

Domingo Hernández Emparanza* (Chile)

Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno**

RESUMEN

El presente trabajo incursiona en la conceptualización, los alcances y el estatuto del llamado derecho a la protesta social, desde el punto de vista jurídico-constitucional chileno. A partir de ciertas premisas antropológicas, que permiten escindir las protestas de los llamados movimientos sociales, y haciendo presente el contexto internacional, penetra en el ámbito constitucional chileno distinguiendo entre una tesis amplia y otra restrictiva sobre su existencia como derecho, dada la falta de consagración textual específica. Para ello, considera especialmente los contextos sociopolíticos de dictadura y de retorno a la democracia, con las consiguientes demandas políticas sobre derechos sociales, con el rol que han jugado las protestas sociales y el tratamiento que el Estado les ha dado, que van desde la criminalización por razones de orden público y seguridad del Estado (dictadura), hasta la regulación circunstancial de su ejercicio (cómo, cuándo, dónde), la que, a su vez, podría envolver una inaceptable exigencia de permiso previo, incluso en democracia. Se analiza especialmente el rol de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República.

Palabras clave: protesta social, derecho implícito, derecho fundamental, derechos sociales, legitimidad democrática, criminalización, derecho de reunión y manifestación, libertad de expresión, orden público, parámetros interamericanos, regulación.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit befasst sich aus der Sicht des chilenischen Verfassungsrechts mit der konzeptionellen Fassung, der Reichweite und dem Status des sogenannten Rechts auf sozialen Protest. Ausgehend von einigen anthropologischen Prämissen, aufgrund derer sich die Proteste von den sogenannten sozialen Bewegungen unterscheiden lassen,

* Ministro del Tribunal Constitucional de Chile. dhernandez@tcchile.cl.

** Trabajo realizado con la colaboración del abogado asistente del Tribunal Constitucional de Chile, profesor Alberto Tala Japaz.

und unter Berücksichtigung des internationalen Kontextes geht sie auf das chilenische Verfassungswesen ein und unterscheidet angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen Verankerung im Verfassungstext zwischen einer weiten und einer engen Auslegung des genannten Rechts. Dazu betrachtet sie insbesondere den gesellschaftspolitischen Kontext der Diktatur und der Rückkehr zur Demokratie und die damit einhergehenden politischen Forderungen nach sozialen Rechten, die Rolle, die die sozialen Proteste gespielt haben, sowie deren Umgang durch den Staat, der von ihrer Kriminalisierung zum Zwecke der öffentlichen Ordnung und der Staatssicherheit (Diktatur) bis hin zu ihrer Regulierung (über das wie, wann und wo) reicht, und die ihrerseits in einer Demokratie die inakzeptable Auflage einer vorherigen Genehmigung beinhalten könnte. Im Einzelnen wird auf die Rolle des Obersten Gerichtshofs und der Obersten Rechnungsprüfungsbehörde der Republik eingegangen.

Schlagwörter: Sozialer Protest, implizites Recht, Grundrecht, soziale Rechte, demokratische Legitimität, Kriminalisierung, Versammlungs- und Demonstrationsrecht, Recht auf freie Meinungsäußerung, öffentliche Ordnung, interamerikanische Parameter, Regulierung.

ABSTRACT

This paper studies the concept, scope and statute of the so-called right to social protest from the point of view of Chilean constitutional law. Based on anthropological premises that separate protests from social movements, and considering the international context, we delve into the field of Chilean constitutional law. There we observe a broad thesis on the existence of this right and also a restrictive one inasmuch as it is not enshrined in a specific text. Special attention is given to the socio-political contexts of dictatorship and return to democracy, the subsequent political demands regarding social rights, the role of social protests and their treatment by the state. This treatment varies from criminalization based on reasons of public order and state security (dictatorship) to the regulation of the right (how, when, where) which might entail the unacceptable requirement of obtaining prior authorization, even in democracy. We analyse the role of the Supreme Court and the Office of the Comptroller General of the Republic.

Keywords: Social protest, implicit right, fundamental right, social rights, democratic legitimacy, criminalization, right of assembly and demonstration, freedom of expression, public order, state security, Inter-American criteria, regulation.

