

GRAVE RETROCESO JUDICIAL EN TORNO AL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN EL PERÚ



GRAVE RETROCESO JUDICIAL EN TORNO AL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN EL PERÚ

Yván Montoya, Profesor principal PUCP

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	3
INTRODUCCIÓN	4
1. LA CASACION Y SU NEGACIÓN ARBITRARIA DEL DERECHO A LA PROTESTA ...	5
1.1 La negación del derecho a la protesta en la Casación	5
1.2 La casación y su equívoca interpretación de la STC sobre el derecho a la protesta.....	7
1.3 La obligación del reconocimiento del derecho a la protesta en la jurisdicción interna a partir de las decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.....	7
1.4 El desconocimiento de nuestro modelo de Estado constitucional y democrático de derecho en la Casación 1464-2021.....	12
2. LA ERRÓNEA Y PELIGROSA INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL DELITO DE ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ART. 283 DEL CP)	15
2.1 La tendencia jurisprudencial suprema de interpretar conforme a la Constitución y su ruptura por la Casación 1464-2021 Apurímac.....	15
2.2 La errónea interpretación formalista del delito de disturbios (art. 283 del CP) en el caso concreto.....	17
CONCLUSIÓN	20

PRESENTACIÓN

El presente informe es un análisis de una sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República del Perú que, en vía de recurso de casación¹, confirmó la condena penal contra dirigentes campesinos. Estos dirigentes habían participado en una protesta social contra una empresa minera en el sur del país, específicamente en la localidad de Las Bambas. Esta protesta se enmarca en un conocido conflicto socioambiental.

El delito por el que fueron condenados es el tipificado en el artículo 283 del Código Penal vigente en el Perú. Dicho artículo tipifica el tipo penal de “entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos”, y sanciona con privación de libertad de cuatro a seis años a quien, *“sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados”*.

En este caso, los dirigentes campesinos fueron condenados por haber obstruido durante algunas horas la carretera que permite que una empresa minera transporte el mineral que extrae en camiones hacia los puntos de exportación o de comercialización.

La sentencia representa un preocupante retroceso en el reconocimiento del derecho fundamental a la protesta social en el Perú, reconocido no sólo por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino también por los informes de la Comisión Interamericana. Además, este derecho ha sido reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

En ese sentido, este informe analiza de manera crítica esta decisión jurisdiccional a la luz no sólo de la dogmática penal, sino de los estándares interamericanos ya desarrollados en torno a la protesta social pacífica y que, precisamente, van en sentido contrario a la criminalización de la misma.

1 Recurso impugnatorio en el ordenamiento procesal penal peruano, que permite que la Corte Suprema conozca en última y definitiva instancia un caso.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 17 de abril de 2023, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú emitió la Casación N° 1464-2021/Apurimac (en adelante la Casación) por medio de la cual confirmó la condena contra cinco dirigentes de la Comunidad campesina de Quehuira, del distrito de Challhuahuacho, en la provincia de Cotabambas, (Apurimac), por el delito de entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos, tipificado en el art. 283 del CP.

De acuerdo con los hechos descritos en la propia sentencia (fundamento 5), el 7 de mayo de 2016, la empresa minera las Bambas comunicó a la Fiscalía el entorpecimiento del tránsito de vehículos de la carretera situada en las inmediaciones de la comunidad campesina de Quehuira. A las 15:15 horas del mismo día, llegaron el representante de la fiscalía y dos agentes policiales, los cuales constataron la presencia de un grupo de 25 a 30 personas que se negaron a identificarse, los que fueron reconocidos posteriormente por efectivos policiales (los imputados). Estas personas bloquearon la carretera e impidieron el desplazamiento de camiones (entre 10 y 15) que transportaban cobre concentrado. Sin embargo, a las 15:35 horas los pobladores que bloquearon la carretera escaparon del lugar, continuando los volquetes su recorrido.

Como puede apreciarse, los hechos ocurren en el contexto de un conflicto socioambiental los cuales – antes de la conflictividad política desatada entre diciembre de 2022 y marzo de 2023 a propósito de los hechos que sucedieron al intento del golpe de Estado del expresidente Pedro Castillo– constituían cerca del 80% de la conflictividad social en el Perú. Es decir, se trata de una conflictividad que tiene como actores predominantes a pobladores de comunidades campesinas o nativas y cuya plataforma de reclamos son diversos, tales como, la suspensión de actividades por riesgos de contaminación ambiental, la demanda de procesos de consulta previa no implementados o acuerdos aparentemente no cumplidos por parte del Estado o la empresa minera. En concreto, tal como se aprecia del caso descrito por la Casación, el bloqueo de la carretera rural no determinó ninguna afectación a la vida ni a la salud de las personas y tampoco el desabastecimiento de población alguna, ni supuso algún tipo de daños a la propiedad pública o privada. Según puede deducirse, el bloqueo de la trocha carrozable solo afectó a las unidades de la empresa minera, con la cual la comunidad se encontraba en conflicto, y habría durado un tiempo bastante breve.

