

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POSTGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS
PENALES**



**EL PARÁMETRO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL FRENTE A
LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EL ROL DEL
JUEZ PENAL EN LA TUTELA DE SU EJERCICIO LEGÍTIMO 2021**

TESIS

Presentada por:

**Bach. Luis Enrique Sotomayor Saavedra
ORCID: 0000-0002-9522-0801**

Asesor:

**Dra. Delia Yolanda Mamani Huanca
ORCID: 0000-0003-3171-712X**

Para Obtener el Grado Académico de:

MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

**TACNA – PERÚ
2023**

UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

Tesis

**“EL PARÁMETRO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL FRENTE A LA
CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EL ROL DEL JUEZ
PENAL EN LA TUTELA DE SU EJERCICIO LEGÍTIMO 2021”**

Presentada por:

Bach. Luis Enrique Sotomayor Saavedra

Tesis sustentada y aprobada el 13 de enero del 2023; ante el siguiente jurado:

PRESIDENTE : Dr. Carlos Alberto CUEVA QUISPE

SECRETARIO : Mag. Rolando Jose BALAREZO PLATA

VOCAL : Mag. Silvana Carol ALCALA QUELOPANA

ASESOR : Dra. Delia Yolanda MAMANI HUANCA

DECLARACIÓN JURADA DE ORIGINALIDAD

YoLuis Enrique Sotomayor Saavedra....., en calidad de:.....Egresado.....de la Maestría en Derecho con Mención en ciencias Penales de la Escuela de Postgrado de la Universidad Privada de Tacna, identificado (a) con DNI.....40674406..... Soy autor (a) de la tesis titulada:

.....
“EL PARÁMETRO CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL FRENTE A LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EL ROL DEL JUEZ PENAL EN LA TUTELA DE SU EJERCICIO LEGÍTIMO 2021”

DECLARO BAJO JURAMENTO

Ser el único autor del texto entregado para obtener el grado académico de _____Maestro_____, y que tal texto no ha sido entregado ni total ni parcialmente para obtención de un grado académico en ninguna otra universidad o instituto, ni ha sido publicado anteriormente para cualquier otro fin.

Así mismo, declaro no haber trasgredido ninguna norma universitaria con respecto al plagio ni a las leyes establecidas que protegen la propiedad intelectual.

Declaro, que después de la revisión de la tesis con el software Turnitin se declara 21 % de similitud, además que el archivo entregado en formato PDF corresponde exactamente al texto digital que presento junto al mismo.

Por último, declaro que para la recopilación de datos se ha solicitado la autorización respectiva a la empresa u organización, evidenciándose que la información presentada es real y soy conocedor (a) de las sanciones penales en caso de infringir las leyes del plagio y de falsa declaración, y que firmo la presente con pleno uso de mis facultades y asumiendo todas las responsabilidades de ella derivada.

Por lo expuesto, mediante la presente asumo frente a LA UNIVERSIDAD cualquier responsabilidad que pudiera derivarse por la autoría, originalidad y veracidad del contenido de la tesis, así como por los derechos sobre la obra o invención presentada. En consecuencia, me hago responsable frente a LA UNIVERSIDAD y a terceros, de cualquier daño que pudiera ocasionar, por el incumplimiento de lo declarado o que pudiera encontrar como causa del trabajo presentado, asumiendo todas las cargas pecuniarias que pudieran derivarse de ello en favor de terceros con motivo de acciones, reclamaciones o conflictos derivados del incumplimiento de lo declarado o las que encontrasen causa en el contenido de la tesis, libro o invento.

De identificarse fraude, piratería, plagio, falsificación o que el trabajo de investigación haya sido publicado anteriormente; asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Privada de Tacna.

Lugar y fecha: Tacna 13 de enero del 2023


Luis Enrique SOTOMAYOR SAAVEDRA

Firma

DEDICATORIA

A mis padres, quienes han sido el pilar fundamental para poder seguir adelante, quienes con su aliento y sacrificio lograron inculcarme un poco de lo mucho que son ellos, a los cuales estas pequeñas líneas no magnifican lo mucho que son ellos. Es para mí una gran satisfacción poder dedicarles este trabajo, que siendo estrictos les pertenece más a ellos.

AGRADECIMIENTOS

A todas aquellas personas que, en el ámbito personal y laboral, con sus acciones, palabras y deseos, han contribuido a la formación de esta investigación, por cada idea brindada y sobre todo por toda la motivación otorgada.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTOS.....	vi
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vii
ÍNDICE DE TABLAS.....	x
ÍNDICE DE ILUSTRACIONES	xi
RESUMEN.....	xii
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	14
CAPITULO I: EL PROBLEMA	15
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
1.2.1. Interrogante principal.....	16
1.2.2. Interrogantes secundarias.....	16
1.3. Justificación de la investigación.....	16
1.4. Objetivos de la investigación	17
1.4.1. Objetivo general.....	17
1.4.2. Objetivos específicos	17
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	18
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN	18
2.1.1. Antecedentes internacionales.....	18
2.1.2. Antecedentes nacionales	19
2.1.3. Antecedentes locales.....	20
2.2. BASES TEÓRICAS	20
2.2.1. Parámetro convencional y constitucional	20
2.2.2. Protesta social	35
2.2.3. Rol del juez	59
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS.....	81
CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO	83
3.1. HIPÓTESIS	83
3.1.1. Hipótesis general	83
3.1.2. Hipótesis específicas.....	83
3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	83
3.2.1. Identificación de la primera variable	85

3.2.2.	Identificación de la segunda variable.....	85
3.2.3.	Identificación de tercera variable.....	85
3.3.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	86
3.4.	NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN	86
3.5.	DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	86
3.6.	ÁMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	86
3.7.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	87
3.7.1.	Unidad de estudio	87
3.7.2.	Población.....	87
3.7.3.	Muestra	87
3.8.	PROCEDIMIENTOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.....	88
3.8.1.	Procedimientos.....	88
3.8.2.	Técnicas	88
3.8.3.	Instrumentos.....	88
	CAPITULO IV: RESULTADOS.....	89
4.1.	DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO.....	89
4.2.	DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	89
4.3.	RESULTADOS	90
4.3.1.	Análisis de la sentencia del caso “Baguazo” y la protesta social.....	90
4.3.2.	Análisis del caso Pluspetrol Norte S.A y los pobladores de la comunidad nativa de Andoas	95
4.3.3.	Análisis del caso Proyecto Minero “Tía María” - Southern Perú Copper Corporation	99
4.3.4.	Análisis del caso Proyecto de Concesión Minera "Santa Ana"	102
4.3.5.	Análisis del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya	105
4.3.6.	Análisis del Caso Denominado “Las Bambas”.....	106
4.3.7.	Análisis jurisprudencial.....	108
4.4.	PRUEBA ESTADÍSTICA.....	111
4.5.	COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS	111
4.5.1.	Hipótesis específica 1.....	111
4.5.2.	Hipótesis específica 2.....	113
4.5.3.	Hipótesis General.....	115
4.6.	DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	116
	CONCLUSIONES.....	120
	RECOMENDACIONES.....	121
	REFERENCIAS.....	122

APÉNDICE..... 127

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.	Tratados de derechos humanos	26
Tabla 2.	Operacionalización de variables	84
Tabla 3.	Casos emblemáticos referidos a la protesta social	89
Tabla 4.	Matriz de consistencia	128

ÍNDICE DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1.	Instrumentos internacionales de Derechos Humanos.....	27
Ilustración 2.	Derecho a la libertad de reunión pacífica	41
Ilustración 3.	Derecho a la libertad de expresión y opinión.....	45
Ilustración 4.	Delitos de represión a protestas sociales en el sistema penal peruano	54
Ilustración 5.	Criminalización mediática de la protesta social.....	74

RESUMEN

La investigación se tituló: “El parámetro convencional y constitucional frente a la criminalización de la protesta social y el rol del juez penal en la tutela de su ejercicio legítimo, 2021”, el objetivo general fue determinar de qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.

La metodología que se usó, fue de tipo básica, con enfoque cuantitativo, de nivel descriptivo, de diseño no experimental y transversal, el levantamiento de datos se realizó usando la técnica del análisis documental mediante el instrumento guía de análisis documental, el cual fue debidamente validado por expertos en la materia.

Los resultados de la investigación determinaron, que frente a una causa penal derivada del ejercicio del derecho de protesta social es concebido y reconocido no solo en nuestro máximo ordenamiento legal sino también por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; ello implica la asunción de un deber no solo de someternos a la jurisdicción de la CIDH sino de aplicar su jurisprudencia, los mismos que se conocen como los parámetros de convencionalidad o control de convencionalidad; donde los derechos humanos tienen carácter tuitivo y los jueces que resuelvan causas con tal connotación deben amparar su ejercicio por la naturaleza del mismo.

Palabras claves: Criminalización de la protesta, derecho penal, garantías judiciales, derecho a la protesta, parámetros convencionales y constitucionales.

ABSTRACT

The research was entitled: "The conventional and constitutional parameter against the criminalization of social protest and the role of the criminal judge in the protection of its legitimate exercise, 2021", the general objective was to determine how the conventional parameter is developed and of the criminal judge against the criminalization of social protest.

The methodology used was basic, with a quantitative approach, descriptive level, non-experimental and cross-sectional design, the data collection was used by performing the documentary analysis technique through the documentary analysis guide instrument, which was duly validated by experts in the field.

The results of the investigation determined that in the face of a criminal case derived from the exercise of the right to social protest, it is designed and recognized not only in our highest legal system but also by international instruments on human rights; this implies the assumption of a duty not only to submit to the jurisdiction of the IACHR but also to apply its jurisprudence, the same ones that are known as the parameters of conventionality or control of conventionality; where human rights have a protective nature and the judges who resolve cases with such connotation must protect their exercise due to the nature of the same.

Keywords: Criminalization of protest, criminal law, judicial guarantees, right to protest, conventional and constitutional parameters.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho constitucional, consideran a la criminalización del derecho a la protesta como uno de los mayores problemas que tienen que afrontar las democracias, pues tal derecho rebasa sus dimensiones individuales como derecho subjetivo, toda vez que en su dimensión social permiten no solo la reivindicación, o cambio social, sino también la concreción de otros derechos fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático, como la libertad de expresión, de asociación y la participación política en general, configurando así -tal y como es llamado en la Carta democrática adoptada por la Asamblea general de los estados americanos en 2001-, el derecho más básico de la ciudadanía, el derecho a la democracia.

La presente investigación, cuenta con cuatro capítulos, conclusión, recomendaciones, referencias y apéndice. El capítulo I contiene el problema, su planteamiento, formulación, justificación, y objetivo; el capítulo II contiene el marco teórico, los antecedentes, bases teóricas y definición de conceptos; el capítulo III contiene el marco metodológico; el capítulo IV contiene los resultados de la investigación; culminando la investigación con las conclusiones, recomendaciones, y el apéndice que contiene la matriz de operacionalización, el instrumento y sus correspondientes validaciones.

El citado y referenciado, se realizó con normas CHICAGO en el sistema AUTOR-FECHA, respetando la autoría de los profesionales cuyos conocimientos sirvieron para nutrir la presente investigación.

CAPITULO I: EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho constitucional, consideran a la criminalización del derecho a la protesta como uno de los mayores problemas que tienen que afrontar las democracias, pues tal derecho rebasa sus dimensiones individuales como derecho subjetivo, toda vez que en su dimensión social permiten no solo la reivindicación, o cambio social, sino también la concreción de otros derechos fundamentales sobre los que descansa el sistema democrático, como la libertad de expresión, de asociación y la participación política en general, configurando así tal y como es llamado en la Carta democrática adoptada por la Asamblea general de los estados americanos en 2001, el derecho más básico de la ciudadanía, el derecho a la democracia.

La criminalización de la protesta, no es un fenómeno moderno, pudiendo ser definida como aquella estrategia política del Estado, empleada para reprimir el activismo social, mediante el uso del monopolio de la fuerza pública que ostenta a través de la proscripción penal de las mismas, o incluso empleando la *bis absoluta*, por fuera de la legalidad.

En tal escenario, el juez haciendo uso de su independencia judicial debe erigirse como aquel celoso guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no solo respecto a la tutela de los derechos subjetivos individuales, sino del propio sistema democrático, el cual es agraviado en su conjunto por conductas como la criminalización de la protesta social a través de los propios agentes del Estado como política para reprimir el activismo social; debiendo el juzgador llamado a conocer dichos procesos en específico, poder dilucidar cuando esta frente a conductas criminales legítimas como el cobro de cupos, la destrucción de la infraestructura pública, o casos legítimos de conductas criminalizadas, sirviéndose de sus facultades, y de diversos mecanismos procesales como los estados de

necesidad y el análisis de la antijurídica material de la conducta (Casación N°374-2015), lo cual requiere conocer los parámetros convencionales y constitucionales de los mismos, así como un adecuado ejercicio de la ponderación entre bienes jurídicos legítimos de igual valía.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Interrogante principal

¿De qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social?

1.2.2. Interrogantes secundarias

¿Cómo cumple su rol oficioso el juez penal frente a la criminalización de la protesta social?

¿Cómo cumple su rol difuso el juez penal frente a la criminalización de la protesta social?

1.3. Justificación de la investigación

La relevancia de la presente investigación, a nivel teórico es su clara importancia académica, reside en su utilidad social, pues se constituye en una contribución al debate respecto a la tutela de los derechos humanos y el rol tuitivo de la judicatura en el contexto de las protestas sociales, manifestaciones sociales que sirven de instrumentos de cambio social y participación ciudadana activa, más aún cuando por las circunstancias sociales contemporáneas, a nivel práctico constituye un investigación que desarrolla el fenómeno que viene en aumento, por lo que su debate no solo es útil, sino necesario. Asimismo, estas protestas a lo largo de los años han sido percibidas como crisis de diversos niveles desvalorándose el verdadero reclamo que motivo a estas, así como la represión ocasionada por ciertas intervenciones estatales; y a nivel metodológico con la creación de instrumentos

que a permitido obtener los datos para la investigación, se aporta al conocimiento y permitirá a otros profesionales usarlo o adecuarlo a sus propósitos.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general

Determinar de qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.

1.4.2. Objetivos específicos

Describir el rol oficioso del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.

Describir el difuso del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Antecedentes internacionales

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), desarrolló el documento denominado “Protesta y Derechos Humanos”, el cual tuvo como objetivo abordar de manera ordenada la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los derechos humano respecto al fenómeno de la criminalización de la protesta social, desde una perspectiva descriptiva, concluyendo que el derecho a la libre manifestación y a la protesta pacífica son elementos esenciales del funcionamiento y la existencia misma del sistema democrático, así como un canal que permite a las personas y a distintos grupos de la sociedad expresar sus demandas, disentir y reclamar respecto al gobierno, a su situación particular, así como por el acceso y cumplimiento a los derechos políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, debiendo los Estados asegurar su disfrute a todas las personas y asociaciones, mediante el establecimiento normativo de la presunción de licitud de las manifestaciones y protestas sociales, debiendo demás adoptar medidas positivas que garanticen las mismas.

En ese sentido, se recomendó a los Estados Partes de la Convención Americana de Derechos Humanos, facilitar el ejercicio del mismo, la eliminación de autorizaciones y demás mecanismos legales que perturben, o impidan el mismo, limitar el uso de la fuerza pública en su represión a la razonabilidad y proporcionalidad de la misma, mientras que a nivel jurisdiccional recomienda capacitar a los operadores de justicia de todos los niveles en la interpretación del contenido y alcance de los derechos a la libertad de expresión, reunión pacífica y asamblea en el contexto de manifestaciones y protestas, de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos.

2.1.2. Antecedentes nacionales

Saldaña (2014), desarrolló la tesis titulada, “El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: El caso del proyecto minero Conga (Cajamarca, 2011 – 2012)”, para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El objetivo de la tesis fue el de determinar las condiciones y causas de la persecución penal indiscriminada contra los dirigentes sociales de las protestas contra el proyecto minero Conga en el periodo 2011 – 2012 en la región de Cajamarca. La metodología empleada tuvo un enfoque descriptivo y exploratorio. Por último, se concluyó, que la disminución de los procesos por la prevención del delito, es donde se viene investigando a 200 personas, en los cuales se investiga a los dirigentes sociales, en las cuales se dieron por las manifestaciones en contra del proyecto minero Conga. Con estas investigaciones no garantiza que se dicten prisión efectiva, ya que solo las investigaciones se dan por delitos de disturbios, entorpecimiento del funcionario de servicios, públicos, lesiones, rebelión, entre otros, todos estos delitos se suponen con penas privativas de libertad de varios años, en donde se señala que posiblemente se puede comenzar una amenaza diferida o potencial a la libertad personal de los investigados, lo cual constituye una forma de criminalización de la protesta, ello aunado al uso indiscriminado de la violencia como forma de represión en dicho conflicto social.

Yupanqui (2018), presentó la tesis denominada “Criminalización de conflictos sociales ambientales, territoriales y los derechos humanos en Perú. Caso Comunidad indígena Santa Clara de Uchunya- Ucayali- Año 2015”, para optar por el grado de Maestro en derecho penal y procesal penal por la Universidad César Vallejo. El objetivo de la tesis fue el de determinar la existencia de la violación de los derechos Humanos en la criminalización de los conflictos sociales ambientales (recursos forestales) territoriales de la comunidad indígena Santa Clara de Uchunya-distrito de Nueva Requena, provincia de Coronel Portillo, región Ucayali-año 2015. La metodología empleada tuvo un enfoque descriptivo y exploratorio. Finalmente se concluyó en el caso bajo estudio, la existencia de una política

criminalizadora de la protesta social, bajo el paradigma del derecho penal del enemigo, en razón a la defensa de sus intereses de clase, a través de medios legales e institucionales, es específico en el caso de su líder, Washington Bolívar Díaz, procesándolo por un delito con tipo abierto, por las reclamaciones de los derechos ambientales (recursos forestales territoriales).

2.1.3. Antecedentes locales

Ugarte (2017), presento la tesis titulada “Gestión estatal del conflicto socioambiental de "Tía María" en Arequipa: análisis del período 2007-2017”, para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública por la Pontificia Universidad Católica del Perú. El objetivo de la tesis fue el de determinar cómo fue la gestión estatal del conflicto socio-ambiental de "Tía María”, en Arequipa, en el período 2007-2017. La metodología empleada tuvo un enfoque cualitativo, realizando entrevistas a veinticinco actores sociales involucrados en la gestión de tal conflicto, en las diversas partes, sean estos agentes del estado, pobladores, y personal de la minera Southern Copper Corporation. Se concluyó al respecto que la gestión de conflicto minero ambiental incrementó su escalada debido a la política de represión y criminalización de los actores sociales en el gobierno de Alan García, y la persecución judicial de sus líderes, lo que acentuó la percepción de parcialización del Estado en favor de la minera convirtiéndose en un factor nuevo de conflicto.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. Parámetro convencional y constitucional

2.2.1.1. Tópicos Generales

Debemos de partir de la siguiente premisa que el parámetro convencional y constitucional denominado también como Control de Convencionalidad, tiene su génesis como creación jurídica del político y abogado mexicano Sergio García

Ramírez del cual daremos una breve descripción a coadyuvar al mejor entendimiento del tema de tesis en su condición autor y mayor exponente de esta figura jurídica; en ese sentido Sergio García Ramírez fue juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y también presidente de la misma entre el 2004 al 2007, es así que en el caso Mack Chang contra Guatemala el mismo que trataba de lo siguiente: Myrna realizaba investigaciones respecto de las comunidades de las poblaciones en resistencia y respecto de las políticas hacia ellos del ejército de Guatemala, es así que el 11/nov/1990 Myrna Mack fue asesinada por agentes militares, luego de haber sido vigilada.

En esa línea, es que se marca un precedente por la CIDH:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)

Bajo ese contexto Sergio García Ramírez como juez de la CIDH propuso el concepto de control de convencionalidad el mismo que fue desarrollado en otros votos particulares del Juez Ramírez, finalmente adoptado por la CIDH en el año 2006 en el caso famoso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, el mismo que trataba de lo siguiente: Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor y dirigente gremial,

fue ejecutado a los 42 años por carabineros el 16/set/1973, convirtiéndose en una de las víctimas de la dictadura militar en Chile.

Es menester mencionar que en este caso se emitió una sentencia por la CIDH al igual que el caso precedente la misma que corresponde al 26/set/2006 por violación del Estado Chileno de los derechos consagrados en la Convención Americana en los artículos 8 y 25 (Garantías Judiciales y Protección Judicial), asimismo la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) del mismo instrumento en perjuicio de los familiares del señor Luis Alfredo Almonacid Arellano, máxime de que Chile es Estado Parte en la Convención Americana desde el 21/ago/1990 y reconociendo la competencia de la CIDH en la misma fecha, dentro del cual resaltaremos el siguiente fundamento:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006)

Es así que la CIDH asume la doctrina del control de convencionalidad marcando la imagen de esta figura y poco a poco la va extendiendo en sus efectos hasta lograr la envergadura e impacto que tiene hoy en día dentro de nuestro país

Perú tenemos el caso de Aguado Alfaro y otros Vs. Perú cuyos hechos se contextualizan luego del autogolpe de Estado en 1992, en el cual mediante Decreto Ley N° 25640 del 21/jul/1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República, es así que se creó la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República el 06/nov/1992, la misma que emitió dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales, se encontraban las 257 víctimas.

En el caso señalado precedentemente es que la CIDH ha refrendado lo siguiente:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Es así como se va afianzando la doctrina respecto de los parámetros de convencionalidad en ese sentido también tenemos el caso de Radilla Pacheco Vs. México cuyo contexto factico es que el señor Rosendo Radilla Pacheco, persona involucrada en diversas actividades de la vida política y social de su pueblo, Atoyac de Álvarez, estado de Guerrero, el 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros

del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús siendo visto por última vez en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente, posterior a ello se desconoció su paradero, al respecto la CIDH estableció:

“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte Interamericana de Derechos Humanos,2009).

2.2.1.2. Formas del parámetro convencional y constitucional

Dentro de este punto tenemos dos formas la primera corresponde a una en sede interna y otra en sede externa; respecto del primero se toma una norma constitucional y la confrontamos con una norma de rango inferior para ver si la norma inferior es o no compatible con la norma constitucional, si la norma inferior no es compatible tenemos que declarar su invalidez, ergo, una norma inferior que vaya en contra de la norma superior es inconstitucional, por otro lado en su aspecto

externo se toma en cuenta los tratados internacionales el cual es consabido que el Perú es parte así como de varios tratados que reconoce los derechos humanos.

2.2.1.3. Características del parámetro convencional y constitucional

Presenta dos características: es oficioso, es decir que se debe ejercer ex officio ello implica que un juez nacional tiene que llevar a cabo control de convencionalidad aun si las partes no lo han invocado o fundamentado; concibiéndose como un deber objetivo asumido por el estado al firmar y ser parte de un tratado internacional vinculado a los derechos humanos tal como lo es el Perú, ergo, el estado tiene que preservar como garantía y como medio de tutela de los derechos humanos aun si los abogados no lo invocan o no lo solicitan; en consideración a que el cumplimiento de una obligación internacional no puede depender del conocimiento de que los abogados lo invoquen o no, lo argumenten o no siendo obligación de los que administran justicia de preservar y aplicar la convencionalidad de los jueces de una manera oficiosa.

Por otro lado, la otra característica es que tiene que ser de carácter difuso, ese extremo lo señala la CIDH implicando que lo tienen que aplicar y llevar a cabo todos los jueces con independencia de la materia, ámbito geográfico, cuantía, entre otras que determina la competencia judicial, es más con independencia del fuero que desempeñen; ergo, tiene alcance sobre todos los juzgadores en su conjunto.