1. Concepto y problemática

La protesta social se manifiesta como un hecho político y sociológico que plantea diversos cuestionamientos que se mueven entre su legitimidad democrática y su rechazo, e incluso criminalización, en cuanto conducta anómica. De allí que se la ha entendido como “quejas avanzadas por ciertos grupos que ven sus necesidades básicas insatisfechas. Quejas que tienen que ver con reclamos por la carencia de trabajo, vi-

vienda digna, asistencia sanitaria, protección social”.¹ También ha sido definida como “una forma de acción colectiva de carácter contencioso e intencional que adquiere visibilidad pública y que se orienta al sostenimiento de demandas, centralmente, frente al Estado”.² Sus aspectos distintivos son:

- a) Mientras los tradicionales movimientos sociales mantienen una matriz identitaria constante en el tiempo y de localización espacial amplia, que da lugar en ocasiones a organizaciones de la sociedad civil que llegan a relacionarse con el Estado o con los partidos políticos (y, a veces, suelen ser cooptados por estos últimos en vínculos clientelares), las protestas –por su parte– son básicamente instrumentales y concretas, con sentido particular en cada protesta o ciclos de protesta, comprendiéndose solo en su concatenación o conjunto. Ello, especialmente, en cuanto asumen un carácter fragmentario o segmentario, pero no identitario ni orgánico, en la medida que canalizan múltiples demandas sociales concretas de sectores que no acceden a las élites directivas institucionales, ni pueden influir en la toma de decisiones por medios sociales no explícitos.
- b) La explicación analítica de la protesta social no es mecanicista ni orgánica sino espontánea o instrumental, a diferencia de lo que ocurre con un movimiento social, cuyo paradigma se reconduce o a una estrategia racional que perdura en el tiempo, o a un *ethos* identitario que busca expresarse y lograr su espacio social.
- c) Ejemplos de movimientos sociales han sido el que existió en India por su independencia de Gran Bretaña, el que se dio en contra de la guerra de Vietnam (pacifista), el movimiento estudiantil francés de Mayo de 1968, el movimiento por los derechos civiles en Estados Unidos, el movimiento ambientalista, entre otros. Las protestas, en cambio, han sido más “cosistas” o específicas, aunque sin dejar de reflejar una profunda problemática general de la sociedad. Así, por ejemplo, las protestas brasileñas en actual desarrollo, las protestas bolivianas durante el gobierno de Evo Morales, las protestas “piqueteras” en Argentina, todas las protestas latinoamericanas que presionaron hacia la transición democrática en los gobiernos de dictadura, incluida la chilena, y desde 1983 en adelante, las protestas chilenas estudiantiles y laborales durante el período de retorno a la democracia.
- d) Así, la cuestión fundamental que la protesta plantea es la reacción del poder público institucional frente a ella, especialmente considerando que las mismas son expresión de los grupos más desaventajados o postergados de la sociedad convencional, es decir, de aquellos que viven en peores condiciones o cuyas de-

¹ Roberto Gargarella, “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006, p. 142.

² Schuster y Pereyra, 2001, citados Virginia Manzano, *Movimiento social y protesta social desde una perspectiva antropológica*, 2014, p. 7. Disponible en: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/movimientosocialyprotestasocial.doc>.

mandas no han sido atendidas por los cauces institucionales. O, por el contrario, debemos cuestionarnos cuál es el nivel de reproche o enojo público que las protestas merecen, por alterar y afectar los derechos de terceros (comenzando por el orden público en general) para hacer valer sus pretensiones. Todavía más, si acaso merece protección la expresión de minorías que, manifestada en forma distinta a la institucionalmente prevista, afecta o incide en los derechos de quienes se ajustan al sistema institucional.

En el fondo, el cuestionamiento es político: ¿qué entendemos por democracia? ¿Aquella formal o una que dé espacios reales de participación y expresión, aunque no sea orgánica y en la forma prevista por la Constitución? ¿Puede el pueblo expresarse o ejercer algún grado de soberanía por medios distintos de sus representantes (órganos del Estado) o de las elecciones o plebiscitos constitucionalmente previstos?

Lo anterior nos lleva a tamizar la manera conforme a la cual todo ello resulta recogido por la Constitución.³

2. Marco constitucional regulatorio

A nivel constitucional chileno, no existe una norma que explícitamente reconozca el derecho a la protesta. Todavía más, existen razones dogmático-textuales que podrían hacer dudar de la existencia de un tal derecho.

