificación de algunos tipos penales relacionados con la criminalización de la protesta.

---

<sup>45</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. P. 553.