2.2.1.4. Tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte.

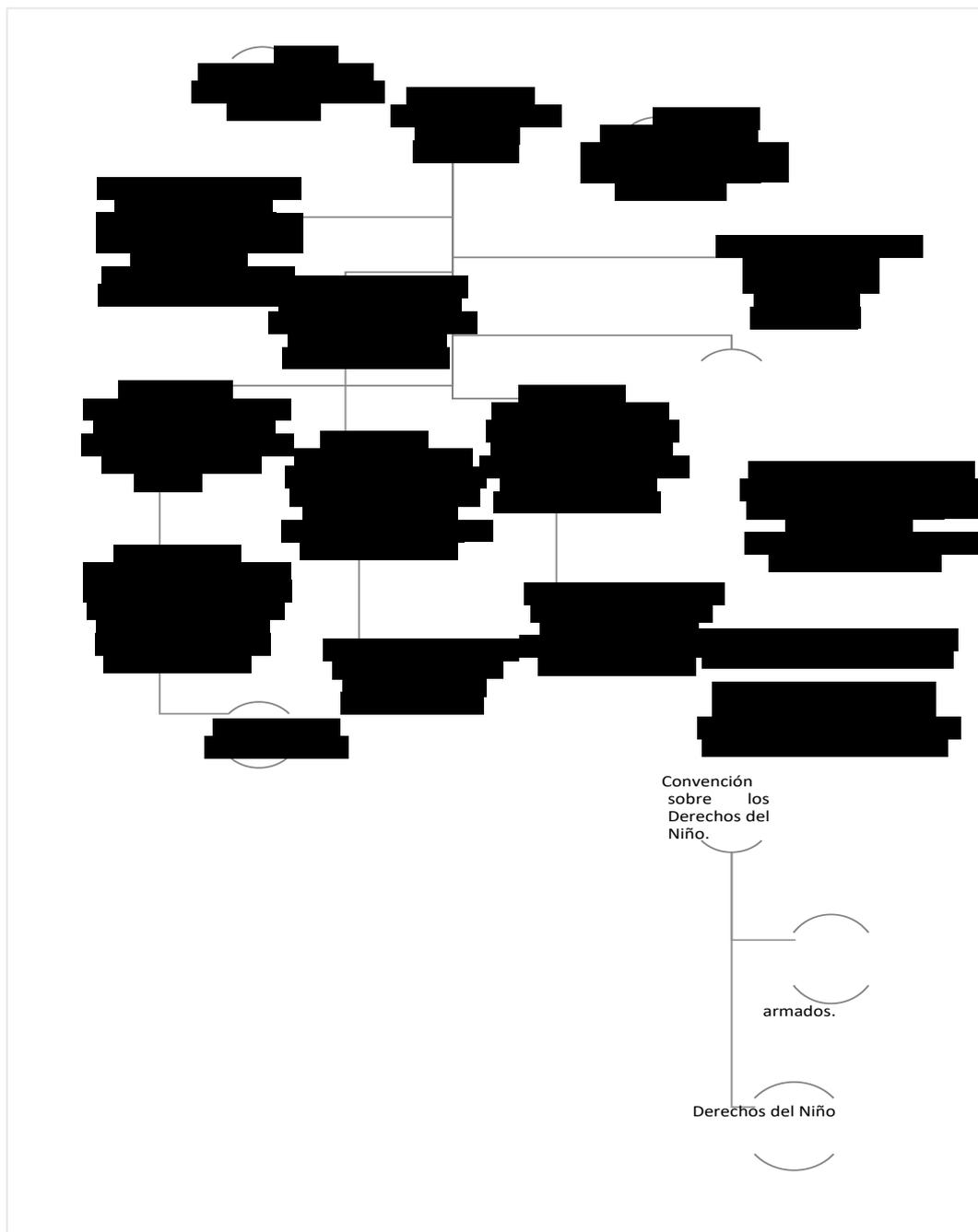
Tabla 1. Tratados de derechos humanos

TRATADO	ÓRGANO DE TRATADO Y/O CONVENIO	RATIFICACIÓN POR EL ESTADO PERUANO
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)	CCPR	28/ABR/1978
Convención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes (1984)	CAT	07/JUL/1988
Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979)	CEDAW	13/SET/1982
Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	CRC	04/SET/1990
Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)	CMW	14/SET/2005
Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)	CRPD	30/ENE/2008
Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965)	CERD	29/SET/1971
Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (1966)	CESCR	28/ABR/1978

Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Elaboración propia

2.2.1.5. Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos

Ilustración 1. Instrumentos internacionales de Derechos Humanos



Fuente: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

2.2.1.6. Extensión de la aplicación del parámetro convencional y constitucional

En un desarrollo ulterior reciente en los últimos años la CIDH ha establecido que el control de convencionalidad no solo es aplicable a los jueces sino a cualquier autoridad es decir, cualquier autoridad cual sea la función que desempeñe está obligada de desarrollar y tutelar debidamente los derechos humanos previstos en tratados internacionales firmados y suscritos por el Perú; extendiéndose este deber a cualquier agente que tienen que ver con la protección de derechos humanos como lo son los órganos legislativos, ejecutivos, así como las comisiones de derechos humanos, procuradurías, fiscalías ellos tienen que hacer lo necesario para garantizar el ejercicio de los derechos humanos desde luego en la esfera de su competencia.

Dentro de ese contexto cabe mencionar un caso especial GELMAN VS. URUGUAY, dictado contra Uruguay por violación de derechos humanos durante la última dictadura militar de Uruguay, en este último caso se debe precisar que la Corte Suprema de Uruguay señaló que en su país los delitos cometidos durante la dictadura militar no son de lesa humanidad y son prescriptibles más aún que el estado uruguayo cuando se perpetraron estos delitos no era parte de ningún tratado vigente respecto de los derechos humanos, empero, la CIDH señaló que pese a que Uruguay sea o no parte de algún pacto internacional de derecho humanos lo que se aplicaba era el *ius codige* internacional es decir es un derecho internacional que puede ser constitutivo no formal que obliga a todos los miembros de la comunidad internacional así sea que uno se parte o no, ergo, Uruguay no podía evadir responsabilidad y generar impunidad so pretexto de no haber firmado los tratados de derechos humanos que declaraban la imprescriptibilidad de los derechos humanos; arribando a CIDH a las siguientes consideraciones:

“Esta Corte ha establecido que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o

arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos,2011).

“En ese sentido, las leyes de amnistía, en casos de graves violaciones a los derechos humanos, son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu del Pacto de San José, pues infringen lo dispuesto por sus artículos 1.1.y 2, es decir, en cuanto impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes, obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011).

Cabe resaltar bajo esas consideraciones que el control de convencionalidad también se ve reflejado en otras materias como es el derecho mercantil por ejemplo en el caso de la usura para la reducción de intereses de modo que estas no sean usureras, así como en el derecho familiar, así como el derecho penal.

Podemos concebir a los parámetros de convencionalidad como un derecho positivo vigente y obligatorio, no tiene carácter facultativo, evidentemente no se trata de que los jueces puedan o no hacerlo, sino que deben hacerlo inclusive de oficio; en ese sentido la CIDH se ha puesto muy exigente en esta materia, ergo, no es una teoría simple se concibe como una regla jurídica en vigor.

Debemos de tener presente que el parámetro de convencionalidad no se ha impuesto a través de una norma, tal como se ha desarrollado en este capítulo, sino por el contrario se gesta como jurisprudencia en sentido estricto de la CIDH, ergo es producto de una evaluación jurisprudencial de la CIDH de sentencias judiciales;

arribando por parte de la CIDH a soluciones mutativas que generan norma, donde el juez es el creador del derecho y no solo como un ejecutor de la ley.

Bajo esas líneas, el juez no debe aplicar las internas violatorias del Pacto de San José de Costa Rica y pactos internacionales sobre derechos humanos que en este caso Perú haya ratificado tal como lo se ha descrito en ítems precedentes, en ese sentido tampoco pueden aplicar las normas locales contrarias a la jurisprudencia de la CIDH.

2.2.1.7. Formas de aplicar parámetro convencional y constitucional

El control de convencionalidad se aplica de dos formas uno cuando el estado es condenado por la CIDH mediante un proceso en el cual el estado ha comparecido y ha podido defenderse, por otro lado, casos en los que se proyecta la sentencia dictada por CIDH a todos los estados que aceptan la jurisdicción contenciosa de la CIDH.

Respecto del caso cuando un estado es condenado: en ese supuesto nos encontramos frente a una sentencia con calidad de cosa juzgada en ese sentido la CIDH le solicita se efectivice como en el caso *Gelman Vs. Uruguay*.

Respecto de los efectos expansivos de las sentencias de la CIDH que corresponde al ejecutivo, legislativo, como es el caso *Bulacio Vs. Argentina* teniendo como hechos los siguientes: Walter David Bulacio de 17 años el 19 de abril de 1991 fue detenido por los policías cerca de Obras, donde tocaba su banda favorita, sin razón ni motivo alguno se lo llevaron a la Comisaría, lo golpearon y, una semana después, murió en el hospital, siendo los criterios jurisprudenciales para este caso por la CIDH los que se describen:

“De acuerdo con lo expuesto en los capítulos anteriores, el Estado reconoció su responsabilidad internacional por la violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25

(Protección Judicial), en conjunción con el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1) y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2), en perjuicio de Walter David Bulacio, y por la violación de los mismos artículos 8 y 25 en perjuicio de los familiares del joven Walter David Bulacio, todos ellos en relación con el artículo 1.1 y 2 de la Convención Americana (supra 38). Este Tribunal ha reiterado, en su jurisprudencia constante, que es un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya causado un daño genera una nueva obligación: reparar adecuadamente el daño causado. A tal efecto, la Corte se ha basado en el artículo 63.1 de la Convención Americana”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003).

Es así que por más que el estado no haya sido parte del proceso más aún que el Pacto de San José no señala que los estados deben seguir la doctrina fijada por la CIDH de una fallo dictado contra otro estado estamos frente a un efecto expansivo señalando ex ante, basado en principios internacionalistas como es el principio de buena fe (*bona fide*), *pacta sun servanda* (los pactos deben ser obedecidos) y el principio del efecto útil es decir cuando un estado firma un tratado debe adoptar todas las normas de derecho interno y modificar si es el caso para cumplir ese tratado que vincule derechos humanos.

2.2.1.8. El control de convencionalidad frente al derecho de protesta.

Como se ha podido apreciar en los apartados anteriores, este control de convencionalidad es una figura desarrollada por CIDH, la misma que se encuentra relacionada con lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos, en ese sentido los tratados internacionales coadyuvan a exigir que las autoridades cumplan con interpretar y aplicar estos estándares, convirtiéndose así en una garantía del desarrollo de los Derechos Humanos dentro del derecho interno.

El control de convencionalidad se constituye como una regla, una obligación y un estándar que debe ser aplicado en el sistema interno por devenir del sistema internacional puesto que existe una influencia de uno en el otro, así pues,

debe de existir esta confrontación beneficiosa bajo la observancia de la jurisprudencia de protección de derechos humanos.

Es importante destacar que este control realizado por los administradores de justicia conlleva a la vez identificar la compatibilidad que existe entre lo regulado de manera interna como externa empero dar a quien corresponda la facultad de suprimir las normas incompatibles, dicho eso se debe reiterar que es una obligación consagrada el interpretar a la luz del derecho internacional.

Dentro de estas premisas se destaca el control de convencionalidad regulado a manera de ejemplo por la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 1.1, 2 y 29, los mismos que señalan lo siguiente:

“Artículo 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...) Artículo 2. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (...) Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de

Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos.)

De los artículos precitados se destaca la importancia de ser parte del pacto de San José, asimismo se consagra que control de constitucionalidad de ser entendido en base a dicha Convención por cada Estado miembro, del mismo modo la interpretación de los derechos amparados en el Pacto debe darse bajo los parámetros que señala expresamente, hago especial énfasis en el literal “c” el mismo que señala “la forma democrática representativa de gobierno” puesto que, el derecho a la protesta social constituye un derecho dado en ejercicio de la defensa de la democracia y de los derechos humanos tal como ha sido señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De dichos artículos se desprende también que los estados son los responsables de asegurar y velar por el cumplimiento de estos derechos así pues no solo bastara que por ejemplo un juez realice un control de legalidad, sino que además tiene la obligación de adecuar dicho control a lo dispuesto internacionalmente dado en jurisprudencia.

El derecho a la protesta social como un derecho humano consagrado y abarcado en otros derechos a través de la cuantiosa jurisprudencia internacional ha permitido exaltar su relevancia dentro de una ponderación con otros derechos en tanto se trata de un primer derecho que va a permitir defender otros derechos humanos dentro de una democracia.

En esa misma línea se debe destacar que la criminalización del derecho de protesta social vulnera completamente todos los derechos humanos puesto que si bien dentro del ordenamiento interno de cada Estado se encuentra vigente una legislación y diversas disposiciones que permitan por ejemplo el uso de fuerza pública para el control del llamado, disturbio, a la protesta social, se debe tener en cuenta que los operadores de justicia deben velar por sobre todo de dispuesto por el tratado internacional del cual se es integrante como Estado ejerciendo ex officio el llamado “control de convencionalidad” así pues se tendrá en cuenta no solo

lo regulado expresamente sino que además se tendrá en cuenta la interpretación que por ejemplo la Corte Interamericana ha realizado de esto.

Finalmente cabe destacar que no se debe limitar el análisis a señalar si es o no constitucional sino que se debe señalar si es o no convencional es decir si en un caso de protesta social se violan o no este derecho a través del uso de la fuerza pública en tanto implica un análisis no solo interno sino también internacional por tratarse de un derecho internacional siendo para ello determinante la jurisprudencia, así pues también se debe de efectivizar las instituciones correspondientes que permitan cumplir la obligación de los operadores de justicia para cada caso en concreto de modo que esta incompatibilidad no signifique una justificación del incumplimiento de dicha obligación.

El alcance de la jurisprudencia internacional es primordial en un buen ejercicio de un derecho interno aplicado por los jueces toda vez que sobre esta base de direcciona su actividad, constituyéndose una vía legítima el amparar el derecho internacional haciéndolo práctico dentro del derecho interno.

Los jueces al aplicar dicho estándar internacional protegerá no solo el derecho a la protesta social sino a todos los derechos que conforman este como el derecho a la libertad de reunión o derecho a la libertad de opinión porque mediante un mecanismo legítimo podrá ponderar estos derechos humanos ante una necesidad del estado de imponer orden, así pues se le dota de esta obligación a los jueces para imponer decisiones que deben darse acorde al ente colectivo sobre uno individual que busca limitar a través de mecanismos excesivos por ser la protesta social una manifestación entendida por el Estado como un obstáculo que debe ser reprimido.

2.2.2. Protesta social

La protesta social es un derecho fundamental que se encuentra regulado con rango constitucional, pero de forma implícita dentro del artículo 2 inciso 12 el cual señala que “toda persona tiene derecho: A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas”, del artículo precitado se puede entender que este derecho se encuentra vinculado al derecho de libertad de expresión y al derecho de asociación.

El teórico argentino Roberto Gargarella (2014) señala que la protesta social es el “primer derecho” y “el derecho a tener derechos” pues mediante este derecho se puede exigir otros derechos así pues dice que: “Se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo.”

Pero, ¿Qué es la protesta como tal?, se le puede denominar como aquella forma tanto individual como colectiva que va dirigida a expresar ideas de oposición, es decir que no estén de acuerdo de algunas posiciones políticas, sociales, están pueden ser respecto a un grupo político o al propio gobierno.

Por su parte, la CIDH reconoce que la protesta como tal cumple un rol importantísimo en el fortalecimiento y desarrollo de los sistemas democráticos, pues ésta se encuentra protegida por los mecanismos interamericanos de derechos humanos, siendo fundamental para viabilizar la participación ciudadana en las elecciones y los referéndums por haber. Además, la protesta es la que contribuye al disfrute pleno de los derechos políticos, sociales, civiles, culturales y económicos.

2.2.2.1.Regulación de la protesta social a nivel internacional

La protesta social es un elemento esencial para la existencia y consolidación de sociedades democráticas y se encuentra protegida por una compilación de

derechos y libertades que el sistema interamericano garantiza tanto en su instrumento normativo como la Declaración Americana de los Derechos y Obligaciones del Hombre como en la Convención Americana de Derechos Humanos. La protesta pues, *vide ut supra*, juega un papel central en la defensa de la democracia y los derechos humanos. (Comisión Interamericana de los Derechos Humanos 2019)

a) Declaración universal de los derechos humanos

Este instrumento internacional en su artículo 20 expresa lo siguiente respecto del derecho de la protesta social: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas. 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.” Como se señaló anteriormente, el derecho a la protesta se encuentra ampliamente vinculado al derecho de libertad de reunión y asociación. (Asamblea General de la ONU 1948)

Este derecho permite a las personas constituir agrupaciones destinadas por ejemplo a fines específicos como sindicatos, asociaciones, federaciones. Ahora bien, respecto de la asociación como derecho señalado en el inciso 1 del artículo 20 del presente cuerpo normativo, se señala que este tiene un carácter voluntario, porque el ejercicio de este se basa en la decisión de una persona con la vinculación de otras, es decir convertirse en un carácter relacional, ya que es necesario que existan otras personas que deseen formar parte de la colectividad.

“En su aspecto individual, el derecho de asociación implica reconocer a las personas la libertad de formar una organización jurídica, de ingresar en una ya existente, de no ingresar en ninguna o de dejar de pertenecer a una institución de la que es miembro. En cuanto institución, la libertad de asociación implica reconocer a estas organizaciones personalidad jurídica, de manera que puedan adquirir derechos u obligaciones, y desarrollar libremente sus actividades. Este derecho se relaciona con la libertad de pensamiento y expresión y de reunión y los derechos de participación, pues la participación política se canaliza preferentemente a través de formas

específicas de asociaciones, como los partidos políticos.” (Comisión Presidencial Coordinadora De La Política Del Ejecutivo En Materia De Derechos Humanos - COPREDEH 2011)

b) Pacto internacional de los derechos civiles y políticos

El presente instrumento internacional materia de análisis en el presente apartado, señala en su artículo 21 lo siguiente: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.”

Según este derecho, todas las personas tienen la facultad individual de reunirse pacíficamente con otras en un lugar determinado sin armas y con fines lícitos, por cuanto las personas pueden reunirse con intereses culturales, políticos, económicos y hasta familiares. Es decir, es un derecho particular de las personas, pero también de la sociedad en general.

Este derecho únicamente puede ser restringido en virtud de una ley, por causas necesarias en una sociedad democrática para garantizar la seguridad nacional y pública o el orden público y para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas. (Comisión Presidencial Coordinadora De La Política Del Ejecutivo En Materia De Derechos Humanos - COPREDEH 2011)

Como lo mencionan solo puede restringirse el derecho netamente por la ley, en la cual la misma sociedad garantiza la protección de éste.

c) Otros Instrumentos

- Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre

La Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre regula el derecho de asociación y reunión en su artículo 21 y 22 respectivamente señalando que:

“Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole.” Así también señala que “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.” respectivamente. (Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, 1948)

De los artículos precitados se puede advertir que este derecho permite a las personas reunirse en forma de manifestación la misma que se da en base a la protección de sus intereses individuales o colectivos, así también estos pueden estar relacionados a su profesión, cultura, religión u otros estableciéndose en ese sentido un *numerus apertus*.

2.2.2.2.Derechos Vinculados

Como se mencionó al inicio del presente capítulo, la protesta social es un derecho que se encuentra regulado de manera implícita, este derecho se encuentra relacionado a otros derechos que permiten que sean ejercicios con plenitud en ese sentido, se encuentran adheridos a este derecho, el derecho a la libertad de reunión pacífica, el derecho a la libertad de asociación y el derecho a la libertad de expresión y opinión, estos derechos desplegados son regulados a nivel internacional y nacional en los diversos estados radicando su importancia en todo ámbito.

La CIDH en reiteradas ocasiones ha señalado que:

“El derecho de reunión y la libertad de asociación han sido ampliamente reconocidos como derechos civiles sustanciales que brindan protección

contra la interferencia arbitraria del Estado cuando las personas deciden asociarse con otras, y son fundamentales para la existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006)

En esa línea de ideas, corresponde desarrollar los derechos vinculados al derecho de la protesta social, ya que estos son expresados explícitamente y en su conjunto constituyen el derecho de protesta social, radicando en esa línea su importancia.

a) Derecho la libertad de reunión pacífica

En lo referente al derecho de reunión, la CIDH ha manifestado los distintos aspectos que deben considerar los Estados para garantizar su cumplimiento, así pues, ésta considera que:

“(a) través del ejercicio del derecho de reunión las personas pueden intercambiar opiniones, manifestar sus posiciones respecto de los derechos humanos y concertar planes de acción, bien sea en asambleas o en manifestaciones públicas. La defensa de los derechos humanos, (...) encuentra en el ejercicio de este derecho un canal fundamental para sus actividades. (...) Por estas razones, difícilmente puede ejercerse la defensa de los derechos humanos en contextos en los que se restringe el derecho de reunión pacífica. Además, el ejercicio del derecho de reunión es básico para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión y el derecho de asociación.”

Del pronunciamiento emitido por la Corte se puede señalar que esta conviene en que el derecho de reunión permite que las personas se puedan interrelacionar en función de la protección de sus intereses ya sean estos colectivos o individuales, del mismo modo señala que este derecho permite que se lleven a cabo otros derechos radicando su importancia en ello, finalmente este

pronunciamiento lleva a los Estados a permitir la reunión pacífica en defensa de sus derechos fundamentales.

Cabe destacar, que la figura de la protesta social también se encuentra amparada en el derecho de reunión consagrado en el artículo XXI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, ello acorde con el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Señala así que:

“El derecho de reunión protege la congregación pacífica, intencional y temporal de personas en un determinado espacio para el logro de un objetivo común, incluida la protesta. Como tal, es indispensable para la expresión colectiva de las opiniones y puntos de vista de las personas.” (ONU: Comité de Derechos Humanos 2010)

El ejercicio de este derecho a la reunión ostenta una importancia fundamental en la consolidación de la vida democrática de las sociedades, por lo que, reviste de un interés social imperativo.