En efecto, comenzando por estas últimas, cabe considerar las siguientes normas constitucionales:

- a) Artículo 5, inciso primero. “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio”.
- b) Artículo 24, incisos primero y segundo. “El gobierno y la administración del Estado corresponden al presidente de la República, quien es el jefe del Estado. Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”.
- c) Artículo 101. “Las Fuerzas Armadas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por el Ejército, la

³ Un análisis de derecho comparado europeo, con particular acento en el caso español, puede encontrarse en José Luis López González, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995; Ignacio Torres Muro, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 1991; Domingo Pérez Castaño, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997.

Armada y la Fuerza Aérea. Existen para la defensa de la patria y son esenciales para la seguridad nacional.

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas solo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del ministerio encargado de la Seguridad Pública.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

Bajo esta perspectiva podría sostenerse que el pueblo solo puede expresarse mediante los mecanismos institucionalmente previstos para ello (orgánicos y electorales), pero no mediante protestas espontáneas. Máxime si, como señalan las otras normas citadas, el resguardo del orden público es un deber primordial del jefe de Estado y, en regiones, lo cumple con la colaboración del intendente, a quien corresponde intervenir administrativamente para la realización de manifestaciones públicas, en ejercicio del derecho de reunión en lugares públicos. El orden público está encargado, operativamente, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, cuya función es dar eficacia al derecho y garantizar el orden público, precisamente, en la forma que determinen sus respectivas leyes orgánicas.

Por otra parte, la conceptualización de la protesta social como un derecho puede extraerse de las siguientes disposiciones constitucionales:

Artículo 4°. Chile es una república democrática.

Artículo 5°, inciso segundo. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado (inc. primero).

[...]

13°. El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía.

[...]

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en

los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Artículo 63. Solo son materias de ley:

[...]

20°. Toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico.

La construcción dogmática jurisprudencial acerca del derecho a la protesta, que emana de dichos preceptos, ha variado notoriamente en Chile en función de los momentos políticos en que se ha tratado jurisdiccionalmente el tema por las instituciones correspondientes a cada etapa histórica. Pero, aun así, es posible visualizar una posición doctrinaria constante de quienes sostienen un derecho a la protesta, enriquecida por los cambios de contexto político y por la recepción de otras normas internacionales, además de las reformas constitucionales que atañen incluso al Tribunal Constitucional. Por ende, antes de desarrollar esos planteamientos, en el párrafo siguiente, completaremos la exposición de los referentes normativos.

Desde el ámbito de la convencionalidad internacional de los derechos humanos cabe considerar las siguientes normas:

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar en contra de cualquier persona o

grupo de personas, por ningún motivo, incluso los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 15. Derecho de reunión

Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU:

Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:
 - a) Asegurar el respeto de los derechos o de la reputación de los demás.
 - b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y las libertades de los demás.

Sobre la base de la expresa habilitación del numeral 13°, inciso segundo, del artículo 19 de la Constitución, se dictó el Decreto Supremo 1086, de 16 de septiembre de 1983, regulatorio de reuniones públicas, en los siguientes términos:

Núm. 1.086. Visto: lo dispuesto en el artículo 32° N° 8, de la Constitución Política y lo establecido en el Decreto Ley número 575, de 1974 y en el DFL N° 22, de 1959, de Interior, y Considerando:

1. Que la Constitución Política del Estado, en su artículo 19, N° 13, asegura a todas las personas, el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.
2. Que la misma Constitución establece que en las calles, plazas y demás lugares de uso público las reuniones se regirán por las disposiciones generales de policía.

3. Que el ejercicio de estos derechos tiene por límite el resguardo de un tercero y su uso no puede llegar hasta lesionar la libertad de otra persona o la conveniencia de la sociedad; y

4. Que es un deber de la autoridad ejercer la vigilancia y cuidar de la integridad de las personas, y la conservación de las plazas, calles, paseos y bienes públicos y que se respeten en el uso a que están destinados,

Decreto:

Artículo 1. Las personas que deseen reunirse podrán hacerlo pacíficamente, sin permiso previo de la autoridad, siempre que ello sea sin armas.

Artículo 2. Para las reuniones en plazas, calles y otros lugares de uso público regirán las siguientes disposiciones:

a) Los organizadores de toda reunión o manifestación pública deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al intendente o gobernador respectivo. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública pueden impedir o disolver cualquier manifestación que no haya sido avisada dentro del plazo fijado y con los requisitos de la letra b).

b) El aviso indicado deberá ser por escrito y firmado por los organizadores de la reunión, con indicación de su domicilio, profesión y número de su cédula de identidad. Deberá expresar quiénes organizan dicha reunión, qué objeto tiene, dónde se iniciará, cuál será su recorrido, dónde se hará uso de la palabra, qué oradores lo harán y dónde se disolverá la manifestación.

c) El intendente o gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público.

d) Igual facultad tendrán respecto de las reuniones que se efectúen en las plazas y paseos en las horas en que se ocupen habitualmente para el esparcimiento o descanso de la población y de aquellas que se celebren en los parques, plazas, jardines y avenidas con sectores plantados.

e) Si llegare a realizarse alguna reunión que infrinja las anteriores disposiciones, podrá ser disuelta por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

f) Se considera que las reuniones se verifican con armas, cuando los concurrentes lleven palos, bastones, fierros, herramientas, barras metálicas, cadenas y, en general, cualquier elemento de naturaleza semejante. En tal caso las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública ordenarán a los portadores entregar esos utensilios, y si se niegan o se producen situaciones de hecho, la reunión será disuelta.

Artículo 3. Los intendentes o gobernadores quedan facultados para designar, por medio de una resolución, las calles y sitios en que no se permitan reuniones públicas, de acuerdo con lo prescrito en las letras c) y d) del artículo 2.

Tómese razón, comuníquese y publíquese. Augusto Pinochet Ugarte, general de Ejército, presidente de la República. Sergio O. Jarpa, ministro del Interior.

Patricio Carvajal Prado, vicealmirante, ministro de Defensa Nacional.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento. Saluda atentamente a Ud. Luis Simón Figueroa del Río, subsecretario del Interior.⁴

3. ¿Existe en Chile un derecho a la protesta social jurídicamente reconocido, amplio o restringido?

3.1. Tesis amplia

Quienes abogan por la amplia existencia constitucional de un tal derecho sostienen que se construye a partir de la relación existente entre el derecho de reunión y la libertad de opinión (en su vertiente de libertad de expresión, sin control o censura previa y por cualquier forma o medio), todo ello como trasunto del principio democrático y como concreción, al mismo tiempo, de los derechos reconocidos en ese sentido por los instrumentos internacionales de derechos humanos citados.⁵ Podría incluso ser conducido a la libertad de conciencia, que no solo se refiere a materias religiosas (CPR, art. 19, núm. 6°), entre otros derechos y libertades, tales como el derecho de petición (núm. 14), libertad ambulatoria (núm. 7).

Esa misma tendencia, que podríamos denominar tesis amplia favorable al derecho de protesta, critica ese estatuto –así construido– por cuanto vulneraría el principio de reserva legal que emana del numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, en cuanto esta última norma manda que los derechos y las garantías constitucionales sean regulados por ley, lo que no se cumpliría a propósito del derecho de reunión, que quedó regulado por una norma administrativa de potestad reglamentaria. Con ello, al mismo tiempo, se vulnerarían los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales son categóricos en esta materia al exigir regulación por ley y no por decreto reglamentario, todo lo cual incide en la regulación participativa y democrática de tan sensible materia.

La misma tendencia, amplia en favor del derecho a la protesta, reprocha también que el derecho de reunión no está sujeto conceptualmente a permiso previo (porque se trata de un acto en principio permitido), mas sí a un aviso a la autoridad –en función de la toma de medidas de coordinación, tránsito y protección de terceros–, pero los requisitos han llegado a ser de tal entidad que el aviso se ha convertido, en la práctica, en una solicitud de permiso, de carácter inconstitucional, adoleciendo de tal vicio el Decreto Supremo 1086, citado. Ello, por cuanto se han impuesto condiciones o requisitos que impiden su libre ejercicio o afectan su esencia, e infringen así el citado numeral 26° del artículo 19 de la CPR.

Sobre esto último, como venció el plazo de impugnación del decreto ante el Tribunal Constitucional (en el año 1983, período de excepción a la democracia), se pidió

⁴ Cabe destacar que este decreto fue complementado posteriormente por el Decreto 1216, de 8 de noviembre de 1984, en lo relativo al ejercicio del derecho de reunión durante la vigencia del Estado de sitio, cuyo detalle no desarrollaremos aquí.