Ahora bien, sobre la libertad de reunión, este derecho se encuentra expresado en el artículo 2 inciso 12 de la Constitución Política del Perú de 1993, así también el Tribunal Constitucional la definió como:

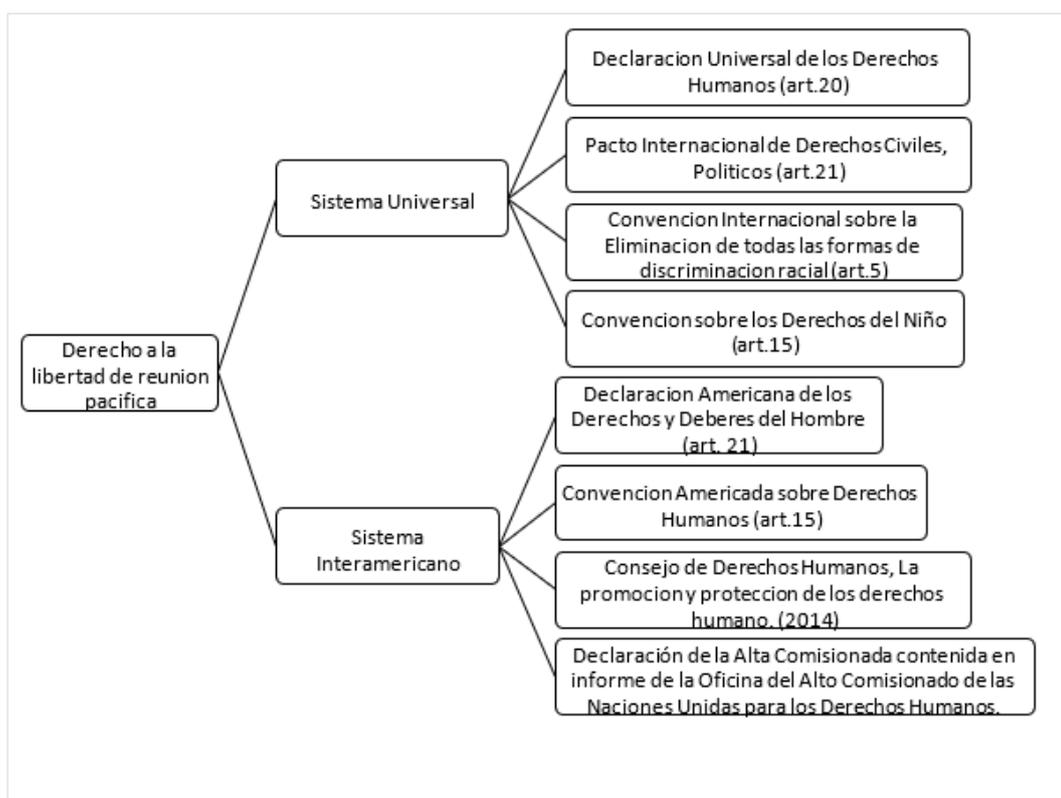
“la facultad de toda persona de congregarse junto a otras en un lugar determinado, temporal y pacíficamente, y sin necesidad de autorización previa, con el propósito compartido de exponer y/o intercambiar libremente ideas u opiniones, defender sus intereses o acordar acciones comunes” (Municipalidad Metropolitana de Lima)

De lo señalado por el Tribunal se puede destacar que el derecho de libertad de reunión pacífica puede darse por la simple concurrencia de personas en un determinado tiempo y lugar, las mismas que no requieren de un permiso para realizarlo, así pues, esta reunión busca compartir intereses comunes.

A nivel internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU: Asamblea General 1966), en su artículo 21, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Organización de los Estados Americanos (OEA) 1969), en su artículo 15, reconoce el derecho a la reunión en términos semejantes.

Ahora bien, el derecho a la libertad de reunión se encuentra amparado por diversos instrumentos internacionales tales como los que pertenecen al sistema universal y al sistema interamericano como se señala en la siguiente ilustración:

Ilustración 2. Derecho a la libertad de reunión pacífica



Fuente: Instituto Nacional de Derechos Humanos - elaboración propia.

En relación al derecho de reunión, existe un destacado caso como lo es el “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, pues entre los derechos infringidos de los trabajadores estaba también el derecho de reunión, sin embargo, a pesar de ello, la Corte consideró que el acervo probatorio no bastaba para acreditar la vulneración de este derecho, por lo que tampoco se profundizó en este tema; y, en consecuencia, se desestimó en este extremo de la petición solicitada.

Por otro lado, la Corte si ha efectuado su pronunciamiento respecto a la participación de las Fuerzas Armadas y agentes de control en las manifestaciones y/o reuniones que existan a nivel interno, de manera que ha determinado que:

“una adecuada legislación no cumpliría su cometido si, entre otras cosas, los estados no forman y capacitan a los miembros de sus cuerpos armados (..) sobre principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aún bajo los estados de excepción (...) Los Estados deben limitar al máximo el uso de las fuerzas armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales”.

En el “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) del 2006” se aclara que en esta sentencia no se discutía el derecho de reunión (artículo 15 de la Convención Americana) sino que únicamente se discutía el derecho a la vida y a la integridad personal puesto que se refería a la ejecución extrajudicial de reclusos, sin embargo, son interesantes para la materia las consideraciones que realizó la Corte Interamericana. (Alianza Regional por la Libre Expresión e Información 2013)

b) Derecho a la libertad de asociación

La libertad de asociación, según lo entendió la propia Corte, sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de la persona. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004)

La protesta, a menudo, suele ser un notable mecanismo de prosecución y acción de fines legítimos por parte de las organizaciones y los colectivos, por tanto, como tal también puede encontrarse protegida por el derecho a la libertad de asociación, la que se encuentra prevista en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la que señala que “el derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”.

Lo citado recientemente, expresa que bajo la protección de la Convención no solo se tiene la libertad y el derecho de asociarse libremente con otras personas sin intervención alguna de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio y cumplimiento de este derecho, representando, por tanto, un derecho propio de cada individuo. Así también, gozan de la libertad y el derecho de la búsqueda de la realización común de un fin lícito, sin intromisiones y presiones que puedan de alguna manera desnaturalizar o alterar su objetivo. Cuya protección, por otro lado, ostenta dimensiones claras y específicas, como son el derecho a la huelga y los derechos sindicales.

El Consejo de Derechos Humanos ya ha reconocido el vínculo entre la libertad de asociación y la protesta al expresar que “otros derechos que pueden ser aplicables en caso de protestas pacíficas incluyen, por ejemplo, el derecho a la libertad de asociación”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la libertad de asociación “presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos”. Esto implica el “el derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad”.

En relación al derecho de asociación, la Corte Interamericana examinó la vulneración a este derecho en los casos: “Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá”, “Caso Masacre Plan de Sanchez Vs Guatemala (el Estado reconoció responsabilidad)”, “Caso Huilca Tecse Vs. Perú”, “Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú”, “Caso Kawas Fernández vs. Honduras” y “Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004)

Con respecto al derecho de asociación, la CIDH consideró que:

“(…) constituye una herramienta fundamental que permite ejercer de forma plena y cabal la labor de éstos (las defensoras y defensores de los derechos humanos), quienes de manera colectiva pueden lograr mayor impacto en sus tareas. En consecuencia, cuando un Estado obstaculiza este derecho, en cualquiera de sus esferas, no sólo restringe la libertad de asociación, sino que obstruye la labor de promoción y defensa de los derechos humanos (...). El derecho de asociación, debe entenderse no sólo como el derecho que tienen las defensoras y defensores de conformar una organización, sino también como el derecho de poner en marcha su estructura interna, programas y actividades”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2006)

De lo precitado en el párrafo anterior, se destaca que el derecho de asociación tiene una relevancia importantísima en el desarrollo de los derechos humanos, pues los que se reúnen y asocian buscan la defensa y promoción de sus derechos, este derecho debe ser entendido como el instrumento organizado para ejecutar actividades.

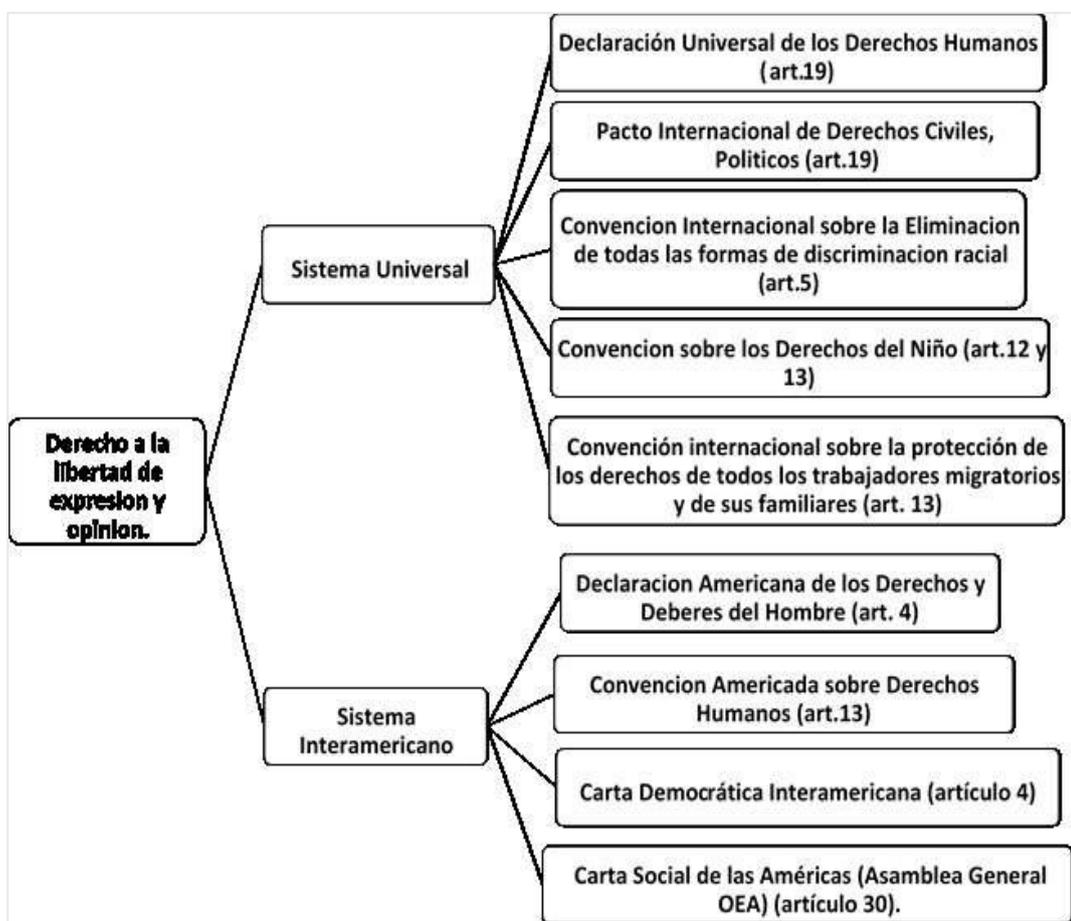
c) Derecho a la libertad de expresión y opinión

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo IV de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre derechos humanos.

Así pues, las manifestaciones públicas son el ejercicio de la libertad de expresión como señala la CIDH.

Además, también se encuentra regulado este derecho en otros instrumentos internacionales que corresponden al Sistema Universal pero así también al Sistema Interamericana, en ese sentido, a continuación, se muestra la ilustración N°2 que corresponde al Derecho de Libertad de Expresión y Opinión y su regulación en estos sistemas:

Ilustración 3. Derecho a la libertad de expresión y opinión



Fuente: Instituto Nacional de Derechos Humanos (2019) elaboración propia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 19 que:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Bajo el contexto de las protestas sociales que se habrían dado en diferentes países, uno de los derechos más vulnerados y el cual cobro mucha más relevancia fue el derecho a la libertad de expresión, ya que por las demandas expresadas como por la cobertura y tratamiento que estos eventos han recibido de los medios. En este sentido, el Sistema Interamericano ha reflexionado sobre la importancia del derecho a la libertad de expresión, sosteniendo que:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre” (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985)

De lo señalado por la CIDH, se destaca que este derecho es la piedra basal de la sociedad constituida en democracia, es la más clara manifestación de los sindicatos, agrupaciones políticas u otras que tienen por objetivo influenciar en la sociedad, mediante este derecho, las personas pueden informarse en un intercambio de opiniones por ende ejercen así el derecho de libertad.

d) Derecho de manifestación o protesta social

El derecho a la manifestación (protesta social) actualmente no se encuentra expresamente y tácitamente reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos. Pero eso no impide que por el hecho de no ser un derecho reconocido no pueda ser tomado en cuenta, en consagrarlos en los diferentes tratados, esto es, del derecho de reunión y de la libertad de expresión como se mencionó desde el inicio de la presente investigación.

El simple hecho de poder ejercer el derecho a manifestar en lugares públicos o derecho a la protesta social puede entrar en conflicto con otros derechos como el derecho a la libertad de circulación de otras personas el orden público. Al respecto, cabe señalar que, en materia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, la doctrina señala que, en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en conflicto con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro, es decir se podría dar una ponderación de los derechos que se estén vulnerando.

El derecho de manifestación puede efectivamente implicar alguna afectación del orden público, especialmente en consideración a que la protesta social es ejercida frecuentemente por grupos y colectivos que se encuentran marginados del debate público.

La CIDH ha manifestado que:

“los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del “orden público”, como medio para suprimir un “derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”. Si esto ocurre, “la restricción aplicada de esa manera no es legítima”.

Tal como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia, no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo *per se*. (Corte Constitucional de Colombia 1992)

En una misma línea argumentativa, la Corte Europea de Derechos Humanos ha expresado en una reciente sentencia que:

“en ausencia de actos de violencia por parte de los manifestantes, al menos antes de utilizar la fuerza por parte de la policía, es importante que los poderes públicos demuestren una especial tolerancia hacia las concentraciones pacíficas para no privar de contenido la libertad de reunión garantizada por el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos” (Corte Europea de Derechos Humanos 2011)

De los pronunciamientos vertidos por la Corte Europea, se destaca que la intervención de la fuerza policial se encuentra eximida a ser parte de una protesta pacífica pues estas no causan disturbios, no alteran la paz ni conflictúan el estado de la sociedad, en ese sentido, corresponde que los poderes del Estado respeten las reuniones y manifestaciones pacíficas.

2.2.1.3. Restricciones de derechos legítimas a derechos involucrados en protestas

La Comisión Interamericana ha señalado en diferentes oportunidades que los Estados han percibido e instrumentado respuestas desproporcionadas frente a protestas, como si se trataran de una amenaza para a la estabilidad del gobierno o para la seguridad interior. En ese sentido, la falta de cumplimiento de las obligaciones de respeto y de garante frente a los derechos involucrados en la protesta se señala que:

“ha derivado en hechos de violencia generalizada en los que no sólo se afecta seriamente el ejercicio de este derecho, sino que también se vulneran los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal

de las personas que participan en las manifestaciones de protesta social”.
(Corte Interamericana de Derechos Humanos 2009)

Respecto a esta situación, la Comisión ha señalado que los Estados están obligados a garantizar y facilitar el ejercicio de los derechos humanos que se ponen en juego durante manifestaciones y protesta e implementar medidas y mecanismos para que estos puedan ejercerse en la práctica, no como forma de obstaculizarlos.

La Corte Interamericana también se ha pronunciado respecto a que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2006)

La Corte Interamericana ha considerado que la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, establecida en su artículo 1.1, implica:

“el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1988)

Un análisis integral de los estándares relativos a las restricciones de los principales derechos involucrados como lo son el derecho a la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, permite identificar elementos comunes en la aplicación del "test" de tres partes para evaluar las restricciones a las manifestaciones y protestas.

“En primer lugar, toda limitación debe estar prevista en ley. En segundo lugar, debe buscar garantizar los objetivos legítimos expresamente previstos en la Convención Americana. En tercer lugar, las restricciones deben ser

necesarias en una sociedad democrática, criterio del que se derivan también los estándares sobre proporcionalidad.”

La autoridad que imponga las limitaciones a una manifestación pública deberá demostrar que estas condiciones se han cumplido y todas ellas deben ser respetadas simultáneamente para que las limitaciones impuestas a la protesta social sean legítimas de acuerdo a la Convención Americana (Organización de los Estados Americanos 2009)

Las restricciones deben estar previstas en la ley en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara, tanto en el sentido formal como material. Sólo la ley formal, lo ha entendido la Corte Interamericana, "tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención" (Organización de los Estados Americanos s.f.)

Como puede advertirse, la realidad es muy diferente a lo expresado en el ejercicio del derecho de protesta que a la vez implica el ejercicio de otros derechos pues estos derechos han encontrado un problema en el mismo órgano que debería de ampararlos siempre y cuando estas manifestaciones sean pacíficas y no contravengan el orden público, empero el propio Estado ha criminalizado las protestas utilizando la fuerza policial u otros medios aun cuando se trata de manifestaciones mesuradas vulnerando así su derechos explícitos como el de reunión, libertad de opinión u otros mencionados ‘ut supra’.

2.2.2.3.Criminalización de la protesta social y mecanismos de represión

Tradicionalmente se ha entendido la criminalización de la protesta social como aquella instrumentalización del derecho penal que utiliza el Estado para sancionar a personas que ejercen su derecho a la protesta social y por ende ejercen otros derechos como la libertad de reunión y opinión.

La criminalización de la protesta ha sido comprendida por un grupo de estudios como una consecuencia de la implementación de las políticas neoliberales

en América Latina y de una creciente demanda por seguridad. Así, se trataría de una consecuencia de la formación de un nuevo pacto social dentro de los países pobres. (Svampa, 2012)

Respecto de lo antes señalado, la actuación estatal que busca tomar represalias contra los ciudadanos que participan en protestas puede estar fundada en la captura del Estado por parte de élites económicas capitalistas, y en la influencia de las potencias mundiales y de los organismos financieros internacionales a través de tratados y normas constitucionales que han consagrado la defensa del mercado y del interés privado al más alto nivel normativo en opinión de Artese (2013).

En el Perú de los últimos años, a nivel nacional, se ha estado realizando bastantes conflictos sociales, en los cuales los ciudadanos ven como una solución las protestas para poder expresar que no se encuentran satisfechos con las respuestas del estado.

El estado puede controlar estas protestas, pero debe tener en cuenta lo indicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que señala la potestad estatal de “imponer regulaciones legales y limitar razonablemente las manifestaciones con el fin de asegurar el desarrollo pacífico de las mismas, así como dispersar aquellas que se tornan violentas” siendo que esta debe responder única y exclusivamente a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

En la realidad peruana, la libertad de expresión y los derechos y libertades conexos se han visto amenazados por la criminalización que se hace de estos, es decir:

“la creciente tensión entre el ejercicio democrático de los derechos de libertad de expresión canalizados a través de las libertades de reunión, asociación y protesta para reivindicar legítimas demandas que sectores de la población civil sienten vulneradas vis a vis la represión penal de conductas que supuestamente encajarían como delitos atentatorios contra el

orden público y aquellas que encajarían como criminalización de la protesta social.” (Gamarra, Libertad de expresión y criminalización de la protesta social 2010)

De otro lado, la CIDH, señala que la criminalización consiste en la formulación y aplicación de tipos penales a acciones y personas, convirtiéndolas respectivamente en delitos y diluentes, que directa o indirectamente criminalizan o hacen ilegal la labor de defensa de los derechos humanos.

Pero, ¿qué es la criminalización de la protesta social? Pues, la criminalización de la protesta social es básicamente la acción de atribuir a este ejercicio una condición criminal con la finalidad de reducir al mínimo aspecto este ejercicio a través de mecanismos usados por el mismo Estado como lo pueden ser las políticas públicas, actividad legislativa u otros que son concretados en la fuerza de la ley, su aplicación por lo diversos agentes del Estado puede ser formalmente legítima como injusta al vulnerar el derecho a la protesta pública.

Ahora bien, la criminalización de la protesta puede presentar lo siguiente:

“a) El recurso a la represión violenta; b) la expedición de normas que permiten el uso desproporcionado de la fuerza; c) la Policía Nacional puesta a disposición de las empresas privadas; d) la participación de las Fuerzas Armadas en el control de los conflictos sociales; e) el recurso al derecho penal; f) la detención, investigación y procesamiento de manifestantes; g) cierre arbitrario de medios de comunicación y h) hostilización a organizaciones no gubernamentales que acompañan la protesta social.”

En base a lo antes señalado, la criminalización puede manifestarse a través de dos elementos: a) El uso indebido del derecho penal. b) El acoso policial o judicial a los líderes sociales y/o organizaciones sociales desarrollados en el siguiente apartado.

2.2.2.4. El uso indebido del derecho penal

De manera previa, es importante destacar el pronunciamiento de la CIDH, la cual señala que en la toda elaboración en el ámbito penal se tiene que utilizar los términos concretos que se le puedan acotar a las conductas punibles. Esta es una forma de dar a conocer el sentido pleno del principio de legalidad penal, en la cual se le tiene que encontrar la definición de lo que se estaría imputando como la conducta incriminada. Esta conducta debe contar con todos los elementos, que permitan deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan bienes fundamentales.

El ejercicio indebido del derecho penal se básicamente por la regulación de normativa penal restrictiva que busca reprimir la protesta social en sí misma o resalte determinados bienes jurídicos como lo es libre circulación, la propiedad pública o privada y penalicen la falta de autorización o permisos administrativos para efectuar manifestaciones públicas, permitiendo a los agentes del Estado contar con un marco formalmente legítimo para sofocar la protesta social, desincentivando su ejercicio a través de la persecución de su líderes o las organizaciones sociales de apoyo, sin embargo como se pudo analizar en los acápite anteriores, el ejercicio de la protesta social no se encuentra restringido por no tener un permiso o una autorización ya que este ejercicio se da en función del desarrollo de derechos humanos de real importancia.

A nivel nacional la primera ley penal emitida el objetivo de reprimir las manifestaciones sociales fue la Ley N°27686, promulgada el 18 de marzo de 2002, en el gobierno del expresidente Alejandro Toledo, mediante esta se modificó el artículo 283 y 315 del Código Penal, a fin de sancionar aquellos actos de violencia cometidos en “reuniones tumultuarias”.

En cuanto a los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, estos fueron modificados en el 2006 mediante la Ley N°28820, la cual estableció los tipos penales de atentado contra la seguridad común regulado en el artículo 281, el entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos regulado en el artículo 283, y el delito de disturbios regulado en el artículo 315, todo ello con el fin de ampliar el ámbito de aplicación de este, como aquella línea que permita reprimir los actos legítimos de protesta social.

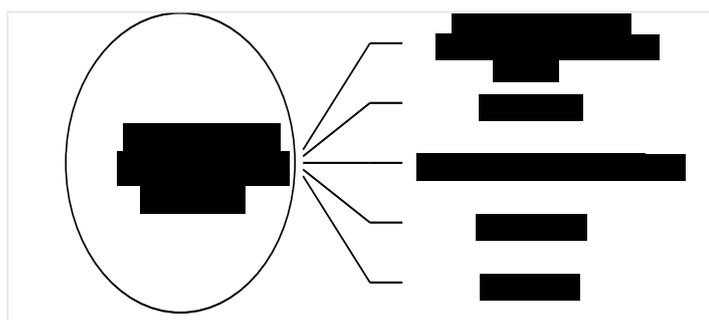
La misma situación puede ser advertida en la Ley N°28820 la misma que expande el ámbito punitivo del delito contra las vías de comunicación y disturbios.

Ahora bien, cabe señalar que el Decreto Legislativo N°1095, publicado el 01 de septiembre de 2010, permite a las Fuerzas Armadas participar en la represión de disturbios sociales para ello deberá de tenerse una previa declaratoria de estado de emergencia por la cual se le concebirá facultades con el propósito de coadyuvar al control del orden interno.

Esta política de criminalización se encuentra consagrada con las medidas de protección brindadas a los agentes del Estado que ejercen esta represión, excluyéndolos legislativamente de la imputación penal, tal y como se advierte de la Ley N°30151, publicada el 13 enero 2014 y modificada el 28 marzo 2020 por el artículo 5 de la Ley N°31012.

Algunos delitos mayormente utilizados para reprimir las protestas sociales son los que se pueden apreciar en la siguiente ilustración:

Ilustración 4. Delitos de represión a protestas sociales en el sistema penal peruano



Fuente: Gamarra (2010) - elaboración propia.

2.2.2.5. Obligaciones del estado que eviten la criminalización de la protesta social

El artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo cuerpo normativo presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos.

A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención.

Se entiende como criminalización al uso de una estrategia sistemática de silenciamiento que opera deslegitimando los motivos y los repertorios de acción de los líderes y participantes de las reuniones pacíficas a través de detenciones y encarcelamientos arbitrarios sin respeto del debido proceso, persecución judicial mediante la apertura de procesos penales o contravencionales en razón de la organización o participación en una reunión, legislación punitiva que busca suprimir o poner límites en relación con el ejercicio del derecho (INCLC 2013), entre otros.

En ese orden de ideas, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha expresado:

“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. Sus efectos habituales son la sujeción a procesos, de faltas o penales, arbitrarios y prolongados, la aplicación de multas y/o a detenciones arbitrarias con o sin condena”. (2019)

El objetivo es señalar a quienes ejercen este derecho como una amenaza para el orden público y la seguridad nacional, lo que al final tiene un efecto disuasivo que obstaculiza el derecho a la reunión pacífica.