⁵ Actualmente, Centro de Derechos Humanos UDP, 2012. Antes Patricio Zapata Larraín, 1986.

recientemente la invalidación de dicho decreto a la Contraloría General de la República (CGR), entidad de control que –sin rechazar su competencia para ello– en concreto desestimó tal petición (Dictamen 78143, de 14 de diciembre de 2011). Consideró para ello motivaciones que la sitúan en el ámbito de un reconocimiento restringido del derecho a protesta que comentaremos infra.

En esa misma línea amplia se cita la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en un informe de 2006 manifestó:

La finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad.⁶

Este enfoque toleraría, en principio, lo que se ha venido en llamar “regulaciones de tiempo, lugar y modo”⁷ tendentes a verificar las condiciones de ejercicio pacífico y sin armas, siempre que ello no implique permiso previo.

El paradigma político-jurídico en este sentido señala que “por más que la mayoría insista e insista con cierto reclamo, hay cosas que no le pueden ser concedidas”; pero “la protesta no es un problema para la democracia” puesto que “nos preocupa que el poder político no abuse”, ya que “lo que está en juego es una crítica al poder público”, en donde “el Poder Judicial debe brindar un resguardo muy especial a la persona que critica al gobierno, en lugar de convertirse, como hoy tiende a convertirse, en líder del reproche frente a quienes protestan”; de modo que “cuando se critica al poder, allí ocurre algo muy importante, que merece el máximo resguardo y amparo por parte de las autoridades judiciales”; porque si alguien realiza “un comportamiento violento, ese individuo particular podrá ser merecedor de reproche, pero ese reproche no agrega ni quita absolutamente nada a la discusión en juego, sobre el valor o la protección que merecen el derecho a la huelga o el derecho a la protesta”⁸.

Todavía más, se trata de igualar mediante la protesta la posibilidad de influencia de los sectores desprovistos de acceso al juego de la comunicación social. Particularmente, cuando se trata de derechos sociales –tales como la vivienda, la salud, el trabajo, la educación, la integración o no discriminación, por cualesquiera motivos– que, en la práctica, pese al texto explícito de la Constitución (lo que prueba que el argumento de texto no es determinante), no han recibido reconocimiento operativo jurisdiccional y de políticas

⁶ Citada por Flavio Quezada, “De por qué el sistema de autorización previa del ejercicio del derecho de reunión contenido en el DS 1.086 de 1983 es inconstitucional”, *Diario Constitucional*, 23 de mayo de 2012. Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.3.

⁷ Gargarella, *op. cit.*, p. 150.

⁸ *Idem.*

públicas suficiente. Es decir, mediante el ejercicio de un derecho no textual constitucional, se trata de hacer valer derechos textuales consagrados pero no respetados efectivamente.

3.2. Tesis restringida

Esta línea doctrinal caracterizó al gobierno autoritario en Chile, particularmente en la década de los ochenta, y retomó cierto vigor durante el gobierno de derecha anterior al actual. Su esencia radica en la priorización valorativa de los aspectos de orden público, por sobre la expresión y participación ciudadana que la protesta implica. Desde allí, entonces, se lee la normativa y se pretende su aplicación bajo esa perspectiva.

Se cita la opinión ciertamente irónica del procurador general de la república,⁹ en el año 1983, que señalaba algo así como que “muchos invocan el derecho a protesta, pero nadie ha señalado en qué artículo de la Constitución está”. Por cierto, ello implica una visión restrictiva y positivista, en el sentido de reconocer como derecho únicamente aquello que está literalmente establecido en la Constitución, sin construcción dogmática adicional. Por ende, en este sentido, se disocian todos los derechos pertinentes y se mira exclusivamente el estatuto constitucional del derecho de reunión, sin correlacionarlo con la libertad de expresión ni mucho menos con otros derechos.

La expresión máxima de ese paradigma restrictivo consistió en la criminalización de las convocatorias a protestas, mediante la introducción del artículo 6°, letra i), a la Ley 12.927 sobre seguridad interior del Estado, tipificando legalmente dicho hecho como delito en contra del orden público. En el año 1991 dicha norma fue derogada, pero tan pronto rigió fue impugnada de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, bajo el texto constitucional original, cuyo artículo 80 contemplaba dicho recurso como de control abstracto. La Corte Suprema en pleno rechazó la inaplicabilidad, con un solo voto en contra, del ministro señor Rafael Retamal, reflejándose en ambas posiciones las dos visiones sobre la materia.

El voto de mayoría (decisorio) rechazó vincular la libertad de expresión con esta temática, restringiéndola a la garantía del derecho de reunión. Sobre este último señala que el numeral 13 del artículo 19 solo requiere adecuarse a las normas generales de policía a aquellas reuniones que se desarrollen en lugares de uso público, mas no en recintos privados. Ahora bien, señala la Corte que si es posible que una mera regulación de policía estatuya lo pertinente a reuniones en lugares de uso público, “con cuanta mayor razón la autoridad de una disposición con categoría y rango de ley, puede adoptar medidas de sanción para quienes ‘sin autorización fomenten o convoquen a actos públicos colectivos en calles, plazas y demás lugares de uso público y a los que promuevan o inciten a manifestaciones de otra especie que permitan o faciliten la alteración de la tranquilidad pública” (considerando 24° de Sentencia de 28 de enero de 1986, rol 24.810). Es decir, se reconoció *ius puniendi* al Estado en materia de protestas, “supuesto que no constituye prohibir tal derecho el que se sancione a quienes lo vulneran o sobrepasan, promoviendo

⁹ El abogado señor Ambrosio Rodríguez Quirós, *El Mercurio*, 3 de julio de 1983, pp. D2-D3.

manifestaciones [no autorizadas]” (*idem*, considerando 26), lo que no puede afectar la esencia de tal derecho.

Por su parte, el voto de minoría se basa en el principio de reserva legal en materia de derechos fundamentales, en el sentido de que la regulación de autorizaciones o permisos que envuelve el DS 1086, no es solo un aviso sino una exigencia de permiso previo y, por ende, la ley penal que se basa en ello deviene inconstitucional.

Por otra parte, recientemente la CGR, en el dictamen citado supra, ha vuelto a validar expresamente las regulaciones de policía en materia de derecho de reunión, sobre la base de la historia del precepto (que reactivó la norma de la Constitución del año 1925), dándole a este derecho en especial un marco regulatorio reglamentario y no legal, por lo cual tampoco cabe entender vulnerado el numeral 26° del artículo 19 de la Constitución, que solo se refiere a casos en que los derechos son regulados por preceptos legales (no reglamentarios) por mandato de la Constitución, en circunstancias en las que en esta materia se ordena constitucionalmente la regulación reglamentaria.

4. Criminalización de la protesta social¹⁰

Según lo señalado, la cuestión del derecho a la protesta social envuelve fundamentalmente el tópico de la respuesta del poder público ante ella. Los parámetros internacionales se mueven en el sentido de que quien protesta es un ciudadano y no un delincuente, que ejerce un derecho y no comete, en sí, un delito, por lo que la autoridad debe atender y encauzar su protesta en orden a recoger las prioridades o llamado de atención que ella implica e intentar orientarla institucionalmente.

Lo anterior es así, con todo, siempre que la protesta social sea pacífica, sin armas y que no implique en sí o sea ocasión para la perpetración de delitos. Claro está, como es sabido, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no consagra expresamente el derecho a la protesta, sino que el mismo se infiere o construye a partir del estatuto de la libertad de expresión (información y opinión) y del derecho de reunión. Por ende, es un derecho implícito, al igual que ocurre en la Constitución chilena, entre otras de la región. Pero no por ser implícito deja de tener un perfilamiento como el indicado.

Así las cosas, es decir, siendo un derecho el protestar, las condiciones o extremos bajo los cuales pueda lícitamente ser cubierto por una figura penal son muy limitados y res-

¹⁰ Basado en Raúl Eugenio Zaffaroni, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 1-15; Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 47-74; Francisco Cox, “Criminalización de la protesta social: ‘No tiene derecho a reunirse donde le plazca’”, en Eduardo Bertoni (comp.). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010, pp. 75-99.

trictivos, y en general tienen que ver con defectos de organización o excesos de la protesta en sí, que resulten en hechos de violencia o en atentados en contra del orden público.

Para enfocar las cosas de este modo, estamos pensando en la acotada figura de la protesta propiamente tal y no en otras figuras que trata la ciencia política que, en ocasiones, configuran tipos desde la perspectiva jurídico-penal.

Dicho de otro modo, la protesta no es derecho de resistencia ante una orden, decisión o situación, porque en ese caso se actúa incluso mediante la violencia, aunque se considere justificada por quienes la ejercen.

Tampoco cabe aquí la rebelión o insurrección, porque esta persigue la caída o el cambio de gobierno (no influir en una decisión u obtener una prestación), también por medio de la violencia.