La CIDH ha establecido que la criminalización afecta tanto una dimensión personal dado que provoca temor, angustia al individuo por la posible privación de su libertad, como una dimensión colectiva, puesto que tiene el efecto de intimidar e inhibir que más personas quisieran ejercer su derecho a la reunión pacífica a futuro por temor a represalias o a ser sometidos también a un proceso penal infundado. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2011)

Ahora bien, “la fuerza empleada por los agentes policiales para inmovilizar o detener a alguien en una manifestación debe ser estrictamente proporcional al objeto que deba alcanzarse y sólo se aplicará en la medida necesaria según la resistencia ofrecida por la persona contra la que es preciso utilizarla” (Organización de los Estados Americanos 2019).

Una vez detenida la persona, no se suspende la protección de los demás derechos amparados como el derecho a la vida, la dignidad humana, la no discriminación, la privacidad, el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros. En este sentido:

“toda persona detenida en una manifestación pública tiene derecho a condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal; las autoridades estatales ejercen en estos casos un control total sobre la persona

que se encuentra bajo su custodia, por lo que el Estado es garante de su integridad personal”. (Organización de los Estados Americanos 2019)

Es necesario recordar que las detenciones arbitrarias son una práctica a la que acuden frecuentemente los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley para castigar a quienes participan de una reunión, incumpliendo todos los protocolos y estándares internacionales en materia de garantías procesales y principio de legalidad.

A) Legislación en el Perú que permite la criminalización de la protesta social

El Estado peruano ha aprobado leyes en las cuales flexibilizan las normas procesales, para que puedan iniciar con las respectivas investigaciones fiscales y proceso judiciales contra todo aquel que protesta, vulnerando las normas mínimas que garantizan el debido proceso judicial; vulnerándose los siguientes derechos:

a) Derecho a la vida e integridad

En base a que “(...) en los últimos dos años y medio se ha reportado 34 civiles fallecidos y más de 949 heridos (de los cuales, 357 fueron policías y 5 militares) en contextos de conflictividad social (...)” (Defensoría del Pueblo 2014)

Asimismo, se han presentado casos de personas torturadas que había sido previamente detenidas durante los hechos de represión policial contra las protestas sociales en las que participaban legítimamente; es decir, se ha utilizado la tortura para castigar a quienes protestan o lograr que se auto inculpen en la comisión de supuestos delitos.

Al respecto, se puede señalar que existen empresas mineras vinculadas a los actos de tortura, ya que estos ocurrieron en sus campamentos mineros, en circunstancias en que los ciudadanos se encontraban allí, detenidos arbitrariamente por protestar en las inmediaciones de dichos campamentos. Toda esta situación de grave afectación al derecho a la vida y a la integridad personal se ve agudizada,

como decíamos líneas arriba, con la aprobación de normas que priorizan y facilitan el uso de la fuerza en los conflictos sociales.

Ahora bien, a modo de ejemplo, en setiembre de 2010, el Poder Ejecutivo, mediante la delegación de facultades, promulgó una serie de nuevos decretos legislativos que permiten, entre otros, calificar como grupo hostil a todo grupo de personas que se reúnan para protestar exigiendo la atención a sus demandas. Calificadas como tal, se posibilita la intervención de las Fuerzas Armadas para reprimirlas, permitiéndoseles el uso de su armamento de guerra para el citado fin y disponiendo que se aplique a esas acciones de represión el derecho internacional humanitario, al considerarlo escenario de guerra.

Asimismo, podemos señalar que, en junio de 2012, la Comisión de Defensa del Congreso aprobó un proyecto de ley de insistencia en el texto de otro proyecto aprobado en mayo de 2012, que regula el uso de la fuerza policial, con el mismo contenido violatorio de derechos fundamentales que el del decreto legislativo vigente para las Fuerzas Armadas.

b) Derecho a la libertad personal y a la libertad de expresión

A la situación de represión física con el uso indiscriminado de la fuerza, se suma un conjunto de normas aprobadas mediante decretos legislativos (por delegación de facultades del Congreso al Ejecutivo) que, con el pretexto de combatir la criminalidad organizada (bandas, narcotráfico y lavado de activos), facilita la represión legal de toda aquella persona o conjunto de personas que ejercitando su derecho a la protesta social, se expresa públicamente para que el Estado atienda sus demandas sociales. A estas normas, se les ha denominado “normas que criminalizan la protesta social”, las cuales fueron aprobadas en 2007 y 2010, y siguen vigentes, a pesar de sus serios cuestionamientos por permitir la violación de derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política y en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Las normas antes señaladas, como los Decretos Legislativos N.º 982, 983, 988, 989, 991 y otros permiten sumarias investigaciones preliminares sin respetar el derecho de defensa de los investigados; que se pueda detener a las personas sin mandato judicial y amplía arbitrariamente el concepto de flagrancia delictiva (violándose el principio de inmediatez temporal) como fundamento de la detención. Asimismo, permite que las investigaciones preliminares se realicen con la incomunicación del detenido y sin la presencia de su abogado, así como efectuar registros personales y de inmuebles sin orden judicial e incluso sin presencia del fiscal. (Velazco y Quedena 2015)

2.2.3. Rol del juez

La criminalización de la protesta es una forma represiva que han aplicado los estados y diversos gobiernos ante supuestamente situaciones que lo ameritaban sin embargo este ejercicio ha desencadenado que surjan también conflictos sociales y conflictos jurídicos en tanto corresponde a los órganos jurisdiccionales plantear una solución.

2.2.3.1 La judicialización de las protestas sociales

En el Perú, particularmente, la estrategia de disuasión de los movimientos sociales por medio de la punición, tienen sus antecedentes más visibles en el gobierno de Alberto Fujimori, en el que se dictaron normas sumamente represivas contra movimientos y líderes sociales, bajo el aparente propósito de luchar contra el “terrorismo agravado”. (Vásquez, 2011)

Bajo esta política podemos entender que no se logró modificar en el gobierno de Alejandro Toledo, por el contrario se aplicó hasta penalizándolo, es decir que todos los delitos que se lograban relacionar con las protestas sociales, se encontraban penalizado. Con el periodo de Toledo, Fujimori logro el afianzamiento en la política neoliberal. Pero por el contrario el gobierno de Alan García es el que

más cercanía ha tenido con todos los grupos económicos, por ende el más confrontacional con los movimientos sociales, especialmente con los grupos sin sindicales, el cual generó todo un conjunto de normas jurídicas para poder criminalizarlos y neutralizarlos, no escatimó para ello en el uso indiscriminado de la fuerza pública, la militarización de zonas en conflicto, la utilización de leyes contra autoridades locales comprometidas en estas causas, entre otras medidas.

2.2.3.2. Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la protesta social en Perú

El máximo órgano de interpretación constitucional como lo es el Tribunal el 7 de diciembre del año 2005 se pronunció sobre el derecho a la reunión, este fue señalado como un derecho fundamental protegido a nivel constitucional que consta de elementos subjetivos tal como se manifiesta en el fundamento jurídico octavo, temporales, finalista y reales o espaciales y de eficacia inmediata señalando lo siguiente: “El contenido constitucionalmente protegido del derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos:

a) Subjetivo: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejercita una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2º 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad.

Por ello, buenos ejemplos del ejercicio del derecho de reunión son el encuentro de los miembros sindicalizados para protestar por un hacer o no hacer de su empleador o empleadores, las marchas de los colectivos a quienes une el sentimiento de repudio frente a una medida adoptada por un poder público, las procesiones organizadas por los miembros de un determinado credo, los mítines coordinados por las agrupaciones políticas, etc.

b) Temporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación, reconocido en el artículo 2º 13 de la Constitución, al que inspira un ánimo de permanencia o, cuando menos, una determinada continuidad en el tiempo.

c) Finalista: Es requisito fundamental para el válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no sólo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo éste pretende ser alcanzado. Y es que cuando el artículo 2º 12 de la Constitución alude a que el modus de la reunión se materializa “pacíficamente sin armas”, hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública.

d) Real o espacial: El derecho de reunión se ejerce en un lugar de celebración concreto. Así, el artículo 2º 12 de la Constitución establece que estos lugares pueden ser locales privados, locales abiertos al público, así como plazas o vías públicas. La selección del lugar en el que se lleve a cabo la congregación es vital para el libre ejercicio del derecho, puesto que muchas veces éste sólo puede alcanzar su propósito en atención a la proximidad física de los reunidos con aquellas personas o entidades destinatarios de las ideas, reclamos, pedidos, loas, etc. En otras ocasiones, el lugar escogido es representativo de la expresión o manifestación misma a la que la reunión sirve de instrumento.

Resulta claro, sin embargo, que la elección del lugar no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues, en ocasiones, es el lugar escogido el que determina, ante el objetivo riesgo de afectación de determinados bienes constitucionalmente protegidos, la aparición de una causa objetiva y suficiente para restringir o prohibir la reunión.

e) Eficacia inmediata: El hecho de que, a diferencia de las reuniones en locales privados o abiertos al público, el artículo 2º 12 de la Constitución exija un anuncio previo a la autoridad para realizar reuniones en plazas y vías públicas, puede llevar a la errónea impresión de que para el ejercicio de este último tipo de reuniones es imprescindible la autorización previa de algún representante gubernativo, siendo, en consecuencia, un derecho mediatizado en su manifestación a la anticipada aquiescencia expresa de la autoridad pública. Pues nada escapa de manera más evidente a la constitucional configuración del derecho sub examine.

En efecto, el derecho de reunión es de eficacia inmediata y directa, de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas, el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados.

Así las cosas, no cabe confundir la exigencia de aviso previo, con un supuesto sometimiento del derecho de reunión a la necesidad de una autorización previa de la autoridad administrativa, la cual, de ser exigida, resultará manifiestamente inconstitucional.” (Tribunal Constitucional 2004)

Por otro lado, se tiene la Sentencia emitida por el TC respecto de la tolerancia como valor superior de un sistema democrático citando a Kelsen, señala en el fundamento 1.3 lo siguiente:

“El poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando solo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho acertadamente que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna.” (...) es necesario que se reconozcan determinados valores democráticos y culturales que deben ser compartidos por todos, sin que ello implique un desconocimiento de la idiosincrasia de cada comunidad. Se requiere, pues, establecer la unidad dentro de la diversidad y el pluralismo. (...) En efecto, se puede señalar que "la diversidad cultural es valiosa, tanto en el sentido cuasi estético de que crea un mundo más interesante, como porque otras culturas poseen modelos alternativos de organización social que puede resultar útil adaptar a nuevas circunstancias (...)" (Tribunal Constitucional 2005)

Ahora bien, también este tribunal ha delimitado el ejercicio de la protesta social en el Expediente 0009-2018-PI/TC señalado lo siguiente en su fundamento jurídico N°83:

“En lo que respecta a sus límites, debe tenerse presente que, como todo derecho fundamental, el derecho a la protesta no es un derecho absoluto o ilimitado. Así, los límites de este derecho se desprenden de la prohibición de vaciar de contenido otros derechos, principios y reglas constitucionales. En todo caso, el alcance de los límites que específicamente operen sobre este derecho deberá ser evaluado a la luz de cada caso concreto. Empero, ello no es óbice para que este Tribunal pueda desarrollar ciertas pautas sobre los límites del derecho fundamental a la protesta.” (2020)

Así también esta misma sentencia en su fundamento jurídico N° 86 señala que: Por lo demás, toda regulación y eventual limitación del derecho fundamental a la protesta se deberá hacer a través de una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato. Y es que, como se sostuvo en la Sentencia 0005-2013-PI/TC, fundamento 13, “cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía”. (2020)

Finalmente, han recaído en los pronunciamientos del tribunal Constitucional lo referido al carácter probatorio suficiente que debe de existir en referencia al derecho de protesta social, señalando en el expediente Exp. N°4677-2004-PA/TC en su fundamento jurídico N°18 lo siguiente:

En todo caso, tal como lo establece el artículo 2° 12 de la Constitución, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de reunión, deben ser "probados". No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. (...) debe tenerse

presente que la prohibición debe ser la última ratio a la que puede apelar la autoridad administrativa para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora, duración o itinerario previsto. Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentren debidamente motivadas por la autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho sólo se vea restringido por causas válidas, objetivas y razonables (principio de razonabilidad), y, en modo alguno, más allá de lo que resulte estrictamente necesario (principio de proporcionalidad). (Tribunal Constitucional 2005)

2.2.3.3. La legislación penal y la protesta social

Es toda una realidad la criminalización de las protestas sociales en América Latina, más aún en el Perú. La CIDH ha señalado que la justicia penal dentro de su ordenamiento se ha implementado instrumentos que se puedan utilizar en contra de los líderes sociales. Gracias a esto, el derecho se ha convertido en un dispositivo ambivalente: es decir, por un lado, los derechos humanos que han sido ratificados por normas internacionales y nacionales; por otro lado, las normas en donde se emplean la fuerza, la legalidad penal y procesal en donde se ejercen las atribuciones de las fuerzas estatales, generando graves violaciones a los derechos humanos en conflictos sociales.

La instrumentalización de la justicia penal para amedrentar a defensores de derechos humanos ha sido objeto de denuncia por la CIDH (2015). Generando que se obtengan ciertas características centrales sobre la imputación de los “delitos que están tipificados de una forma amplia y ambigua contrarios al principio de legalidad, o se basan en tipos penales que son anti convencionales y contrarios a los compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos que han asumido los Estados” causando insuficiencia probatoria, desnaturalización de figuras jurídicas como la instigación, excesiva demora en los procesos e inusitada celeridad en la emisión de órdenes de detención.

Vásquez (2011) señala que la normativa ha sido transformada en base a que se pretende reducir o neutralizar la protesta social, asociando dicho derecho a criminalización. Así también, la normativa peruana busca que los órganos jurisdiccionales den el tratamiento a los sujetos involucrados como si se tratase de un delito común aplicándose tipos penales como los disturbios, entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, atentado contra los medios de transporte, daños, entre otros.

Del mismo modo, Gamarra (2010) señala que, el Estado peruano enfrenta las protestas sociales de forma desproporcionada y con métodos poco democráticos como la represión violenta sobre la base de normas legales que autorizan el uso desproporcionado de la fuerza, convenios que ponen a la Policía Nacional al servicio de empresas privadas, la participación de las Fuerzas Armadas en los conflictos sociales y la aplicación excesiva de sanciones penales.

Cabe destacar que a nivel nacional la normativa más relevante que regula el uso de la fuerza para el restablecimiento del orden interno es el decreto legislativo N°1186 la fecha de publicación del decreto es el 16 de agosto de 2015, sin embargo, varias normas y modificaciones más recientes se han aprobado en el marco de delegaciones de facultades en materia de seguridad ciudadana. En dicho decreto se encuentran recogidos el uso progresivo y diferenciado de la fuerza, así como los niveles de uso, sean preventivos o reactivos. Respecto a los niveles reactivos existen los siguientes: i) control físico, ii) tácticas defensivas no letales y iii) fuerza letal; además se encuentran desarrolladas detalladamente las circunstancias que darían lugar a los distintos niveles del uso de la fuerza, caracterizando a la fuerza letal como excepcional (DL 1186). Ocurre algo semejante con el decreto legislativo N°1095 que regula el uso de la fuerza de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. (Cuba y Portocarrero 2017)

Por otro lado, algunos cambios legislativos en materia procesal penal han ampliado en el pasado reciente las facultades policiales en casos de detención. Algunos ejemplos de esto son la ley 30558, del 9 de mayo de 2017, los decretos

legislativos 983, 988 y 989, del 22 de julio de 2007, y la ley 29986, del 18 de enero de 2013. Todas estas modificaciones no pueden ser entendidas aisladamente, deben ser leídas en un contexto de alta conflictividad social, aumento de la represión estatal y militarización de los territorios en conflicto.

En el caso el Baguazo, la Sala de la Corte de Justicia de Amazonas reconoció que, que las medidas de fuerza que se utilizaron en dicho caso estarían justificadas. Cabe recalcar que dichas medidas de fuerza no son actos de violencia, vandalismo y destrucción de la propiedad privada y pública. Estos son delitos que deben ser sancionados firmemente por el Poder Judicial. Cuando decimos medidas de fuerza, nos referimos a determinadas medidas realizadas para llamar la atención, como pueden ser la toma de locales públicos o de carreteras. Dicha sala del Poder Judicial llegó a la conclusión luego de aplicar el principio de proporcionalidad, en donde señalan lo siguiente:

En consecuencia, no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto como poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito como el bloqueo de medios de transporte vehicular en la carretera marginal de la selva (sector Curva del Diablo) que si bien ocasionaron un desenlace fatal, como son la muerte de 12 efectivos policiales, y otros veinte lesionados gravemente; también se debe advertir que dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el Paro Amazónico, dado que el mismo tenía un matiz enteramente pacífico, por lo que su resultado en ese sentido solo compromete a un número mínimo de personas que no habrían podido ser identificados por el Ministerio Público, y que según el propio General Muguruza, serían ajenos a las poblaciones indígenas Awajún y Wampis. (Corte Superior de Justicia de Amazonas 2016)

2.2.3.4. Democracia y protesta social

Vilas (2003) postula que “en las sociedades modernas, la dominación política y las estructuras socio-económicas están sometidas a procesos de determinación recíproca que incluyen la capacidad de la acción política de

rediseñar; y no sólo reproducir, sus condicionantes estructurales y culturales. El propio desdoblamiento entre procesos económicos y procesos políticos, típicos del capitalismo, plantea la existencia, en los regímenes políticos, de una virtualidad transformadora de las relaciones sociales y económicas y de los patrones culturales...” Esta afirmación teórica, llevada a los regímenes políticos democráticos existentes, funciona para Vilas de la siguiente manera: “la ampliación de la distancia entre derechos y libertades formales y derechos y libertades efectivas, entre igualdad legal e igualdad de oportunidades, conspira contra la calidad de la democracia y de la ciudadanía” Como señala Juan Carlos Ruiz (2018):

“Protestar implica ejercer la libertad de reunión (art. 2.12 CP), el cual autoriza a “reunirse pacíficamente sin armas”. Protestar es ejercer las libertades comunicativas (art. 2.4 CP) que reconocen la difusión del pensamiento debe realizarse “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”. Protestar implica ejercer la libertad de conciencia (art. 2.3 CP), que precisa que toda persona tiene derecho “No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión”. Protestar implica ejercer el principio jurídico constitucional de pluralismo político como valor jurídico reconocido (STC Exp. N°00030-2005-AI, f.j. 14 y 15). Protestar implica ejercer el derecho de petición, que autoriza a “A formular peticiones, individual o colectivamente [...] ante la autoridad competente”, (art. 2.20 CP). Finalmente, la protesta implica el ejercicio del derecho a la participación política (art. 2.17 y 31 CP), el cual reconoce el derecho a “A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, y según la segunda disposición “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos”. Mal puede decirse que la protesta es un acto ilegal y menos inconstitucional.”

2.2.3.5. Minimización de la represión de la intervención policial en las protestas y la criminalización mediática

Habiendo ‘ab initio’ marcado las piedras basales sobre las cuales se asientan la presente investigación, corresponde analizar ‘ex nunc’ como es que el derecho a la protesta social continua en nuestro país siendo criminalizado y en algunos casos termina condenando a los protestantes; precedentes que nos convocan a hacer reparos respecto del ejercicio de la justicia penal, pese al reconocimiento supranacional y el amparo dentro de nuestro sistema normativo que han afirmado reiteradamente que los Estados les asiste la obligación no solo de proteger y garantizar el derecho de protesta sino respetarlo, empero, nuestra realidad nos demuestra todo lo contrario.

Actualmente estamos frente a un escenario de criminalización mediática ya que es consabido que los medios de comunicación llámese la prensa escrita, radial y televisiva cumplen un rol importante para transmitir la información sobre lo que acontece en nuestra país el día a día y supuestamente refleja el ejercicio de las libertades democráticas, ‘empero’, en su mayoría no transmiten verdades objetivas porque tergiversan los hechos, los exaltan, los exacerban creando sensaciones, de miedo e inseguridad, el mismo que se ve reflejado en las percepción de las masas, creando un desborde en el poder punitivo del Estado

2.2.3.6. Manipulación mediática de la protesta social

Nuestro país no es ajeno al ejercicio de un derecho con matiz constitucional como lo es el derecho a la protesta *per se*, de la cual es consabido convocan demandas colectivas la misma que se engarza con la existencia de una sociedad democrática.

En esa línea es de advertir y resaltar que los medios de comunicación llámese prensa escrita, radial o televisiva juegan un rol importante en consideración a que esta criminalización se vincula con los intereses individuales de las autoridades estatales, reforzando los estereotipos de criminalización.

2.2.3.7. Influencia de la criminalización mediática

Consideramos relevante partir de uno de los aspectos que creemos afianza el tema de la criminalización de la protesta social radicando su fundamento en tratar de entender el razonamiento de los jueces penales frente a los delitos contra la tranquilidad pública en específico el tipo penal de disturbios previsto y sancionado en el artículo 315 del Código Penal:

“El que, en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 8 años. Sera sancionado con la misma pena cuando los actos descritos en el primer párrafo se produzcan con ocasión de un espectáculo deportivo, o en el área de influencia deportiva. Constituyen circunstancias agravantes (...)”, Código Penal (1991).

Téngase presente que este delito ha sido materia de pronunciamiento en instancia de recurso excepcional de Casación N° 274-2020/PUNO (que define los elementos que configuran el delito de disturbios) la misma que establece los hechos imputados a Walter Aduviri Calisaya quien fue condenado a 6 años de pena privativa de libertad en primera instancia como coautor no ejecutivo del delito en mención en agravio del Estado el mismo que será materia de análisis más adelante junto a otros casos en los cuales cabe resaltar que no solo existe la concurrencia del delito en mención que vincula el ejercicio del derecho constitucional de protesta; sino involucra otros delitos como: extorsión, asociación ilícita para delinquir, entorpecimiento a los servicios públicos, lesiones graves, daños agravados, homicidio calificado, entre otros; así también tenemos al conflicto de Bagua producido entre la Policía Nacional del Perú y las comunidades indígenas que dejó más de 30 muertos entre efectivos policiales y civiles, por otro lado, el conflicto de Tía María que condeno en primera instancia a Pepe Julio Gutiérrez Zeballos a dieciséis años de pena privativa de la libertad, a Jesús Mariano Cornejo Reynoso a siete años y cuatro meses de pena privativa de la libertad, y a Jaime Trinidad De La

Cruz Gallegos imponiéndose la pena total de doce años y cuatro meses de pena privativa de la libertad.

Dentro de esa línea, reparamos en considerar si es que influye en el ideario de los jueces penales la criminalización mediática abordada por los medios de comunicación o cual es la razón para contravenir la tutela penal frente a esta casuística.

La criminalización de la protesta es una *actio legis* cuya *ratio* es la criminología la misma que es consabida ha ido mutando en el discurrir del tiempo el mismo que involucra a estudiar al crimen, al infractor, a la víctima, el comportamiento delictivo características que tienen como consecuencia el control social o control jurídico penal (Solís, 2017).

En esa línea, consideramos que los medios de comunicación permiten masificar un mismo mensaje a los receptores de manera instantánea y simultánea hecho que puede modificar la realidad social cumpliendo un rol indirecto el mismo que repercute en la vida de las personas con la posibilidad de ejercer dominio que muchas veces puede estar alejada de la voluntad de los receptores construyendo una verdad impuesta el mismo que puede considerarse como un control social y desde esa línea nos preguntamos si ello puede influir en la tutela penal frente a los derechos de protesta social bajo el concepto de hacer ver como una normalidad las acciones represivas tanto de los agentes policiales como de los agentes judiciales estando frente a un escenario de persecución mediática de los protestantes.

Radicando ahí la aplicación de la otra forma de control social como lo es la aplicación de la legislación penal como política de control donde el protagonista es el juzgador y los sujetos pasivos son los protestantes que expresan su inconformidad frente a derechos desatendidos por nuestros representantes, trasladándose a un escenario de juzgamiento o judicialización que se concibe como la posición dominante.

Es así que convenimos con Julio Virgolini (2005) cuando alega que la criminalidad surge de la desobediencia de las reglas del juego que el poder impone, por su parte M. Pavarini (2002) argumenta que en cada reflexión criminológica existe siempre esta preocupación por el desorden social, por la amenaza del poder constituido.

En esa línea, (Llanos, 2015) estos estereotipos se dan en 2 dimensiones: en la denominación estereotipada con que el discurso mediático identifica a los miembros de la protesta o movimiento social y la descalificación de las demandas, acciones o miembros de la protesta social.

El escenario actual refleja que la protesta esta mancillada porque no garantiza el derecho a la libertad de expresión, reunión pacifica que se conciben como derechos de corte individual y colectivo de materializar el derecho a expresar de forma publica opiniones o posiciones respecto de derechos sociales, ambientales o culturales, o afirmar la identidad de ciertos grupos que han sido reconocidos a lo largo de la historia, y como se señaló ‘ut supra’ este ejercicio afianza la democracia, empero el juez que es el llamado a aplicar la justicia aplica un criterio que se aparta de la *ratio essendi* del derecho de protesta y conexos a él.

De acuerdo a la versión abreviada del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2008), los años de violencia política promovieron y contribuyeron a que todo aquel que protestara públicamente o se afiliara colectivamente con fines políticos pudiera ser considerado subversivo y, con ello, ser procesado como presunto terrorista, y en el peor de los casos, condenado a prisión por terrorismo.

Para Foucault (2006) el poder mediático señala que:

“A partir del siglo XVIII se considera a la población como un conjunto de procesos que requiere la necesidad de manejarse a partir de su naturalidad. Se produce un cambio de concepción de la población, la cual ya no era considerada como sujeto jurídico político, sino como objeto de gestión

política para el gobierno, concebido como un cambio de estrategia en el poder de gobernar, el cual ahora, debe enfocarse no solo en la represión corporal, sino en el deseo, ubicado al nivel de la conciencia de los individuos, a partir de esta situación, la estrategia de control era guiada por la gestión del deseo de los individuos que pretendía regular sus hábitos, sus temores y sus prejuicios con el objetivo de que el gobierno sea legitimado y se funde en la voluntad de los propios sujetos, sea cual sea la forma de gobierno”.

Si reparamos en someter a cuestionamiento en la influencia actual por parte del estado en la regulación de los hábitos y temores de la población quien ha creado una sociedad de riesgos, en consideración a que se asienta en base a temores y amenazas, jugando ahí un rol protagónico el poder mediático por la construcción del enemigo social el mismo que considera al protestante, por la difusión parcializada, contaminada, represora, inculpatoria que desde luego legitima el sentimiento de inseguridad de la sociedad lo que ha posibilitado la perpetuidad del control sobre el cuerpo social.

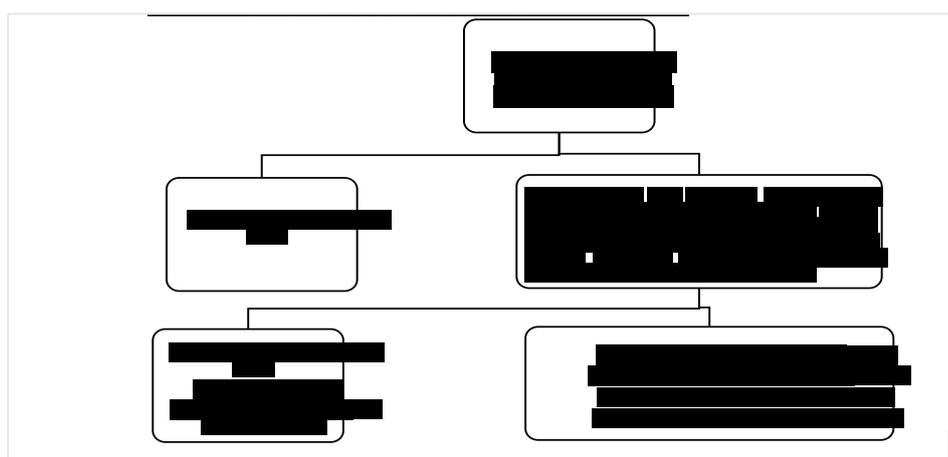
Como podemos advertir, y ya habiéndose dejado asentado que los medios de comunicación son una forma de control social, etiquetando a los protestantes o manifestantes como enemigos de la sociedad, dejando de lado que el ejercicio del derecho de protesta obedece a la exteriorización de la disconformidad y descontento por parte de un colectivo social, ello en defensa de derechos ambientales o para proteger su territorio el mismo que no puede considerarse como un desborde sino como una respuesta violenta organizada por falta de atención inmediata a sus reclamos sociales razones establecidas por la Corte Suprema en la Casación N° 274-2020/PUNO.

Es así que la criminalización mediática del derecho de protesta crea estereotipos frente a los protestantes teniendo implícito un mensaje subliminal discriminatorio y represor frente a este ejercicio constitucional estigmatizando a los participantes y dirigentes, que evidencian solicitudes de aumento y endurecimiento

de penas, mayor represión social, aumento de efectivos policiales y militares para hacerle frente a la protesta, trayendo como consecuencia la homogeneización de las opiniones negativas de los protestantes que por diversas motivaciones ejercen su derecho, *ergo* se manipula la opinión pública utilizando sus posiciones para llevar a estos a la judicialización penal.

Siendo precisamente una de las razones por las cuales nos detuvimos a analizar este punto, el cual consideramos de menester relevancia para entender las razones por las cuales el juez penal no repara en evaluar con mejor criterio los contextos en los cuales se producen las protestas, los derechos reclamados de los protestantes, las instituciones involucradas para tal fin, que como lo hemos señalado *vide ut supra* una de ellas es la Policía Nacional del Perú, es así que al poder mediático lo podemos denominar como una estrategia de dominación que para Zarate, Aragón y Morel (2013) refiere que “Se conjugan así dos fenómenos paralelos: por una parte, la sobrexposición a algunos hechos delictivos específicos que aumenta los niveles de percepción de inseguridad; mientras que, por otra, las respuestas sin resultados aparentes del Estado minan la confianza en las instituciones estatales.”

Ilustración 5. Criminalización mediática de la protesta social.



2.2.3.8. Minimización de la represión de la intervención policial en las protestas

Fuente: Elaboración propia.

Dentro de ese orden de ideas resaltamos lo señalado por Rottenbacher y Schmitz, (2013) cuando evidencia que los Estados considera como una actitud

hostil y criminal las protestas sociales cuya representación es considerada como una amenaza contra la estabilidad y el orden social que los individuos políticamente más conservadores buscan preservar. Donde el protestante recibe la etiqueta de delincuente, y sin ir muy lejos en el tiempo la protesta del 14 de noviembre del 2020 donde Inti Sotelo y Brian Pintado fallecieron la prensa minimizo la represión y la intervención de la Policía Nacional del Perú informando recién la muerte de ambos protestantes al tercer día de haber sucedido no teniendo en cuenta que la referida protesta dejó que dejó al menos 200 heridos, entre ellos 40 periodistas, según ha informado la Asociación Nacional de Periodistas del Perú, ratio en la que se sustenta que la Amnistía Internacional demandó a las autoridades la derogación inmediata de la Ley N° 31012 (Ley de Protección Policial), aprobada en marzo de 2020, por violar el derecho internacional y los derechos humanos, así como dejaba la puerta abierta a la impunidad y al uso excesivo de la fuerza por parte de las fuerzas del orden (Amnistía Internacional, 2020). No es entonces que estamos dentro de una cultura de autoritarismo, violencia y violación de derechos humanos en las protestas.

Como podemos advertir en el orden de ideas que estamos desarrollando no solo tenemos por un lado el tratamiento mediático que se le da a las protestas sociales a través de uno de los controles sociales como lo es los medios de comunicación, sino también la minimización de la *actio dolo* de los efectivos policiales que pudiera considerarse también como la génesis de la criminalización del derecho de protesta.

A la fecha existen 166 muertes sin respuesta, ocurridas dentro del contexto de las protestas ciudadanas en los últimos 17 años. Esta cifra retrata a ciudadanos fallecidos en actuaciones policiales durante diversas protestas sociales desde el gobierno de Alejandro Toledo (2001-2006), donde un 90 % de personas murieron por impacto de proyectiles de armas de fuego o por problemas respiratorios a causa del gas lacrimógeno. Sin embargo, hasta el día de hoy, ninguna autoridad política ni miembros de las fuerzas de seguridad han sido identificados como responsables ni sancionados en estos 17 años, además de que producto de las manifestaciones

muchos han quedado postrados o con discapacidad sin haber recibido alguna reparación civil, ni han sido apoyados por el Estado (Fowls, 2021).

Además, según los registros de la ONG Temblores, durante las protestas han ocurrido 40 casos de víctimas de “violencia homicida” por parte de la fuerza pública y al menos 1956 casos de violencia física, que incluyen 28 agresiones oculares, así como 12 casos de violencia sexual. Es así que, varios agentes de la Policía han sido acusados por la muerte de estas víctimas; a razón de eso, la Policía Nacional comenzó 62 investigaciones disciplinarias en la institución por las que fueron detenidos, hasta ahora, tres uniformados vinculados a la muerte de dos jóvenes baleados durante protestas pacíficas, mientras que, por otro lado, la Fiscalía imputará a varios oficiales por los homicidios de otros tres civiles (Perú21, 2021).

Este escenario y cifras corroboran el uso excesivo e innecesario de la ‘vis’ ejercida contra los manifestantes la misma que se concreta en heridos, fallecidos, detenciones policiales arbitrarias, actos de tortura, personas desaparecidas, entre otras; y no es acaso una representación de la violación de un *numerus apertus* de derechos humanos y constitucionales.

El fenómeno de la criminalización mediática frente a los lamentables hechos presentados en las protestas naturaliza estas muertes e incluso llega a disfrazar a los fusilamientos de enfrentamientos presentándolo como sucesos bélicos contra el crimen, donde el cadáver del fusilado es mostrado como signo de eficacia preventiva, como el soldado enemigo muerto en la guerra asumiendo el discurso de la higiene social, donde en este caso los manifestantes son las heces del cuerpo social (Zaffaroni, 2011).

2.2.3.9. El control social de la policía nacional del Perú, la justicia penal y los medios de comunicación

Prima facie, debemos de establecer que el título de este apartado nos conduce a un solo camino el cual es la represión dada en estos tres escenarios (POLICÍA, PODER JUDICIAL, PRENSA) represión que es consabido se vincula con el derecho penal del enemigo en consideración a que el derecho penal se convierte en una forma de instrumento para la regulación y creación de nuevos tipos penales o dilaciones procesales que se concretan en encierros masivos, donde la criminalidad mediática juega un rol muy importante que hace ver al protestante como el enemigo social y las preguntas en ese extremo serian ¿existe alguna forma de control en el extremo de la racionalidad en el ejercicio del poder mediático?, ¿es legítima la criminalización mediática de la protesta?.

Trayendo a colación una de las tantas protestas que sucedieron en nuestro país como es el de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos protesta realizada por los universitarios que después de agotar las instancias y diálogos con las autoridades universitarias salieron a las calles y denunciaron improvisación del proceso de implementación de los estudios generales, sosteniendo que este proceso solo buscaba cumplir una exigencia de la Ley Universitaria para licenciar su casa de estudios, empero, dicho proceso no reparo en analizar las esenciales problemáticas de dicha casa de estudios (ausencia de aulas, personal y docentes) y no haber previamente recogido y tomado en cuenta la opinión de los estudiantes, desencadenando la toma de la instalaciones de la casa de estudios.

Ahora bien, dentro de ese claro ejemplo de materialización de la protesta debemos reparar que ello atiende a un sustento en consideración a que los estudiantes consideran vulnerados sus derechos y más aún reparemos que no fue un capricho tomar la universidad sino que previamente se agotó los diálogos y las instancias previas frente a la inminencia de riesgo de sus derechos tomaron estas acciones, y no es acaso que en este escenario intervino la policía, la prensa, la justicia, ya que frente a la toma de la universidad el rector solicito el apoyo de las fuerzas policiales iniciándose una persecución penal a un gran número de universitarios a quienes se les promovió imputaciones penales de los delitos de usurpación, daños, disturbios y robo agravado.

Es así que entra en escenario la criminalización de los medios de comunicación, quienes difundieron en su mayoría la noticia etiquetándolos de delincuentes y terroristas, es así que se parcializo el contenido de esta noticia en contra de los estudiantes; y esta no es acaso una realidad a la que se enfrenta cualquier grupo social protestante, teniendo como estrategia el poder mediático a reprimir a cierto grupo social, valiéndose del sentimiento de temor e inseguridad que la población tiene un claro ejemplo es la periodista Magaly Medina quien etiqueto a los estudiantes de la Universidad Nacional San Marcos como “aprendices de terroristas”, no midiendo las consecuencias de pánico y estigmatización que puede generar en la sociedad ya que es consabido que durante el periodo de los 80 nuestro país era víctima de los terroristas quienes sin reparos y piedad asesinaban a la gente.

Dentro de esa línea, no es acaso que los gobiernos estatales frente a esta realidad hacen ver que la represión utilizada por las fuerzas armadas y/o militares se concatenan con la supuesta seguridad pública, por otro lado, parte de esa seguridad también se materializa a través de la justicia penal constituyéndose no solo como una forma de control social sino como poderes sociales que legitiman el camino de su intervención como parte de tranquilidad social. Dentro de ese contexto debemos delimitar los alcances del poder de la seguridad pública, el poder la policía, el poder del juzgador penal y el poder mediático.

Respecto del primero va comprender como una política de defensa instrumentalizada a través del estado con el objetivo de asegurar el orden interno frente a un escenario de violencia llámese social, económica y política.

Por su parte el poder policial se concibe para Díaz Cardona (1988) “La policía es el instrumento cívico del gobierno que cumple la función de prevención del delito y mantenimiento de la seguridad; el poder de policía es la acción del Estado tendiente a limitar por coacción la actividad individual, con el fin de tutelar interés públicos que puedan resultar comprometidos, asimismo que el poder de policía, que interviene ante situaciones que generan la inaplicación de las normas

sociales y la ineficacia de los mecanismos de control sobre los individuos permitiendo el uso de medidas excepcionales contra los derechos individuales de la ciudadanía que se revisten de legalidad para criminalizar actos que en otras circunstancias no serían criminalizados o criminalizar los actos que no convienen a los intereses económico-políticos del grupo de poder hegemónico en la sociedad.”

Por otro lado, la justicia o sistema penal, es un plexo de teorías como lo es la teoría del delito que construye el mismo a través de la concurrencia de una acción típica, antijurídica y culpable; empero lo que nos compete en esta investigación es criticar la criminalización de la justicia penal cuando condena al ejercicio de la protesta social.

Finalmente, el poder mediático debe entenderse como la difusión de información, sub-información y desinformación, donde convergen perjuicios y creencias (Zaffaroni y Bailone, 2017) que muchas veces son parcializados por el grupo económico-político dominante y que logra construir una realidad distinta y paralela cuyo objetivo es la persecución y silenciamiento de ideas y actividades antagónicas a sus intereses, tal y como sucede con la protesta social.

2.2.3.10. Fundamento del poder de represión o castigo a la protesta

No es acaso que para la materialización del poder de represión influye el poder mediático propio de los medios de control denominados medios de comunicación que influyen dentro de la psiquis de la sociedad donde es su mayoría crea estereotipos respecto de la protesta, coexistiendo en esa medida los tres poderes a los que en reiteradas veces hicimos alusión.

Encontramos la ‘ratio’ respecto del poder de castigar en lo que señala Foucault (2012) “El poder de castigar propio de las estrategias de neutralización política del siglo XVI surge en una época de convulsión social, donde la monarquía, para preservar su dominio sobre el feudalismo, logra encontrar una manera de fundamentar su represión contra el grupo social que se oponía a sus intereses, valiéndose de instrumentos jurídicos que legitimaban la aplicación de suplicios y

castigos las expresiones más fuertes del enfrentamiento entre el poder soberano y los condenados sobre los sujetos desprotegidos; para luego adquirir un contenido más humanista que establece una frontera legítima del poder de castigar pero que, sin embargo tenía como objetivo asegurar la buena distribución del ejercicio de poder.”

Reflejando una estrategia de dominio aplicado en un primer momento hacia los súbditos y actualmente a la población. Que para Foucault (2012) “Se advierte una nueva estrategia para el ejercicio del poder de castigar. Y la “reforma” (...) es la prolongación política o filosófica de esta estrategia, cuyos objetivos centrales eran hacer del castigo y de la represión de los ilegalismos una función regular, coextensiva a la sociedad; no castigar menos sino mejor (...) introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social.”

Es así que el poder de represión en el desconocimiento de la libertad del ciudadano de permitirlo contravendría el pacto social, ergo esta libertad se limita pero esta limitación muchas veces supone la vulneración de los derechos individuales, políticos, económicos y sociales de los que se encuentran por debajo de estos poderes, como lo es el derecho de protesta y no es acaso que esta limitación se materializa en una persecución a determinados colectivos o grupos sociales llámese estudiantes, comuneros campesinos, trabajadores, comunidades indígenas, profesionales de las distintas ramas, pobladores *per se*; constituyéndose como un *numerus apertus* a todo aquel grupo que muestre su disconformidad y que exija el verdadero cumplimiento de sus derechos debido a que no se puede controlar su libertad.

Por su parte, la introducción de tipos penales abiertos o delitos de peligro abstracto siendo un ejemplo claro el delito de extorsión, configurado en el artículo 200 del Código Penal peruano, el cual introduce en su última modificación, un párrafo que dista mucho de claridad y concede amplias libertades al juez:

“El que, mediante violencia o amenaza, tomas locales, obstaculiza vías de comunicación 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 otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años”.

Como podemos ver en el desarrollo de este punto la importancia en delimitar la *ratio essendi* del poder de represión que actualmente coexiste con los poderes policiales, judiciales y mediáticos, y no será la influencia copulativa de estos tres poderes lo que afiance más la criminalización del derecho de protesta, en ‘strictu sensu’ esta coexistencia lamentablemente está habilitada por la norma.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

a) Delito: Para Cabanellas, el delito etimológicamente, proviene del latín *delictum*, que refiere a un hecho antijurídico y doloso, sancionado con una pena (2008, p.114).

b) Imputado: Vocablo que deviene del latín *imputare*, cuyo significado es el de atribuir a otro la culpa, delito o acción (Según la Real Academia de la lengua española); por otro lado, Jauchen refiere que más allá de las precisiones correspondientes a cada etapa del proceso, “lo cierto es que la persona que es desde un inicio sindicada como sospechosa, y hasta que se dicta una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, tiene en puridad la calidad de imputado y ésta terminología genérica utilizada, tanto por la doctrina como por la legislación procesal argentina, [lo que] permite englobar todas las anteriores”. (2007, p.16).

c) Criminalización: La criminalización es definida como aquel conjunto de actos sociales, jurídicos, jurídicos y políticos, tendientes a convertir una conducta previamente lícita en ilícita, a través de su proscripción penal, al respecto, Rodríguez Mourullo, expresa que la

criminalización vulnera el principio de última ratio del derecho penal, causando hipertrofia punitiva con fines políticos, desencadenando el llamado “terror penal”, anteponiendo los intereses particulares de determinados grupos ante los valores, y las necesidades sociales (1977, p. 20). De otro lado, la CIDH, señala que la criminalización consiste en la formulación y aplicación de tipos penales a acciones y personas, convirtiéndolas respectivamente en delitos y diluentes, que directa o indirectamente criminalizan o hacen ilegal la labor de defensa de los derechos humanos (2015, p. 49).

d) Judicializar: Según el diccionario de la Real academia de la lengua española, el vocablo judicializar refiere al empleo de la vía judicial como medio para solventar un asunto que podría solucionarse por otra vía, generalmente la política.

e) Ejercicio legítimo: Cabanellas indica que el ejercicio legítimo de un derecho está vinculado a su conformidad con la ley, arreglado a la justicia y la razón (2008, p. 222).

f) Vulneración: Acción y efecto de vulnerar; transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. (Según la Real Academia de la lengua española)

CAPITULO III: MARCO METODOLÓGICO

3.1. HIPÓTESIS

3.1.1. Hipótesis general

El adecuado uso del parámetro convencional y constitucional del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

3.1.2. Hipótesis específicas

El rol oficioso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

El rol difuso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

3.2. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Tabla 2. Operacionalización de variables

VARIABLES	TIPO DE VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	INSTRUMENTO
Parámetro convencional y constitucional	VARIABLE 1	<p>Presenta dos características: es oficioso, es decir que se debe ejercer ex officio ello implica que un juez nacional tiene que llevar a cabo control de convencionalidad aun si las partes no lo han invocado o fundamentado; concibiéndose como un deber objetivo asumido por el estado al firmar y ser parte de un tratado internacional vinculado a los derechos humanos tal como lo es el Perú.</p> <p>Siendo su segunda característica que es de carácter difuso lo cual implica que lo tienen que aplicar y llevar a cabo todos los jueces con independencia de la materia, ámbito geográfico, cuantía, entre otras que determina la competencia judicial, es más con independencia del fuero que desempeñen; ergo, tiene alcance sobre todos los juzgadores en su conjunto. (Corte IDH)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Carácter oficioso. • Carácter difuso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ejercicio ex officio. • Deber objetivo del Estado. • Determinación de la obligación internacional. • Obligación de la justicia de preservar la convencionalidad de oficio. • Aplicación por todos los jueces. • Aplicación de la convencionalidad. 	<ul style="list-style-type: none"> • Guía de análisis documental a casos emblemáticos sobre la protesta social (conflictos sociales) ocurridos en los últimos 20 años en el Perú.
Protestad Social	VARIABLE 2	<p>Protesta social es el “primer derecho” y “el derecho a tener derechos” pues mediante este derecho se puede exigir otros derechos así pues dice que: “Se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo.” (Roberto Gargarella, 2014)</p> <p>La introducción de tipos penales abiertos o delitos de peligro abstracto siendo un ejemplo claro el delito de extorsión, configurado en el artículo 200 del Código Penal peruano, el cual introduce en su última modificación, un párrafo que dista mucho de claridad y concede amplias libertades al juez:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho Individual o colectivo • Expresión de Participación ciudadana. • Expresión de oposición. 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho individual • Derecho colectivo • Participación ciudadana • Oposición de ideas 	<ul style="list-style-type: none"> • Guía de análisis documental a casos emblemáticos sobre la protesta social (conflictos sociales) ocurridos en los últimos 20 años en el Perú.
Rol del Juez	VARIABLE 3	<p>La introducción de tipos penales abiertos o delitos de peligro abstracto siendo un ejemplo claro el delito de extorsión, configurado en el artículo 200 del Código Penal peruano, el cual introduce en su última modificación, un párrafo que dista mucho de claridad y concede amplias libertades al juez:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación del parámetro convencional y constitucional. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación del parámetro convencional y constitucional 	<ul style="list-style-type: none"> • Guía de análisis documental a casos emblemáticos sobre la protesta social (conflictos sociales) ocurridos en los últimos 20 años en el Perú.

Fuente: Creación propia

3.2.1. Identificación de la primera variable

Parámetro convencional y constitucional, presenta dos características: es oficioso, es decir que se debe ejercer ex officio ello implica que un juez nacional tiene que llevar a cabo control de convencionalidad aun si las partes no lo han invocado o fundamentado; concibiéndose como un deber objetivo asumido por el estado al firmar y ser parte de un tratado internacional vinculado a los derechos humanos tal como lo es el Perú.