Asimismo, no corresponde a la situación de asonada, en donde se trata de “arrancar o extraer” una decisión a la autoridad mediante la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza, lo que implica también violencia.

La protesta se emparenta más bien con la llamada desobediencia civil, o no violencia activa, formulada y practicada por líderes como Thoreau, Gandhi o Martin Luther King. Conforme a ellos, se trata de asumir pacíficamente las consecuencias legales del ejercicio de una acción de conciencia, para presionar y poner de manifiesto de ese modo una situación de injusticia. Si hay hechos violentos, ellos provendrán de la autoridad, o de infiltrados provocadores o de situaciones de descontrol. Pero no son inherentes a la protesta misma.

En las condiciones señaladas, la protesta es un derecho y no un delito. Tal criterio opera ya a nivel constitucional, por lo que no sería posible prohibir bajo sanción penal su ejercicio, toda vez que ello vulneraría la Constitución. Solo es admisible penalizar situaciones de violencia explícita, por ocasión o descontrol, pero no el ejercicio del derecho en sí mismo. Esto opera, dogmáticamente, no a nivel de causales de justificación como supresoras de la antijuridicidad de la conducta típica (“ejercicio legítimo de un derecho”), sino antes, a nivel de bien jurídico protegido. Es decir, no hay bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro quepa proteger con la tipificación del delito de protesta. Por el contrario, se trata de reconocerla y regularla como derecho fundamental. Lo que sí puede ser delito son precisas hipótesis de violencia o de atentados en contra del orden público o la seguridad del Estado derivadas de ella.

Sin embargo, los gobiernos que enfrentan las protestas se ven impulsados a utilizar la herramienta penal como mecanismo de control social. Para ello tienen dos opciones:

- a) Efectuar el “rastrillaje” o relectura de las normas penales vigentes, para tratar de captar los casos de protesta social. En América Latina se han utilizado figuras de delitos políticos como los aludidos, terrorismo, asociación ilícita, secuestro, desacato a la autoridad, entre otras. Las dificultades derivan de la extensión interpretativa, que muchas veces pugna con el principio de legalidad y tipicidad, aplicando abusivamente normas que en abstracto no presentan dificultad y que están dadas para otros casos. Por esta vía también se infringe el principio de

proporcionalidad o culpabilidad (pena proporcional al injusto culpable), al aplicarle al ciudadano una sanción exagerada.

b) Crear, vía legislativa, una nueva figura penal “antiprotesta”, las dos vías suelen adolecer de los siguientes defectos:

i) Vulneran el principio de ofensividad, ya que en verdad no hay un bien jurídico de protección (derecho a protesta frente a orden público o seguridad del Estado), transformándose en un delito de mera desobediencia (norma meramente penal), en cuanto reprime el ejercicio de un derecho e identifica el orden público y la seguridad con los intereses del gobierno de turno. Ello puede llegar a ser constitucionalmente desproporcionado.

ii) Vulneran el principio de subsidiariedad penal o última *ratio*, según el cual el derecho penal solo puede actuar cuando se han agotado los otros medios de reacción estatal. Evidentemente, cuando hay problemas reales de carácter económico, social o cultural, las necesidades asociadas a ellos no se van a satisfacer con presos o con anotaciones prontuariales, las que no contribuirán a su solución o, tal vez, producirán un efecto paradójico de agudización: ¡Las prestaciones sociales no se satisfacen con cárceles!

iii) Vulneran el principio de legalidad o, incluso, tipicidad, desde varios referentes:

- Normalmente se acude a tipos abiertos o prácticamente indeterminados, donde resulta difícil trazar el límite entre la protesta lícita y el delito, lo que afecta el ejercicio de ese derecho de protesta puesto que puede implicar serias responsabilidades.
- Habitualmente se diseñan tipos de peligro abstracto de mera acción, en donde no es posible probar la inocuidad de la conducta, la que es punible tan pronto se inicia su ejecución como delito consumado, lo que extiende demasiado la tipicidad.
- Usualmente existe reenvío de normativa administrativa delegada, difícil de precisar y aplicar.

iv) Viola el principio de antijuridicidad material, dado que carece de un genuino bien jurídico de protección y entra en conflicto con el ejercicio legítimo del derecho de protesta como causal de justificación.

v) Viola el principio de culpabilidad, porque difícilmente el ciudadano medio comprenderá cómo puede ser delito aquello que él concibe como un derecho, lo que creará situaciones de error de prohibición de difícil solución.

vi) Finalmente, vulnera el principio de proporcionalidad por la severidad de las penas que se imponen y porque, en muchos casos, después de un período de detención y procesamiento o investigación preliminar, no llega a imponerse pena alguna, lo que afecta los derechos de la persona sin reparación alguna.