Siendo su segunda característica que es de carácter difuso lo cual implica que lo tienen que aplicar y llevar a cabo todos los jueces con independencia de la materia, ámbito geográfico, cuantía, entre otras que determina la competencia judicial, es más con independencia del fuero que desempeñen; ergo, tiene alcance sobre todos los juzgadores en su conjunto. (Corte IDH)

3.2.2. Identificación de la segunda variable

Protesta social, es el “primer derecho” y “el derecho a tener derechos” pues mediante este derecho se puede exigir otros derechos así pues dice que: “Se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo.” (Roberto Gargarella, 2014)

3.2.3. Identificación de tercera variable

Rol del juez, la introducción de tipos penales abiertos o delitos de peligro abstracto siendo un ejemplo claro el delito de extorsión, configurado en el artículo 200 del Código Penal peruano, el cual introduce en su última modificación, un párrafo que dista mucho de claridad y concede amplias libertades al juez

3.3. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación es básica o pura, ello en razón al carácter preponderantemente teórico que presenta, el cual permitirá el desarrollo y comprensión de la tutela judicial penal es una garantía contra la criminalización de la protesta social a través del parámetro convencional y constitucional en los conflictos sociales en el Perú.

3.4. NIVEL DE LA INVESTIGACIÓN

El nivel de la investigación es descriptivo, al realizar un análisis de aquellos casos relevantes en cuanto a la protesta social en el Perú, y caracterizarlos a fin de entender el fenómeno como tal. Con un carácter argumentativo, puesto que lo que se pretende es la reflexión académica acerca de la protesta social a través del parámetro convencional y constitucional en los conflictos sociales que se desarrollan en el Perú.

3.5. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación se enmarca dentro de un diseño documental o bibliográfico, puesto que la fuente principal de la que se partirá resulta del estudio documental, doctrinal o teórico, en cuanto las fuentes de consultas serán libros, ensayos y revistas.

3.6. ÁMBITO Y TIEMPO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN

El ámbito en el Perú, y el tiempo social en el que se realiza son los últimos 15 años de protestas sociales, tomando solo aquellos casos que fueron emblemáticos y con consecuencias graves.

3.7. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.7.1. Unidad de estudio

Casos referidos a protestas sociales, tomando solo aquellos que fueron emblemáticos y con consecuencias graves.

3.7.2. Población

Los elementos de los que se va a recoger la información para la investigación son los documentos, entre los que se va a analizar y estudiar libros, revistas, artículos, tesis y otros documentos obtenidos en bibliotecas, repositorios e internet, entre otros; respecto de las protestas sociales más emblemáticas.

3.7.3. Muestra

El tamaño de la muestra de la población estará determinado en función al universo de elementos existentes, pero principalmente dependerá del tipo de investigación que se va a llevar a cabo; por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza descriptiva de esta investigación, por el que hará la indagación de los libros, revistas, artículos, tesis y otros documentos obtenidos en bibliotecas, repositorios e internet el tamaño de la muestra será determinada por el criterio y discreción del investigador.

Respecto del método de muestreo, el investigador ha decidido delimitar deliberadamente el número de elementos contenidos en la población para ello se ha decidido optar por el método de muestreo no aleatorio o no probabilístico, en la modalidad de casos típicos

3.8. PROCEDIMIENTOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

3.8.1. Procedimientos

En la presente investigación se recurrió a diversos métodos de investigación jurídica, que se mencionará a continuación:

- a) Método Exegético: Para el análisis y cuestionamiento de los diferentes dispositivos legales que se relacionan con el tema de investigación.
- b) Método Sistemático: Para la interpretación de manera correlativa y con la finalidad que pueda ser concordante ello en relación a las normas, principios, doctrina, a fin de examinar la problemática del tema que se viene investigando.
- c) Método Dogmático: Para acudir a la doctrina y jurisprudencia, a nivel nacional y comparado, en relación a los objetivos plasmados en la presente investigación.

3.8.2. Técnicas

Considerando la naturaleza de los elementos que conforman las poblaciones de las cuales se va a recabar la información y la información necesaria para esta investigación jurídica, se ha empleado el análisis documental, mediante el análisis teórico de los datos obtenidos, para así extraer, condensar, sistematizar e interpretar las características de los mismos.

3.8.3. Instrumentos

El instrumento utilizado para la presente investigación descriptiva, y de acuerdo a la técnica seleccionada, será la guía de análisis documental.

CAPITULO IV: RESULTADOS

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Conforme a la naturaleza de la investigación, la cual es documental de nivel descriptivo el análisis de los datos se realizó mediante el levantamiento de información tales como documentos, libros, revistas, artículos, tesis y otros obtenidos en bibliotecas, repositorios e internet; respecto de las protestas sociales más emblemáticas realizadas en los últimos 15 años.

4.2. DISEÑO DE LA PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

La investigación presenta como objeto de análisis mediante la guía de análisis documental, a los siguientes casos emblemáticos ocurridos en nuestro país, asimismo se realiza un análisis jurisprudencial.

Tabla 3. Casos emblemáticos referidos a la protesta social

N°	Caso emblemático	Año de ocurrencia
1	Caso El Baguazo	2009
2	Caso Pluspetrol Norte S.A y los pobladores de la comunidad nativa de Andoas	2008
3	Caso Proyecto Minero “Tía María” - Southern Perú Copper Corporation	2009
4	Caso Proyecto de Concesión Minera "Santa Ana"	2011
5	Análisis del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya	2020
6	Caso “Las Bambas”	2015

Fuente: Creación propia

4.3. RESULTADOS

A continuación, se analizarán casuísticas dadas dentro del Perú, destacándose el derecho vulnerado y los mecanismos de criminalización empleados; en el contexto de los parámetros constitucional y convencional, la protesta social y el rol del juez.

4.3.1. Análisis de la sentencia del caso “Baguazo” y la protesta social

El análisis de la presente casuística se encuentra engarzada a la Criminalización de la Protesta Social en tanto tiene una relevancia central dentro del desarrollo de la presente investigación.

Dentro del presente caso se destaca el conflicto entre dos grupos amazónicos y la intervención del poder político, desencadenándose un penoso episodio en Bagua conocido, así como el denominado “Baguazo”.

De la casuística en mención se puede señalar que esta fue dada en el periodo del ex presidente Alan García en el cual de manera lamentable fallecieron treinta y cuatro personas tanto civiles como oficiales de la Policía al verse inmersos dentro de una protesta social en la cual de manera violenta se buscó restablecer el Orden Público como aquella denominada función tutelada por el Gobierno Nacional.

La presente sentencia emitida por la Sala de Apelaciones el 22 de septiembre del 2016 destaca el derecho a la protesta social de manera particular debido a que estos hechos denominados como el “Baguazo” constituyen un hito en la historia del Perú.

El desenlace fatal que terminó con la vida de civiles y policías tuvo como génesis la protesta social suscitada en el año 2009 por parte de dos pueblos indígenas denominados “Wampis” y los “Awajun” quienes se manifestaron por estar en desacuerdo con los 101 decretos legislativos aprobados los mismos que se encontraban relacionados a la ley N° 29157, ley que delega facultades al Ejecutivo para legislar sobre temas relacionados a la promoción comercial, así como las

políticas sobre los territorios que les pertenecían vulnerándose su derecho a consulta previa, entre otros temas que como señala la sala “reducir la interpretación a cierto hechos no permitirá entender lo que ocurrió.”

La presente sentencia emitida por la Sala, sobre exalta directrices importantes sobre el derecho a la protesta social que como bien se señaló en los capítulos anteriores, este derecho no se encuentra expreso de manera explícita, sino que se encuentra inmerso en otros derechos y que se encuentra regulado en instrumentos internacionales, así pues, dicha sentencia realiza en primer lugar un pronunciamiento respecto del derecho a la protesta señalando que es aquella manifestación de inconformidad con alguna situación o medida que afecta un derecho, señala que es la materialización del derecho de libertad de expresión ‘ergo’ citando a Gargarella dice: “es una queja grupal por necesidades insatisfechas”.

De lo antes señalado se puede acotar que este derecho se da en base a situaciones, contextos o circunstancias puesto que es el motivo que justifica que las personas se reúnan y protesten de manera pacífica, lo cual claramente está permitido y regulado en la legislación nacional como lo es en la Carta Magna así pues la sala además señala que es un derecho reconocido a nivel constitucional y en caso de darse en un lugar público debe de tenerse la autorización pertinente, así también indica que en la constitución se prohíbe que la protesta sea llevada afectando la seguridad pública para lo cual deberá se probarse de acuerdo al inciso 12 del artículo 2 de la Constitución el mismo que señala lo siguiente:

“12. A reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas.”

Entonces aunando en el análisis del presente, no existe algún peligro que ponga en riesgo el orden público o la sanidad pública tal como se dispone en la Constitución, pues simplemente se trataba de una protesta pacífica ante la

indiferencia que encontraron dicho nativos en el gobierno, sumado a ello que se levantaron en protesta puesto que se encontraba en peligro sus territorios, debido a los decretos que permitían beneficiar a empresas mineras, petroleras, madereras explotando los recursos naturales que les pertenecían.

La sala también agrega a modo de reflexión que las mayorías tienen como manifestarse de manera formal pero que las minorías no se ven envueltas en dichos mecanismos formales para que atiendan sus decisiones minoritarias en tanto, es pertinente la aplicación de normas de carácter internacional que velen por sus derechos, los protejan y obliguen a los Estados a tener especial consideración para la toma de decisiones.

Dicha sentencia desarrolla el test de proporcionalidad, el cual se da en base a la colisión de derechos como el derecho a la identidad cultural, el fuero especial de las comunidades indígenas, la libertad de expresión, el derecho a la libertad de reunión y el derecho al libre tránsito, respecto de estos derechos fundamentales se puede señalar que bajo este principio se busca proteger el interés constitucional de cada caso teniendo en cuenta la razonabilidad y proporcionalidad aplicando las reglas de idoneidad, necesidad, proporcionalidad en ‘strictu sensu’ o ponderación.

Respecto de la regla de idoneidad, señala la sala que esta mide la afectación del disfrute de un derecho teniendo en cuenta si tiene una finalidad legítima y si es la medida adecuada para alcanzar dicho fin en tanto si cumple estos dos aspectos se señala que es una medida que supera el estándar exigido.

Respecto de la regla de necesidad, la sala advierte que esta determina si la medida sometida al control es la única idónea para alcanzar la finalidad que se pretende aplicándola y si dicha medida implica una afectación mínima a los derechos por tanto si esta medida es única idónea en dicho caso, supera el estándar establecido y lo mismo corresponde si existe una menor afectación al derecho fundamental protegido.

Respecto de la regla de ponderación señala que esta evalúa la importancia de los intereses con rango constitucional en conflicto, dentro de los cuales uno tiene más valor que otro buscando así hacer prevalecer o dar mayor relevancia a un bien jurídico que a otro.

La sala señala que es evidente que los integrantes de los pueblos indígenas al bloquear el libre tránsito lo hayan hecho en relación a su derecho de manifestarse pacíficamente pues al ponderarse este derecho al libre tránsito y la protección de su medio ambiente (bien jurídico colectivo superior) se señala que tomaron una decisión razonable necesaria, adecuada y proporcional pues es una restricción válida o constitucional de un derecho de acuerdo al artículo 89 y 149 de la Carta Magna.

Además, agrega que las protestas de los indígenas se dieron en base a una defensa del territorio que es parte del derecho a la vida como el derecho humano fundamental así pues con la aplicación de un enfoque intercultural acorde a los instrumentos internacionales es que debe de dar el juzgamiento.

Finalmente realiza un pronunciamiento sobre el derecho de protesta el cual fue una manifestación legítima del derecho de libertad de expresión que atendió a las constantes vulneraciones de su derecho a la consulta previa y que se encuentra regulado en el artículo 2 inciso 12 de la Constitución Política de 1993 así como en las normas internacionales. Así pues, dicha sala citando el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señala que:

“Resulta en principio inadmisibles la criminalización también per se, de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y al derecho de reunión. En otras palabras: se debe analizar si la utilización de sanciones penales encuentra justificación bajo el estándar de la Corte Interamericana que establece la necesidad de comprobar que dicha restricción (la criminalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática (...) Es importante recordar que la criminalización podría

generar en estos casos un efecto amedrentador sobre una forma de expresión participativa de los sectores de la sociedad que no pueden acceder a otros canales de denuncia o petición como ser la prensa tradicional o el derecho de petición dentro de los órganos estatales donde el objeto del reclamo se origina. El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad para las personas que utilizan el medio de expresión antes mencionado, tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno como forma de incidencia en los procesos de decisiones y políticas estatales que los afecta directamente.” CIDH (2002)

Otro análisis que se puede dar es el referido a la democracia y la protesta toda vez que el gobierno democrático señala que es aquel de mayorías pero que pierde validez cuando no garantiza los derechos de las minorías así pues la protesta es la materialización de un pluralismo político de acuerdo al pronunciamiento del TC recaído en el expediente N°00030-2005-AI, fundamento jurídico 15.

Esta sentencia destaca el test de proporcionalidad para ponderar el derecho de la protesta social y el uso de la fuerza por parte del gobierno, cabe destacar que estas intervenciones policiales han vulnerado no solo derechos sino también formalidades así pues la intervención para el desalojo de los manifestantes en el lugar conocido como “la curva del diablo” se dio sin la presencia del Ministerio Público y en este preciso momento es que se dieron la mayores afectaciones a la vida de muchos indígenas y efectivos policiales.

Por último, este conflicto se originó por un reclamo por parte de lo Wampis-Awajun el mismo que se venía realizando con anterioridad, así como un gobierno que criminalizó la protesta en tanto la única solución que se encontró fue el desalojo mediante el uso de la fuerza, el mismo que se encuentra conferido en la normativa y en las conductas de los funcionarios los cuales usando esta oportunidad dispusieron los diferentes operativos los cuales condujeron un final trágico. La criminalización de la protesta se dio básicamente porque esta se contrapuso a lo

decretado convirtiéndose en un obstáculo en el desarrollo de la explotación de los recursos naturales de la Amazonia así pues se planteó el uso desmedido de la fuerza por parte del gobierno a través del uso de armas letales de guerra como los llamados fusiles AKM y un mal desarrollo de los operativos policiales dispuestos por el gobierno dejaron víctimas de ambos lados.

Finalmente concuerdo con el Informe dado por la Amnistía Internacional que señala lo siguiente:

“El 5 de junio de 2009 se cometieron graves actos de violencia y violaciones de derechos humanos en la región amazónica del Perú, con un saldo de 33 personas muertas y más de 200 personas heridas. Esta tragedia tiene raíces que se remontan a mucho tiempo atrás. La crisis es fruto de decenios de manifiesta indiferencia de las autoridades hacia los derechos de los pueblos indígenas y discriminación sistemática de los sectores más marginados de la sociedad (...) El Gobierno Peruano no puede seguir pasando por alto los derechos humanos de la población indígena del Perú en nombre del desarrollo”. (Alvarado 2019)

4.3.2. Análisis del caso Pluspetrol Norte S.A y los pobladores de la comunidad nativa de Andoas

En el presente caso, se desarrollan las afectaciones ambientales causadas por Pluspetrol hacia la zona amazónica del Perú así pues se dio un escenario similar al caso antes desarrollado, dentro del cual el ambiente fue el motivo de estas tensiones pues por un lado las comunidades afectadas protestaron por el uso de su tierra y los constantes daños causados obteniéndose como respuesta la criminalización de estas protestas.

De modo general se puede señalar que la presente casuística trata de los pobladores de Andoas (Loreto) quienes iniciaron una manifestación en contra de la Empresa Petrolera Pluspetrol alegándose diversos temas, por un lado, se alega que esta protesta se debió a un reclamo por el aumento de sueldos pues esta empresa se

encontraba vinculada a Graña y Montero, APC, Petrex entre otras empresas reconocidas, pero por otro lado se alega que se debía a un reclamo a fin de proteger su medio ambiente.

Cabe destacar que el presente recurso de nulidad está fundamentado desde diversas perspectivas sin embargo para la presente investigación se toma en cuenta lo relacionado al derecho a la protesta inmerso en esta situación.

Del presente caso, se destaca que la Procuraduría señala que la sentencia advierte erróneamente que el delito de disturbios tendría justificación toda vez que se ha acreditado que los encausados se apoderaron de los vehículos y especies poniendo en riesgo a policial con el único objetivo de obtener un aumento en el salario.

El pronunciamiento de la sala en su numeral III correspondiente a los fundamentos de derecho, en el apartado quinto señala que el número de personas que realizaron el paro fue mínimo y no elevado como señala el acta fiscal, así también cuando señala que el aeródromo estaba tomado por 900 personas pero luego señala que desalojaron a 200 personas así también advierte en base a los videos y fotografías que la cantidad de personas era mínima entre 10 y 20 reclamantes los cuales se encontraban de forma dispersa y no de manera tumultuaria o en gran magnitud es así en base a ello no se ha acreditado de manera fehaciente la concurrencia de más personas más que los encausados controlando la situación del aeródromo así pues la sala señala de manera literal que: “pues no existe lógica al señalar que, ciento veinte miembros policiales pudieron controlar o aproximadamente mil personas armadas”.

De lo antes citado se puede advertir la criminalización de la protesta iniciada por los nativos de la zona estaba conformada por un grupo mínimo de personas lo cual fue acreditado con los medios fotográficos y videos.

Se destaca también el fundamento Séptimo que señala que la finalidad de la protesta era realizar un reclamo en tanto se originó el paro del 21 y 22 de marzo del

2008 así pues, si bien en un primer momento los encausados señalaron que se debió al aumento de sueldos, de manera posterior estos señalaron que se encontraba vinculado a la contaminación de la zona estando así evidenciado el incumplimiento de acuerdos entre la comunidad y la empresa así como otros factores que determinaron el inicio del paro por los nativos de la zona.

La presente casuística declaro no haber nulidad en la sentencia recurrida del 10 de diciembre del 2009 que emitió pronunciamiento de absolucón de la acusación fiscal por el delito de disturbios y otros en agravio del Estado.

Debe precisarse que la absolucón de los cargos de disturbios en dicho caso, se da en razón a que no se ha determinado el elemento constitutivo del delito sobre la reunión tumultuaria, pues no se ha acreditado que existiera un congestionamiento de personas, así mismo ha señalado que el hecho de pertenecer a un grupo social (empresa comunal de contratos nativos) no constituye prueba idónea que acredite la responsabilidad de los acusados.

En base a lo señalado en los párrafos anteriores que son extractos de la sentencia emitida, se puede realizar el siguiente análisis:

En primer lugar, se debe tener presente que el derecho a la protesta se centra en el pleno desarrollo de otros derechos así dentro del presente caso se puede señalar el derecho a la libre determinación que señala que los pueblos indígena tienen la facultad de establecer su condición política así como su desarrollo económico, social y cultural, sin embargo no corresponde que las empresas intervengan en sus asuntos internos sin dar antes un dialogo previo, algún tipo de negociación o participación así pues dentro del presente caso se dio todo lo contrario desarrollándose lesiones a derechos culturales, alteración de la paz social y afectación al medio ambiente. Se criminalizo la protesta social por parte de la empresa Pluspetrol teniéndose a 47 indígenas detenidos posterior a la protesta.

Si bien en la manifestación se tomó el aeródromo de la empresa, así como de vehículos, se destaca que este se realizó bajo un estado de necesidad justificante, así como la protesta realizada fue legítima.

Como se mencionó en capítulos anteriores, esta criminalización de la protesta se mayormente a través de la supuesta configuración del delito de disturbios en ese sentido este tipo penal señala que: “El que, en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada (...)”.

Cabe destacar que el Estado no soluciono estos reclamos sociales y que la solución que planteaba al criminalizar la protesta no es factible en tanto no se puede utilizar el derecho penal como un instrumento para dicha criminalización, no se configuraron los delitos señalados en la ficha informativa del presente y asimismo correspondía la absolución de estos indígenas procesados en virtud del principio de presunción de inocencia al no haber pruebas suficientes.

Finalmente comparto lo señalado por la CIDH (2015):

“La instrumentalización de la justicia penal para amedrentar a defensores de derechos humanos ha sido objeto de denuncia por la CIDH (2015). Algunas de sus características centrales son la imputación de «delitos que están tipificados de una forma amplia y ambigua contrarios al principio de legalidad, o se basan en tipos penales que son anti convencionales y contrarios a los compromisos internacionales en materia de protección de los derechos humanos que han asumido los Estados (...) insuficiencia probatoria, desnaturalización de figuras jurídicas como la instigación, excesiva demora en los procesos e inusitada celeridad en la emisión de órdenes de detención.”

Así pues, el campo jurídico en el presente caso fue un instrumento que se utilizó para criminalizar la protesta social.

4.3.3. Análisis del caso Proyecto Minero “Tía María” - Southern Perú Copper Corporation

El presente caso, se desarrolla en referencia al proyecto minero denominado

“Tía María” en la provincia de Islay, que desato diversas protestas de los pobladores de dicha zona, así pues, se alega el uso de armas letales por parte de la Policía en la manifestación.

La corte se pronuncia sobre el derecho de protesta señalando que es un derecho que implica otros derechos como señala la Constitución pues se vincula al derecho a la libertad de conciencia, libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley, libertad de reunión pacífica y, derecho de huelga. Asimismo, este derecho se encuentra regulado en instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la reunión sin armas.

El colegiado citando al Tribunal Constitucional señala además que:

“(…) En cuanto a la naturaleza de este derecho, este Tribunal considera que se trata de un derecho relacional de libertad y que, como tal, implica la no injerencia del Estado en su ejercicio o realización. (...) Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), 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 del status quo 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 que sea conforme con la Constitución. (...) En principio, este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta (...) Una cosa distinta es que durante la realización de las protestas se desarrollen hechos de violencia. Los autores de los desmanes, actos violentos o delitos deben ser sancionados sin reprimir indiscriminadamente a todos los que participan de la protesta por cuanto la responsabilidad penal es individual y la participación en actos o manifestaciones de protesta constituye un derecho, aun cuando sus pretensiones, reivindicaciones o consignas pudieran resultar profundamente caucásicas o desagradables para otros sectores.” (Tribunal Constitucional 2020)

Señalando pues dicho derecho deber ser protegido por el Estado al ser una expresión o manifestación de participación ciudadana que permite la agrupación de personas para pronunciarse sobre un tema en específico, además el Colegiado señala que:

“Es importante recalcar que el derecho a protestar nos permite pronunciarnos de forma pacífica y sin el uso de armas, defendiendo aquello en lo que creemos o con lo que nos mostramos de acuerdo; en consecuencia, es imperativo dejar de criminalizar las protestas y sus participantes. Razones por las cuales el Estado no puede simplemente reprimir mediante el uso de las fuerzas policiales cualquier acto de este tipo, cuando estos se desenvuelven de forma pacífica, sin recurrir al uso de la violencia o similares.”

Citando a la Comisión Interamericana de Derecho Humanos que señala:

“La criminalización de la protesta social consiste en el uso del poder punitivo del Estado para disuadir, castigar o impedir el ejercicio del derecho de 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 convencional en contra de manifestantes, activistas,

referentes sociales o políticos por su participación en una protesta social, o el señalamiento de haberlas organizado, o por el hecho de formar parte del colectivo o entidad organizadora o convocante.”

Dentro del presente caso, el colegiado advierte que todos los acusados participaron de alguna u otra forma en la materialización de las protestas contra el Proyecto Minero Tía María y que dichas protestas se dieron porque no se estaba de acuerdo con el proyecto minero siendo esta su finalidad formal y evidente del grupo que se formó, conforme se tiene de los propios testigos y conforme también lo ha manifestado el Ministerio Público.

“Conforme a esta finalidad imputada, los delitos de entorpecimiento contra el funcionamiento de los servicios públicos, disturbios, bloqueo de vías, daños a la propiedad, entre otros, no serían aquellos objetivos y/o fines que el FADVT buscaría como finalidad; dado que, si la propia empresa Southern o el Estado por iniciativa propia hubiera suspendido el proyecto Tía María, ninguno de estos hechos imputados como diversos delitos se habrían llevado a cabo; vale decir, ninguno de los delitos individualizados por el Ministerio Público y que también están siendo imputados tendrían razón de ser puesto que la principal razón por la que estos hechos se originaron fue precisamente la realización del proyecto minero Tía María ergo, paralizar, suspender y/o frenar dicho Proyecto Minero Tía María era la finalidad última de la Asociación denominada FRENTE AMPLIO DE DEFENSA DEL VALLE DE TAMBO; y ésta finalidad última no puede ser considerada como la finalidad de la Asociación de cometer varios ilícitos penales como reclama el tipo.” (CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE AREQUIPA 2021)

En base al pronunciamiento citado del colegiado es que se absuelve a los acusados respecto del delito de asociación ilícita para delinquir, extorsión, disturbios respecto de las calificaciones principales.

Realizando el correspondiente análisis, se tiene que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0009-2018-PI/TC, ha establecido claramente que el

ejercicio del derecho a la protesta social puede devenir en la limitación de otro derecho fundamental o la prestación de un servicio. Esta es constitucional siempre y cuando tenga como fin la búsqueda de la protección de un derecho fundamental o bien constitucional. Esto es lo que ocurrió en las protestas de Tía María, pues cuestionaban un proyecto minero que carece de estudios ambientales suficientes para garantizar el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y que afectaría gravemente el desarrollo de las actividades económicas de la zona.

4.3.4. Análisis del caso Proyecto de Concesión Minera "Santa Ana"

La presente casuística se encuentra relacionada al Proyecto de Concesión Minera "Santa Ana", el cual buscaba realizar la exploración y explotación de minerales en los distritos de Huacullani y Kelluyo, escenario que originó una protesta por los pobladores de Kelluyo, Pizacoma y un sector de Huacullani, quienes alegaban los daños al medio ambiente es así que realizaron reuniones entre ellos en la que participaba el pueblo en general con la finalidad de asumir acuerdos en rechazo a la política vinculada a la "inversión minera" asumida por el Gobierno Central.

Las reuniones fueron presididas por Walter Aduviri Calisaya, así pues el 02 de marzo de 2011, más de cinco mil personas reunidas en la Plaza de Armas del Distrito de Desaguadero-Chucuito, abordaron acuerdos para la defensa de los recursos hídricos de la cuenca del Lago Titicaca, respeto a los derechos de la propiedad de la tierra y exigir el cumplimiento del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo así como el acuerdo de no permitir la explotación de mineral de la mina Santa Ana, conformándose para tales fines un comité de lucha.

Los pobladores reunidos y presididos por sus dirigentes acordaron adoptar una medida de protesta denominada "marcha de sacrificio para el 30 de marzo 2011", a fin de que se promulgue la Ordenanza Regional 005-2011, documento que prohibía las concesiones mineras en la región, o de lo contrario pedirían la revocatoria del presidente regional.

El día 26 de mayo del 2011, a las 16:00 pm. un promedio de 15,000 pobladores de la Zona Sur de Puno bloquearon la Avenida El Sol, la carretera Puno-Juliaca impidiendo el libre tránsito de vehículos, formando piquetes de lucha; y, bajo amenazas de saqueo, los manifestantes, obligaron el cierre de los centros comerciales y de abastos, cuyos representantes o propietarios también se vieron obligados a pegar carteles con la inscripción "viva el paro" causando daños a diferentes empresas como la CURACAO procediendo a saquear dicha tienda, sustrayendo, artefactos electrodomésticos y otros así como los manifestantes aimaras, quienes con piedras, palos, fierros, zurriagos, hondas y hasta combustible, en un promedio de 3,000 a 4,000 atacaron las instalaciones de ADUANAS PUNO todo ello de acuerdo a la acusación del Ministerio Público.

La Sala emite un pronunciamiento el mismo que se encuentra contenido en el numeral "2.19.2. ACTUACIÓN DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS Y EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROTESTA EN EL PERÚ." y señala que la extracción de recursos a nivel mundial tiene una incidencia directa sobre la conflictividad social siendo en el Perú, la extracción minera uno de los principales problemas al coincidir dichas extracciones con zonas indígenas así pues estos mediante protestas tratan de proteger sus derechos como es el derecho de la consulta previa sin embargo en la mayoría de casos se reprime a estas comunidades por tener un pronunciamiento contrario en tanto se da la falta de cumplimiento del Estado con los acuerdos pactados.

También señala que el derecho a la protesta se encuentra contenido en otros derechos, así como en instrumentos internacionales, menciona que las movilizaciones sociales se entrelazan al derecho de reunión y libertad de expresión, así como de asociación y derecho de petición en aras que de las comunidades indígenas obtengan un reconocimiento mediante dicha protesta al encontrarse en una situación de desventaja exigiendo el respeto de sus derechos aun siendo minorías.

“La sala señala que la protesta social es una forma legítima de ejercer el derecho de reunión reconocido no solo en nuestra normativa interna sino también internacional, siempre y cuando se realice: i) pacíficamente, ii) sin armas y iii) no afecte otros derechos fundamentales dependiendo cada caso en concreto.”

La casuística materia de análisis, realiza un pronunciamiento especial sobre el límite al derecho a la protesta señalando que como todo derecho no es absoluto, sino que es limitado razonablemente por la afectación a otros derechos así pues señala que:

“los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho a la reunión, deben ser probados. No deben tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios; sino de razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas (...) En consecuencia, es necesario que se deje de criminalizar las protestas y estigmatizar a sus participantes. Por ello, debemos recordar que el derecho a protestar nos permite manifestar ese rechazo pacíficamente y sin armas, nos permite convertirnos en agentes activos dentro de nuestra sociedad y enfrentarnos a aquellos actos que consideramos que, en lugar de defender y respetar la dignidad humana, la vulneran (...) El Estado no puede reprimir ni solicitar autorizaciones previas, ya que tal reacción sería inconstitucional. Por lo que recalcamos que esto no debe confundirse con un ejercicio absoluto y arbitrario, sino que la propia Constitución ha establecido límites, siendo que la protesta pacífica y sin armas se encuentra protegida, más no la violencia, ya sea de los mismos manifestantes o de las fuerzas policiales.”

Ahora bien, respecto de este derecho y el caso ANDOAS señala que se dio una absolución a los acusados por el delito de disturbios toda vez que no existía prueba idónea sobre la reunión tumultuario sin embargo en el presente caso, señala que, si se configura la reunión tumultuaria y la afectación grave a las instituciones

públicas y privadas, es por ello que menciona que las manifestaciones sobrepasaron, su derecho de petición, reunión y expresión al lesionar otros bienes jurídicos tutelados.

4.3.5. Análisis del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya

La presente se encuentra relacionada a la casuística anterior puesto que al ser declarado infundado su recurso de apelación otorgándosele la calidad de coautor no ejecutivo por la comisión del delito de disturbios es que su defensa interpone recurso de casación en la cual se emite un fallo que confirma la sentencia de primera instancia condenándolo, reitero, como coautor no ejecutivo empero se revocó la pena de seis años a la pena de cuatro años de privación de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años.

La presente casuística se centra en caso antes analizada en tanto se trata pues del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya. La Corte señala en su fundamento de derecho – Quinto que, el material probatorio más allá de toda duda razonables señala que los disturbios se dieron dentro de las protestas de la comunidad aimara que vieron sus derechos y necesidades insatisfechas en tanto se encontraban en desacuerdo con la actividad minera que acepto el Estado es así que Aduviri en su calidad de presidente inicia dichas protestas. Señala que queda demostrado con las pericias, videos y demás que se dieron medidas violentas utilizando fuego así también que quienes realizaron esto fueron pobladores de localidades aledañas.

Advierte en su fundamento sexto que, las protestas tenían una base social pues se trataba de un reclamo por razones del medio ambiente y del territorio de quienes vivían en la zona donde se pretendía realizar la actividad minera pues estas personas no fueron consultadas previamente así pues las autoridades aceptaron los reclamos que originaron la protesta.

La Sala señala que se dio un conflicto de derechos en tanto se encuentran:

“Los derechos a la libertad de expresión, reunión, identidad cultural, petición y a un medio ambiente equilibrado y adecuado versus el derecho al libre tránsito, a la salud y a la propiedad de las personas, en concordancia con el deber de todas ellas de respetar la Constitución y el ordenamiento jurídico y el deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y, asimismo, de promover el uso sostenible de los recursos naturales y afianzar la justicia.”

“lo sucedido el día veintiséis de junio de dos mil once por la cantidad de personas que intervinieron, por su actitud agresiva, por los numerosos bienes inmuebles y muebles afectados, y por los medios utilizados revela, primero, que se cometió un delito de disturbios, por lo que sus intervinientes merecen reproche penal –no se trató, desde luego, de interrupciones accidentales, como acotó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos–; y, segundo, que la sistematicidad de los ataques a la propiedad pública y privada, y el hecho que se asaltaran no solo locales del gobierno, sino de entidades de control (...) en virtud, estos hechos no pueden calificarse como un mero “desborde” incontrolable de determinados manifestantes y ajeno a la dirigencia, sino como una respuesta violenta organizada, más allá de que medió, en su base causal, una falta de atención inmediata y acorde con lo solicitado de parte del Estado.”

Así pues, citando la sala al tribunal europeo señala que la presencia de interrupciones accidentales en una manifestación no convierte a dicha manifestación en una “no pacífica” así pues tampoco la presencia de agitadores la transforman en una reunión violenta sin embargo agrega que aquel que ha llevado un comportamiento violento debe merecer un reproche penal así pues no agrega ni quita nada al valor que merece el derecho a la protesta.

4.3.6. Análisis del Caso Denominado “Las Bambas”

La presente casuística se da a raíz del paro indefinido del 25 de septiembre del 2015 a razón de que las comunidades no fueron informadas sobre las

modificaciones al Estudio de Impacto ambiental del proyecto minero denominado “Las Bambas”, produciéndose la muerte de tres manifestantes, 23 personas heridas (15 civiles y 8 policías) y la detención de 21 personas manifestantes, 19 de las cuales fueron inmersas en un proceso judicial.

En el presente caso, el Ministerio Público acusó a 19 comuneros por la comisión del delito de tenencia ilegal de armas, producción de peligro común con medios catastróficos, disturbios y daños, teniendo como resultado la absolución por parte del Juzgado Unipersonal de Cotabambas pues no se acreditó de manera fehaciente con medios probatorios la comisión de estos delitos.

Es menester señalar que la sentencia reconoce el derecho a la protesta social a través del pronunciamiento del T.C que señala que es un derecho constitucional contenido en el artículo 2, inciso 12 de la Carta Magna, pues así el juzgado menciona que: “protestas del 2015 eran legítimas, en la medida que buscaban que se proteja derechos constitucionales como al medio ambiente, territorio, consulta entre otros, ejercido por los comuneros defensores y defensoras ambientales y territoriales”

“Los comuneros manifestantes fueron detenidos en el marco de la protesta, trasladados al interior del campamento minero Las Bambas, y en el parte policial la policía consigna que la mayoría de ellos fueron detenidos por ser encontrados “en actitud sospechosa”.

Dos de ellos, Edward Brandon Quispe Ccuno y Javier Mamami Coaquira, son acusados de haber sido encontrados con armas y explosivos. Se indica como prueba unas supuestas actas de intervención e incautación, las mismas que habrían sido levantadas bajo un procedimiento absolutamente irregular pues conforme la defensa, no coinciden en las horas, fueron levantadas no en el acto sino al interior del campamento minero y, aunque en el acta aparece la firma de la fiscalía, esta no estuvo presente al momento de la supuesta incautación). Estos dos procesados señalaron desde un primer momento que la policía los torturó (constan certificados médicos de ello) y les habría sembrado dichas armas. Edward Brandon señala que

la Policía le colocó el arma de fuego, y que incluso lo obligó a percutar la misma para luego realizarle una pericia de absorción atómica.” (FIDH,2019)

Este caso es el reflejo de la ausencia de respuesta del Estado peruano a los reclamos de la población afectada por estos proyectos en el corredor minero así pues cuando el 29 de septiembre el Gobierno Peruano declara en estado de emergencia por treinta días las provincias de Cotabambas, Grau, Andahuaylas, Chincheros (Apurímac), junto con Espinar y Chumbivilcas (Cusco), en tanto la militarización de dichos territorios, y la suspensión de derechos fundamentales relacionados a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y libertad de reunión trae como consecuencia que la población se vea afectada vulnerándose sus derechos sin motivos justificados.

Las irregularidades y vulneración al principio de legalidad identificadas en el presente caso ponen de manifiesto la conexión entre los diferentes agentes estatales y particulares que, dando prioridad a sus intereses políticos y económicos, vulneran los derechos de defensores en un intento por acallar sus voces y las de su comunidad y por paralizar sus labores mediante la criminalización de las protestas.

4.3.7. Análisis jurisprudencial

Caso Huilca Tecse Vs. Perú

El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado peruano por la ejecución extrajudicial de Pedro Crisólogo Huilca Tecse producto de una operación de inteligencia militar, así como la ineficacia de las autoridades e instituciones nacionales para investigar estos hechos y sancionar a los responsables. En este caso, se vieron vulnerados los siguientes derechos, derecho a la integridad personal, derecho a la vida, derecho sindical, garantías judiciales y procesales, libertad de asociación, protección judicial, responsabilidad internacional del Estado. Los hechos del presente caso se contextualizan en el marco del conflicto armado peruano, donde los integrantes del grupo Colina, compuesto por miembros del Ejército, cometieron una serie de violaciones a los derechos humanos como

parte de una política antisubversiva que se extendió a la eliminación de personas que eran percibidas contrarias al régimen. Pedro Huilca Tecse era secretario general de la Confederación General de Trabajadores del Perú y participó durante muchos años como activista político y sindical. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2004)

Tribunal Constitucional Expediente N°00009-2018-AI/TC

Además de la inconstitucionalidad en la tipificación del delito de extorsión, los demandantes solicitaron al TC con base a una serie de argumentos jurídicos emitir una sentencia interpretativa manipulativa, que adecúe el artículo 200 a la Constitución y a los estándares internacionales de derechos humanos en materia de derecho a la protesta. De tal manera, este delito dejaría de ser una amenaza al derecho a la protesta y a sus derechos conexos, como son la libertad de opinión, libertad de reunión, derecho a la participación política, libertad de petición, entre otros.

Formalmente el TC declaró infundada la demanda, pues no llegó a reunir 5 votos para declarar la inconstitucionalidad del artículo 200. Tuvo 4 votos favorables y 3 desfavorables. No obstante, materialmente, el TC hizo una interpretación en extenso del artículo 200 (fundamento 98), con la finalidad de cerrar cualquier posible aplicación de esta norma en contra del derecho a la protesta. Pero, además, desarrolló el contenido del derecho de este derecho, de tal manera que sea exista un límite para posibles interpretaciones restrictivas e inconstitucionales del delito.

Pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la protesta social

El TC ha reconocido el derecho fundamental a la protesta social como un nuevo derecho en la Constitución, el cual es digno de protección constitucional.

El fundamento para reconocer este derecho es la crisis entre la democracia representativa y los representados. Es en este quiebre que urge la necesidad de un reconocimiento y garantía de la protesta de manera legítima para concretarse en una

expresión de la soberanía popular. Agrega el TC que la protesta se convierte en un auténtico mecanismo de expresión y reivindicación de las minorías que no logran ser representadas por el Estado (fundamentos 72 y 73). Esta crisis hace que el TC reconozca a este derecho como un derecho fundamental no enumerado, y se refiere a su garantía jurisdiccional -en caso de violación o amenaza- través del proceso constitucional de amparo (fundamento 75). A partir del fundamento 77 de la sentencia, el TC desarrolla la naturaleza, la titularidad, el contenido, los límites y la relación de este derecho fundamental con otros derechos humanos.

De alguna manera, esta sentencia ha decidido dotar de protección constitucional a un derecho que, hasta ahora, solo había sido reconocido de forma previa en la sentencia del Baguazo por la Sala Penal de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua y en el reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denominado “Protesta y derechos humanos”.

En definitiva, lo que ha hecho el TC es reconocer que el derecho a la protesta forma parte de la Constitución, de las normas constitucionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, del parámetro de control constitucional, de las normas fundamentales que regulan el pacto político. Además, al ser parte de la Carta Política, tiene protección constitucional, es decir, tiene una protección jurídica reforzada susceptible de ser defendida a través de los procesos constitucionales.

Finalmente, ha reconocido el derecho fundamental a la protesta, de forma autónoma, es decir diferente a los demás derechos conexos como el de la libertad de reunión, el derecho a la opinión, el derecho a la huelga. Esto lo podemos encontrar en el fundamento 82. Adviértase que este reconocimiento no lo está diciendo un juzgado o tribunal más, sino el máximo órgano jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, y último y definitivo intérprete de la Constitución (el TC), está incorporando un nuevo derecho a la Constitución Política y al ordenamiento constitucional, el derecho a la protesta. En relación con el contenido del derecho a la protesta el TC señala en el Fundamento 82 que:

“Con relación a su contenido constitucionalmente protegido, este derecho comprende la facultad de cuestionar, de manera temporal o periódica, esporádica o continua, a través del espacio público o a través de medios de difusión (materiales, eléctricos, electrónicos, virtuales y/o tecnológicos), 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 del status quo 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 que sea conforme con la Constitución.” (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 2020)

Es así que, el TC tiene la posición de que el derecho a la protesta está dentro de los principios de soberanía popular, libertad de expresión de las minorías y de pluralismo en sus manifestaciones políticas, ideológicas, de pensamiento y creencias.

4.4. PRUEBA ESTADÍSTICA

Conforme al nivel de la investigación usado y al ser de tipo documental, no fue necesario el uso de prueba estadística.

4.5. COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

4.5.1. Hipótesis específica 1

El rol oficioso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

La primera hipótesis específica ha sido desarrollada en la parte final de los resultados, conforme al análisis jurisprudencial realizado. Por lo que se tiene que la protesta social ha sido un derecho que se encuentra amenazado por la criminalización, en ese sentido, los otros derechos como la libertad de expresión y opinión se encuentran en peligro.

Las constantes controversias dentro del territorio nacional peruano, han destacado no solo por grandes multitudes que se concentran a fin de levantar su voz sino porque estas reuniones han sido reprimidas señalándose la configuración de supuestos delitos que atentan contra el orden público, dicho de ese modo, se ha dado la criminalización de del derecho de la protesta social.

Si bien hemos podido notar a través del análisis de los casos que existen vicios en relación a la identificación de sucesos delictivos donde se han presentado las intervenciones de las fuerzas de seguridad al momento de interpretar los supuestos que legitiman su acción preventiva o represiva. Por lo que las diversas instituciones como el Poder Judicial, deben, de intervenir de manera primigenia, y evaluar si dicho hecho es considerado como ilícito. Por lo que, si no existe un acto delictivo, las fuerzas de seguridad no deberían actuar vulnerando derechos de un particular. Entonces, si las fuerzas de seguridad consideran con manifiesto error que una reunión es ilícita e intervienen, se trata, sin más, de una interferencia prohibida sobre ese derecho.

Así también, el pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que la criminalización de las defensoras y defensores de derechos humanos a través del uso indebido del derecho penal no es más que una manipulación del poder punitivo que tiene el Estado con el único objetivo de obstaculizar sus labores de defensa y así impedir el ejercicio legítimo de su derecho a defender los derechos humanos. Así pues, el objetivo de esta manipulación del sistema penal es deslegitimar y detener la actuación del individuo que ha sido acusado, y así paralizar o debilitar sus causas.

Además, a medida que las protestas sociales se intensifican, ello hace que crezca la tensión y contradicción del modelo de estado de derecho como es el Estado Peruano. Esas circunstancias no pueden ser pasadas por alto en una coyuntura como la actual en la que ha caído ostensiblemente el poder adquisitivo de los salarios y comienza a crecer aceleradamente el desempleo. Esas circunstancias hacen previsible un escenario de conflictos sociales creciente como lo planteamos al comienzo. En esa coyuntura se verá hasta qué punto la huelga, la protesta, el piquete pueden modificar las condiciones de derecho o derivan en represión o criminalización.

Por lo que se tiene por sustentado por nuestras fuentes doctrinarias que el parámetro convencional y constitucional respecto de los conflictos sociales evita la criminalización de la protesta social, además que se debe proteger los derechos humanos, confirmando la hipótesis ya planteada.

4.5.2. Hipótesis específica 2

El rol difuso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

De la jurisprudencia analizada en este trabajo de investigación, se puede demostrar que respecto de los análisis de las sentencias, se ha tenido en cuenta diversos criterios adoptados por los instrumentos internacionales en aras de cautelar los derechos de los pueblos indígenas, donde hemos podido observar en algunos casos que la Sala realizó una interpretación minuciosa destacando sobre todo las constantes manifestaciones, así también esta importante sentencia destaca la diferencia cultural como una garantía tomada en cuenta en referencia al principio del debido proceso pues este criterio permite que no se haya aplicado una justicia ordinaria.

La sala al emitir pronunciamiento sobre el derecho a la protesta toma en cuenta el derecho de libertad de expresión y de reunión sin embargo este derecho a

la protesta advierte que tiene un rango constitucional y su desarrollo implica pues el ejercicio de otros derechos en tanto la constitución en el artículo 2 inciso 12 señala reunirse pacíficamente sin armas, frase que resume la finalidad de la protesta de los pueblos indígenas ante las normas aprobadas que afectaban sus territorios, medio ambiente, vulneración de la consulta previa, entre otros.

La criminalización de las defensoras y defensores de derechos humanos a través del uso indebido del derecho penal consiste en la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el objetivo de obstaculizar sus labores de defensa y así impedir el ejercicio legítimo de su derecho a defender los derechos humanos. La manipulación del sistema de justicia penal tiene por finalidad deslegitimar y detener la actuación del individuo que ha sido acusado, y así paralizar o debilitar sus causas.

Los procesos de criminalización por lo general inician mediante la interposición de denuncias infundadas o denuncias basadas en tipos penales no conformes con el principio de legalidad, o en tipos penales que no cumplen con los estándares interamericanos atendiendo a las conductas que castigan. En muchas ocasiones, el inicio de estos procesos penales se ve precedido por declaraciones estigmatizantes por parte de funcionarios públicos, tienen una duración indefinida, y son acompañados por la aplicación de medidas cautelares con fines no procesales con el fin de afectar a las y los defensores en momentos cruciales para las causas que defienden.

Por ello, se encuentra sustentado que el juez penal en los casos bajo su conocimiento debe aplicar estos parámetros constitucionales y convencionales a fin de evitar evita la criminalización de la protesta social en casos legítimos, y por tanto confirmando la hipótesis expresada.

4.5.3. Hipótesis General

El adecuado uso del parámetro convencional y constitucional del juez penal evita la criminalización de la protesta social.

De la verificación y confirmación de las hipótesis específicas, y del análisis realizado en el presente trabajo de investigación, ha quedado evidenciado que, se requiere que el contexto corresponda a una reunión tumultuaria es decir que esta reunión sea desordenada, violenta o confusa ocasionando daños a la propiedad pública o privada. En ese sentido dentro del presente caso no se ha configurado este tipo penal pues la protesta fue legítima enmarcándose dentro de la Constitución así pues la sala señala que: “el hecho de haber utilizado en la ocupación de la pista de aterrizaje del aeródromo (...) 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.”