En el caso chileno se utilizan las figuras de desórdenes públicos de los artículos 269 y 495, numeral 1 del Código Penal. Se critica la indefinición de la conducta y su colisión

con el legítimo derecho de protesta, así como la discrecionalidad en su aplicación, sea como delito o falta.

5. Conclusiones

Del análisis efectuado se desprende lo siguiente:

En general, el derecho a la protesta social no se reconoce textualmente como tal. Corresponde a una construcción dogmática (derecho implícito) que relaciona el derecho de reunión (que incluye, a veces, el de manifestación) y la libertad de expresión (información y opinión). Ello es así no solo a nivel constitucional nacional sino en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, que tampoco lo consagra expresamente.

Es recomendable priorizar en la regulación de este derecho y de sus aspectos relacionados (tales como orden público y seguridad del Estado) la concepción de la protesta como un derecho fundamental, de ejercicio pacífico y sin armas, sobre su enfoque como problemática de seguridad u orden público.

La penalización de las conductas socialmente reprochables que ocurran en las protestas (con ocasión o por exceso de ellas, especialmente con violencia) no puede implicar una restricción o supresión al derecho de protestar en sí mismo.

Se debe tener especial cautela en no extender abusivamente los tipos penales existentes para captar conductas realizadas en las protestas, al igual que tampoco pueden vulnerarse los principios fundamentales de derecho penal al construir legislativamente nuevas figuras penales. En ello pueden existir cuestiones de validez constitucional.

En el caso chileno se ha reproducido empíricamente en la historia reciente la misma dinámica que explica los polos conceptuales del derecho a protesta, con variaciones circunstanciales o de intensidad. Pero, sin duda, existe en esta materia una problemática común en América Latina y, para abordarla, es conveniente compartir experiencias.

Con todo, el caso chileno manifiesta aspectos en que es recomendable avanzar en la adecuación de la normativa interna a los parámetros interamericanos, como son la regulación por ley del derecho de reunión y la no sujeción del ejercicio del mismo a autorización previa (solamente aviso). Asimismo, conviene objetivar y precisar las figuras penales de desórdenes públicos para disipar la posibilidad de aplicación arbitraria.

Bibliografía

- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Dictamen 78143, de 14 de diciembre de 2011.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, Sentencia de inaplicabilidad rol 24.810, de 28 de enero de 1986.
- COX, Francisco, "Criminalización de la protesta social: 'No tiene derecho a reunirse donde le plazca'", en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta*

- social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- FACUSE, Nicolás, Ítalo JAQUE, Eduardo CHIA, Juan Carlos SHARP, Cristián APIOLAZA, “Protesta social y derechos humanos”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012.
- GARGARELLA, Roberto, “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, núm. 12, 2006.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis, *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.
- MANZANO, Virginia, *Movimiento social y protesta social desde una perspectiva antropológica*, 2014. Disponible en: <http://www.filo.uba.ar/contenidos/movimientosocialy-protestasocial.doc>.
- PÉREZ CASTAÑO, Domingo, *Régimen jurídico del derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Ministerio del Interior, 1997.
- QUEZADA, Flavio, “Del por qué el sistema de autorización previa del ejercicio del derecho de reunión contenido en el D.S. N° 1.086 de 1983 es inconstitucional”, *Diario Constitucional*, 23 de mayo de 2012. Disponible en: www.diarioconstitucional.cl.
- TORRES MURO, Ignacio, *El derecho de reunión y manifestación*, Madrid, Civitas, 1991.
- UPRIMNY, Rodrigo y Luz María SÁNCHEZ DUQUE, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- ZAFFARONI, Raúl Eugenio, “Derecho penal y protesta social”, en Eduardo BERTONI (comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, Universidad de Palermo, 2010.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio, “El derecho a disentir ante la ley penal. Análisis del artículo 6° letra i) de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado”, *Revista Chilena de derecho*, vol. 13, núm. 2, 1986, pp. 383-404.