Ahora bien, se alega el delito de motín el cual es configurado cuando un grupo de personas pretende que un funcionario realice cierta acción, pero las protestas dadas no tenían esa finalidad, sino estas protestas buscaban que los funcionarios cumplan sus funciones establecidas en la norma pues debían de evaluar la viabilidad del proyecto minero lo cual solo constituye una manifestación democrática amparada en el derecho de participación.

Cabe destacar que si bien estas protestas atentaron bienes públicos y privados se debe de individualizar a los responsables y sancionarlos penalmente lo cual está claramente amparado por ley, pero no se puede criminalizar como por ejemplo la protesta del valle de Tambo y, por lo tanto, recurrir al derecho penal no debe ser considerado como un medio para reprimir las manifestaciones de una población pues ello es contrario a la democracia.

Siendo ello así, de lo expuesto anteriormente podemos arribar que los motivos expuestos en el presente trabajo y conforme a la verificación de las hipótesis específicas, la hipótesis general ha sido confirmada.

4.6. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

En cuanto a la discusión de los resultados, corresponde contrastar los mismos con los antecedentes previos de la investigación y la doctrina existente respecto del objeto del estudio, así tenemos que José Saldaña (2014) quien concluye que estas investigaciones no garantizan el dictado de medidas como la prisión efectiva, ya que solo las investigaciones se dan por delitos de disturbios, entorpecimiento del funcionario de servicios, públicos, lesiones, rebelión, entre otros, todos estos delitos se suponen con penas privativas de libertad de varios años, en donde se señala que posiblemente se puede comenzar una amenaza diferida o potencial a la libertad personal de los investigados, lo cual constituye una forma de criminalización de la protesta, ello aunado al uso indiscriminado de la violencia como forma de represión en dicho conflicto social.

Esto trae a colación los resultados expuestos respecto del caso “Baguazo” en donde la sentencia emitida por la Sala, sobre exalta directrices importantes sobre el derecho a la protesta social que como bien se señaló en los capítulos anteriores, este derecho no se encuentra expreso de manera explícita, sino que se encuentra inmerso en otros derechos y que se encuentra regulado en instrumentos internacionales, así pues, dicha sentencia realiza en primer lugar un pronunciamiento respecto del derecho a la protesta señalando que es aquella manifestación de inconformidad con alguna situación o medida que afecta un derecho, señala que es la materialización del derecho de libertad de expresión ‘ergo’ citando a Gargarella dice: “es una queja grupal por necesidades insatisfechas”. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

Tenemos de igual forma a Leoncio Yupanqui (2018), quien considera que la existencia de una política criminalizadora de la protesta social, bajo el paradigma del derecho penal del enemigo, en razón a la defensa de sus intereses de clase, a través de medios legales e institucionales, es específico en el caso de su líder, Washington Bolívar Díaz, procesándolo por un delito con tipo abierto, por las reclamaciones de los derechos ambientales (recursos forestales territoriales).

Al respecto tenemos el caso Pluspetrol vs. los pobladores de la comunidad nativa de Andoas, en donde el Estado no soluciono estos reclamos sociales y que la solución que planteaba al criminalizar la protesta no es factible en tanto no se puede utilizar el derecho penal como un instrumento para dicha criminalización, no se configuraron los delitos señalados en la ficha informativa del presente y asimismo correspondía la absolución de estos indígenas procesados en virtud del principio de presunción de inocencia al no haber pruebas suficientes. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

Manuel Ugarte (2017) sobre la gestión del conflicto minero ambiental señala que este incrementó su escalada debido a la política de represión y criminalización de los actores sociales en el gobierno de Alan García, y la persecución judicial de sus líderes, lo que acentuó la percepción de parcialización del Estado en favor de la minera convirtiéndose en un factor nuevo de conflicto.

Sobre el caso Tía María, la corte se pronuncia sobre el derecho de protesta señalando que es un derecho que implica otros derechos como señala la Constitución pues se vincula al derecho a la libertad de conciencia, libertad de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley, libertad de reunión pacífica y, derecho de huelga. Asimismo, este derecho se encuentra regulado en instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la reunión sin armas. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

En este contexto Sergio García Ramírez como juez de la CIDH propuso el concepto de control de convencionalidad el mismo que fue desarrollado en otros votos particulares del Juez Ramírez, finalmente adoptado por la CIDH en el año 2006 en el caso famoso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, el mismo que trataba de lo siguiente: Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor y dirigente gremial, fue ejecutado a los 42 años por carabineros el 16/set/1973, convirtiéndose en una de las víctimas de la dictadura militar en Chile.

El caso proyecto concesión minera Santa Ana, al respecto la Sala emite un pronunciamiento y señala que la extracción de recursos a nivel mundial tiene una incidencia directa sobre la conflictividad social siendo en el Perú, la extracción minera uno de los principales problemas al coincidir dichas extracciones con zonas indígenas así pues estos mediante protestas tratan de proteger sus derechos como es el derecho de la consulta previa sin embargo en la mayoría de casos se reprime a estas comunidades por tener un pronunciamiento contrario en tanto se da la falta de cumplimiento del Estado con los acuerdos pactados. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

Roberto Gargarella (2014) señala que la protesta social es el “primer derecho” y “el derecho a tener derechos” pues mediante este derecho se puede exigir otros derechos así pues dice que: “Se trata de un derecho que nos ayuda a mantener vivos los restantes derechos. Sin un robusto derecho a la protesta, todos los demás derechos quedan bajo amenaza, puestos en riesgo.”

El Tribunal Constitucional Peruano el 7 de diciembre del año 2005 se pronunció sobre el derecho a la reunión, este fue señalado como un derecho fundamental protegido a nivel constitucional que consta de elementos subjetivos tal como se manifiesta en el fundamento jurídico octavo, temporales, finalista y reales o espaciales y de eficacia.

Finalmente, tenemos el caso las bambas, el Ministerio Público acusó a 19 comuneros por la comisión del delito de tenencia ilegal de armas, producción de peligro común con medios catastróficos, disturbios y, daños, teniendo como resultado la absolución por parte del Juzgado Unipersonal de Cotabambas pues no se acreditó de manera fehaciente con medios probatorios la comisión de estos delitos, el caso es el reflejo de la ausencia de respuesta del Estado a los reclamos de la población afectada por estos proyectos en el corredor minero así, en tanto la militarización de dichos territorios, y la suspensión de derechos fundamentales relacionados a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y libertad de reunión trae como consecuencia que la población se vea afectada

vulnerándose sus derechos sin motivos justificados. Por ello las irregularidades y vulneración al principio de legalidad identificadas en el presente caso ponen de manifiesto la conexión entre los diferentes agentes estatales y particulares que, dando prioridad a sus intereses políticos y económicos, vulneran los derechos de defensores en un intento por acallar sus voces y las de su comunidad y por paralizar sus labores mediante la criminalización de las protestas. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

CONCLUSIONES

PRIMERA: Respecto del objetivo general se concluye que frente a una causa penal derivada del ejercicio del derecho de protesta social concebido y reconocido no solo en nuestro máximo ordenamiento legal que es la Constitución sino también este reconocimiento deviene de lo amparado por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; en ese sentido al ser el Perú parte de la Convención Americana de Derechos Humanos y haber ratificado sendos tratados de la misma naturaleza; ello implica la asunción de un deber no solo de someternos a la jurisdicción de la CIDH sino de aplicar su jurisprudencia los mismos que se conocen como los parámetros de convencionalidad o control de convencionalidad; donde los derechos humanos tienen carácter tuitivo y los jueces que resuelvan causas con tal connotación deben amparar su ejercicio por la naturaleza del mismo.

SEGUNDA: Respecto del primer objetivo específico se debe tener presente el sometimiento del Perú no solo a la competencia de la CIDH sino también a su jurisprudencia en el entendido de que esta figura no es consecuencia de una norma sino de la marcada jurisprudencia de la CIDH.

TERCERA: Respecto del segundo objetivo específico dentro de un escenario del ejercicio del derecho de protesta como derecho humano el mismo que muchas veces es criminalizado ante los tribunales penales este debe atenderse en merito a las dos características de los parámetros de convencionalidad en cuanto es de oficio y difuso; que implica que el hecho de que no sea fundamentada o invocada esta debe ser aplicada, así también se concibe como una obligación de todos los jueces sin excepción por materia, territorio, es más debe ser cumplido por cualquier autoridad que vea involucrados derechos humanos.

RECOMENDACIONES

ÚNICA: Ampliamente se ha desarrollado la *'ratio essendi'* de los parámetros de convencionalidad el mismo que ha sido creado por la jurisprudencia de la CIDH en los casos analizados *'ex ante'*, empero, dentro de nuestra legislación al ser el Perú un estado que ha ratificado diversos acuerdos en relación a los derechos humanos deben de tener presente todas las autoridades no solo los que administran justicia en materia penal ya que como hemos podido advertir los derechos humanos involucra todo un plexo de derechos; que deben de tener presente el carácter oficioso y el carácter difuso del control de convencionalidad en ese sentido; frente a un escenario de supuesta comisión de delitos penales vinculados al ejercicio del derecho de protesta social como derecho humano, como derecho constitucional esta jerarquía debería ser observada frente u otros ordenamientos jurídicos de rango inferior como lo es el Código Penal considerado como *ultima ratio* en consideración a que este derecho lleva consigo diferentes sentimientos y sensaciones de reclamar a las autoridades lo que convengan a intereses colectivos, máxime que la misma CIDH define a la protesta como una forma “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación, a modo de ejemplos, pueden mencionarse la expresión de opiniones, visiones o perspectivas políticas, sociales o culturales; la vocalización de apoyo o crítica relativas a la denuncia de un problema público; la afirmación de la identidad o visibilización de la situación de discriminación y marginalización de un grupo” (CIDH, 2019) ergo, es una forma legítima de no solo para hacer efectivo el ejercicio del derecho a la libertad de expresión sino también a la libertad de asociación y reunión, en esa línea, la única forma de garantizarlo es aplicando por sobre todo la primacía del ejercicio de los derechos humanos frente a normas de rango menor como lo es el Código Penal correspondiendo así esta aplicación a las autoridades competentes para cada caso en concreto las mismas que tienen la obligación de realiza este control de convencionalidad.

REFERENCIAS

- Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. Informe sobre el derecho a la libertad de asociación y reunión en Bolivia, Ecuador y Nicaragua. Julio de 2013. <https://bit.ly/3CYoFNM>
- Artese, Matías. Cortes de ruta y represión: la justificación ideológica de la violencia política entre 1996 y 2002. Buenos Aires: Eudeba, 2013.
- Asamblea General de la ONU. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- Bertoni, Eduardo. ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina. Buenos Aires: Universidad de Palermo., 2010.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. 7 de marzo de 2006. <https://bit.ly/3VO1HSg>
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Protesta y Derechos Humanos. e Open Society, 2019.
- Comisión Presidencial Coordinadora De La Política Del Ejecutivo En Materia De Derechos Humanos - COPREDEH . DECLARACIÓN UNIVERSAL - versión comentada. 2011. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>.
- Comisión Presidencial Coordinadora De La Política Del Ejecutivo En Materia De Derechos Humanos - COPREDEH. pacto internacional de derechos civiles y políticos - Versión comentada. 2011. <http://www.aprodeh.org.pe/documentos/marconormativo/legal/Pacto-Internacional-de-Derechos-Civiles-y-Politicos.pdf>.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 14 de julio de 1992. 1992. <https://ramajudicial.gov.co/>.

Corte Europea de Derechos Humanos. Gulizar Tuncer vs. Turquía. 8 de febrero de 2011. <https://bit.ly/3SqOHZ8>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. «La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos» 1985. <https://bit.ly/3z1ap5S>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. 31 de diciembre de 2009. Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. 5 de Julio de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_150_esp.pdf.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. 29 de Julio de 1988. <https://bit.ly/3SjDr7v>

Corte Superior de Justicia de Amazonas. «Exp.00194-2009.» 22 de septiembre de 2016. <https://bit.ly/3VPritX>

Corte Superior de Justicia de Arequipa. 29 de enero de 2021. <https://iuslatin.pe/caso-tia-maria-presentan-recurso-de-casacion-contrasentencia/>

Cuba, José, y Jorge Portocarrero. «La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú.» Derecho PUCP, 2017.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1948. <https://bit.ly/3z2o6Bu>

Defensoría del Pueblo. Pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo en relación con la Ley N° 30151. 14 de enero de 2014.

Ficha Técnica: Huilca Tecse Vs. Perú. 12 de marzo de 2004.
<https://bit.ly/3gwE94k>

Gamarra, Ronald. «Libertad de expresión y criminalización de la protesta social.»
183-209. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Gamarra, Ronald. «Libertad de expresión y criminalización de la protesta social.»
183-308. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.

Gargarella, Roberto. El derecho a protestar: La violencia no puede ser la excusa
para cuestionar una libertad fundamental. 20 de mayo de 2014.
https://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html.

INCLO, International Network of Civil Liberties Organizations -. Octubre de 2013.
Izquierdo, Pedro. La criminalización de la protesta social como forma de
restricción de la libertad de expresión en el sistema constitucional y penal
peruano. 15 de octubre de 2018. <https://bit.ly/3MXb7H1>

Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, 27 de febrero de 2006,
OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, Capítulo V, “Las Manifestaciones Públicas
como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión”. 2006.
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>

Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos
en las américas. 7 de marzo de 2006. <https://bit.ly/3Sid3Lq>

Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. 30 de
diciembre de 2009. <https://bit.ly/3sAS8Jf>

Municipalidad Metropolitana de Lima. Confederación General de Trabajadores del
Perú – CGTP. s.f. <https://bit.ly/3Tq9rYW>

ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH). 10 de septiembre de 2010.
<https://www.refworld.org/es/docid/532ab98e4.html>.

- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. s.f.
- ONU: Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. 16 de diciembre de 1966. <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>.
- Organización de los Estados Americanos. 2019. <https://bit.ly/3Sp3Y3e>
- Organización de los Estados Americanos. 2019. <https://bit.ly/3DkI0dK>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica". 22 de noviembre de 1969. <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>.
- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. s.f. <https://bit.ly/3gwtd6H>
- Paredes et al (2021) La criminalización y judicialización de las protestas sociales en el Perú en tiempos de pandemia (COVID-19) <https://bit.ly/3gw6WWs>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Septiembre de 2019. <https://bit.ly/3MUdydl>
- Saldaña (2014). Tesis para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno “El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: El caso del proyecto minero Conga (Cajamarca, 2011 – 2012)”. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bit.ly/3Swivdv>
- Segundo informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas. Diciembre de 2011.
- Svampa, Maristella. «Movimientos sociales, gobiernos, y nuevos escenarios de conflicto en América Latina. En C. Moreira y D. Avaro (coords.).» América Latina hoy: Sociedad y Política, 2012: 15-67.

Tribunal Constitucional. «Expediente 0009-2018-PI/TC.» 2 de junio de 2020.
<https://bit.ly/3eWmx1m>

Tribunal Constitucional. 14 de agosto de 2002. <https://bit.ly/3DkIgt6>

Tribunal Constitucional. 7 de diciembre de 2004. <https://bit.ly/3gwtHtx>

Tribunal Constitucional. Sentencia Pleno Jurisdiccional Exp. 0009-2018-PI/TC,
Colegio de abogados de Puno. 02 de junio de 2020.

Ugarte, Manuel. (2018) Tesis para optar el título de magister en Ciencia Política y
Gobierno. “Gestión estatal del conflicto socio-ambiental de "Tía María" en
Arequipa: análisis del período 2007-2017”. Pontificia Universidad Católica
del Perú. <https://bit.ly/3MUYDj4>

Velazco, David, y Rosa Quedena. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA
SOCIAL Y EL CASO MAJAZ. Febrero de 2015. <https://bit.ly/3VT6rWH>

Vilas, Carlos. «Gobernabilidad democrática y heterogeneidad social: la crisis
argentina de 2001.» SAAP, 2003.

Yupanqui Leoncio (2018). Tesis para optar el grado de maestro en derecho penal y
procesal penal. “Criminalización de conflictos sociales ambientales,
territoriales y los derechos humanos en Perú. Caso Comunidad indígena
Santa Clara de Uchunya - Ucayali - año 2015”. Universidad Cesar Vallejo.
<https://bit.ly/3z78lt0>

APÉNDICE

ANEXO 1. Matriz de consistencia

Tabla 4. Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Interrogante principal</p> <p>¿De qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Determinar de qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.</p>	<p>Hipótesis general</p> <p>El adecuado uso del parámetro convencional y constitucional del juez penal evita la criminalización de la protesta social.</p>	<p>Variable 1 Parámetro convencional y constitucional</p> <p>Dimensiones Carácter oficioso. Carácter difuso.</p> <p>Indicadores Ejercicio ex officio. Deber objetivo del Estado. Determinación de la obligación internacional. Obligación de la justicia de preservar la convencionalidad de oficio. Aplicación por todos los jueces. Aplicación de la convencionalidad.</p>	<p>Tipo de investigación Básica, documental.</p> <p>Nivel Descriptivo</p> <p>Diseño de la investigación No experimental, transversal.</p>
<p>Interrogantes secundarias</p> <p>¿Cómo cumple su rol oficioso el juez penal frente a la criminalización de la protesta social?</p> <p>¿Cómo cumple su rol difuso el juez penal frente a la criminalización de la protesta social?</p>	<p>Objetivos específicos</p> <p>Describir el rol oficioso del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.</p> <p>Describir el difuso del juez penal frente a la criminalización de la protesta social.</p>	<p>Hipótesis específicas</p> <p>El rol oficioso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.</p> <p>El rol difuso del juez penal evita la criminalización de la protesta social.</p>	<p>Variable 2 Protesta Social</p> <p>Dimensiones Derecho Individual o colectivo Expresión de Participación ciudadana. Expresión de oposición.</p> <p>Indicadores Derecho individual Derecho colectivo Participación ciudadana Oposición de ideas</p> <p>Variable 3 Rol del Juez</p> <p>Dimensiones Aplicación del parámetro convencional y constitucional</p> <p>Indicadores Aplicación del parámetro convencional y constitucional</p>	<p>Ámbito de estudio Conflictos sociales en el Perú</p> <p>Población Principales conflictos sociales en los últimos 15 años.</p> <p>Muestra Principales conflictos sociales en los últimos 15 años.</p> <p>Técnicas de recolección de datos Análisis documental</p> <p>Instrumentos Guía de análisis documental.</p>

Anexo 2. Instrumento de recolección

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL				
CASO OBJETO DE OBSERVACIÓN	VARIABLES	DIMENSIONES	CRITERIOS DE OBSERVACIÓN RESPECTO DEL CASO EMBLEMÁTICO EXPUESTO AL ANÁLISIS	RESULTADOS DE LA OBSERVACIÓN
	Parámetro convencional y constitucional	<ul style="list-style-type: none"> • Carácter oficioso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Ejercicio ex officio. • Deber objetivo del Estado. • Determinación de la obligación internacional. • Obligación de la justicia de preservar la convencionalidad de oficio. 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Carácter difuso. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación por todos los jueces. • Aplicación de la convencionalidad. 	
	Protestad Social	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho Individual o colectivo 	<ul style="list-style-type: none"> • Derecho individual • Derecho colectivo 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Expresión de Participación ciudadana. 	<ul style="list-style-type: none"> • Participación ciudadana 	
		<ul style="list-style-type: none"> • Expresión de oposición. 	<ul style="list-style-type: none"> • Oposición de ideas 	
	Rol del Juez	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación del parámetro convencional y constitucional. 	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación del parámetro convencional y constitucional 	

Anexo 3. Validación de instrumento

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos			
Codificación CEIN Ivr - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02	

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): VERA ESQUIVEL JUAN MANUEL
 1.2. Grado Académico:MAGISTER.....
 1.3. Profesión:ABOGADO.....
 1.4. Institución donde labora:PODER JUDICIAL.....
 1.5. Cargo que desempeña:JUEZ.....
 1.6. Denominación del Instrumento:GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL.....
 1.7. Autor del instrumento:Luis Enrique Sotomayor Saavedra.....
 1.8. Programa de postgrado:Maestría en Derecho Penal.....

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Mal	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					x
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				x	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					x
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					x
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				x	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					x
SUMATORIA PARCIAL					8	20
SUMATORIA TOTAL		28				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN fve - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

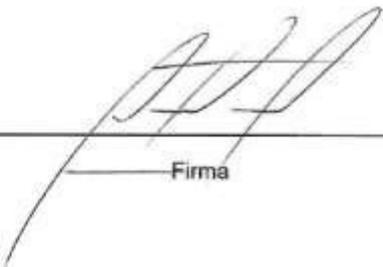
3.1. Valoración total cuantitativa: _____

3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: _____ Ninguna _____

2

Tacna, 15 de julio del 2022



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN Ite - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

- 1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto): LUIS ALBERTO BUSTAMANTE DAZA.....
- 1.2. Grado Académico,MAGISTER.....
- 1.3. Profesión:ABOGADO.....
- 1.4. Institución donde labora:MINISTERIO PUBLICO.....
- 1.5. Cargo que desempeña:.....FISCAL.....
- 1.6. Denominación del instrumento:GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL.....
- 1.7. Autor del instrumento:Luis Enrique Sotomayor Saavedra.....
- 1.8. Programa de postgrado:.....Maestría en Derecho Penal.....

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión					X
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				X	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría					X
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable					X
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados				X	
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento					X
SUMATORIA PARCIAL					8	20
SUMATORIA TOTAL		28				

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

- 3.1. Valoración total cuantitativa: _____

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN Ipe - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR
 NO FAVORABLE

3.3. Observaciones: Ninguna

Tacna, 15 de julio del 2022



 Firma

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Postgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN fvs - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

I. DATOS GENERALES:

1.1. Apellidos y nombres del informante (Experto):

PAREDES BARRIENTOS, SANDY ARACELI MILAGROS

1.2. Grado Académico: Magister en Derecho Constitucional

1.3. Profesión: Abogada, Contador Público Colegiado

1.4. Institución donde labora: Ministerio Público-Fiscalía de la Nación-Distrito Fiscal de Arequipa

1.5. Cargo que desempeña: Fiscal Adjunta al Provincial

1.6. Denominación del Instrumento: Guía de Análisis Documental

1.7. Autor del instrumento: Luis Enrique Sotomayor Saavedra

1.8. Programa de postgrado: Maestría en Derecho Penal

II. VALIDACIÓN

INDICADORES DE EVALUACIÓN DEL INSTRUMENTO	CRITERIOS Sobre los ítems del instrumento	Muy Malo	Malo	Regular	Bueno	Muy Bueno
		1	2	3	4	5
1. CLARIDAD	Están formulados con lenguaje apropiado que facilita su comprensión				x	
2. OBJETIVIDAD	Están expresados en conductas observables, medibles				x	
3. CONSISTENCIA	Existe una organización lógica en los contenidos y relación con la teoría				x	
4. COHERENCIA	Existe relación de los contenidos con los indicadores de la variable				x	
5. PERTINENCIA	Las categorías de respuestas y sus valores son apropiados					x
6. SUFICIENCIA	Son suficientes la cantidad y calidad de ítems presentados en el instrumento				x	
SUMATORIA PARCIAL					20	5
SUMATORIA TOTAL		25				

	UNIVERSIDAD PRIVADA DE TACNA Escuela de Posgrado Centro de Investigación Formato de Validación por expertos		
Codificación CEIN fvs - 001	Versión 00	Vigencia 2015	Páginas 02

III. RESULTADOS DE LA VALIDACIÓN

3.1. Valoración total cuantitativa: _____

3.2. Opinión: FAVORABLE DEBE MEJORAR _____
 NO FAVORABLE _____

3.3. Observaciones: Ninguna

Tacna, 15 de julio del 2022



 Firma