Veamos los fundamentos de la Casación y nuestras apreciaciones críticas a la misma.

1. LA CASACION Y SU NEGACIÓN ARBITRARIA DEL DERECHO A LA PROTESTA

1.1 La negación del derecho a la protesta en la Casación

Para comprender este extremo cuestionable de la Casación es importante citar algunos párrafos relevantes que develan no sólo un simple desconocimiento del Derecho fundamental a la protesta sino su rechazo explícito:

“En principio, se advierte que el derecho a la protesta, su connotación de derecho fundamental y sus prácticas de vehemencia beligerante no han sido reconocidos, taxativamente, en el texto constitucional ni en alguna otra norma convencional” (fundamento 12)

Esta constatación formal que realiza el juez no justifica negar la actividad de protestar como la expresión de un derecho autónomo no nominado, reconocido implícitamente por el art. 3 de la Constitución, o como un derecho fundamental que se deriva de otros derechos reconocidos explícitamente por nuestra Constitución, como el derecho a la libertad de expresión (art. 2.4) y el derecho a reunirse pacíficamente (2.12).

Sin embargo, la posición de la Casación no se queda sólo en negar el reconocimiento explícito del derecho a la protesta, sino incluso su condición de derecho implícito o derivado de otros derechos fundamentales. Refiriéndose al derecho a la protesta afirma lo siguiente:

“Decimoquinto. El derecho a la protesta -como reclamo vehemente y beligerante- tiene la dificultad de no traslucir un valor, sino un desvalor, es decir, la intransigencia

de imponer a cualquier precio una opinión, minoritaria o no, incluso si para ello se tiene que dañar o lesionar. En cambio, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de reunión, el derecho a tener una opinión disidente e incluso el derecho a la crítica encierran los valores de verdad y tolerancia; por ello, se ejercen de modo pacífico, lo que supone que están proscritas todas las acciones de fuerza (vis compulsiva o vis absoluta) que lesionen derechos ajenos, como la agresión física, el daño a la propiedad pública o privada, el entorpecimiento de los servicios básicos, el bloqueo de carreteras, el ingreso violento a instalaciones públicas o privadas, la destrucción de bienes sociales o públicos, la destrucción de documentos judiciales, la quema de locales de partidos políticos, la destrucción de monumentos históricos u obras de arte, el vandalismo, etcétera, que sólo pueden explicarse desde la adopción y defensa de posturas beligerantes y de conquista intransigente de opiniones o ideologías.

(...)

Por tanto, admitir la existencia de un derecho a la protesta, en términos de reclamar o expresar, generalmente con vehemencia, la opinión, queja o disconformidad, llegando a la violencia que vulnera derechos ajenos, es un razonamiento inconstitucional e inconvenional”.

Es evidente que en estos párrafos la Casación está aludiendo al “derecho a la protesta” como un derecho contrario a valores morales o sociales o como un derecho contrario a los valores de la Constitución. Y ello es así debido a que la referida Casación parte de una caracterización supuestamente peyorativa o descalificante del “derecho a la protesta”, esto es, como un derecho que se ejerce por naturaleza vehementemente, y con beligerancia e incluso violencia (fundamento 15). Es esa vehemencia y beligerancia la que hace de la protesta, según la Casación, un derecho contrario a los valores morales o sociales de la Constitución. En nuestro concepto, se parte de una equívoca identificación entre el carácter disruptivo o vehemente, que puede adoptar lícitamente el ejercicio del derecho a la protesta, con la beligerancia o el ejercicio de la violencia manifiesta contra las personas o la destrucción de la propiedad pública o privada. Es esa identificación equívoca de la casación la que la lleva a dotar a la protesta de una connotación disvaliosa y a un rechazo arbitrario de su reconocimiento como derecho humano o fundamental, tal como apreciaremos en los párrafos posteriores.

1.2 La casación y su equívoca interpretación de la STC sobre el derecho a la protesta

La Casación desarrolla su argumentación en el sentido de que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) no alcanzó los votos necesarios para sentar una posición doctrinal sobre el reconocimiento del derecho a la protesta. Si con ello se pretende sustentar que el TC no ampara o rechaza la actividad de protestar en el marco de nuestro Derecho constitucional se trata de una afirmación equivocada.

El expediente 0009-2018 PI/TC correspondió al trámite de la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Puno contra el art. 200 que tipifica el delito extorsión y otros delitos conexos del Código penal. Si bien la ponencia del caso no alcanzó los 5 votos conformes para formar una sentencia, cinco de los siete magistrados del TC reconocieron en sus votos y fundamentos el derecho a la protesta¹, sea como derecho autónomo no nominado fundamentado en el art.3 de la Constitución o como derecho implícito en los derechos a la libertad de expresión y reunión o en el derecho a la participación política. Esta posición adoptada por una mayoría de integrantes del TC debería constituir un argumento de autoridad, suficientemente eficaz, para motivar –junto a los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte)– que la jurisprudencia de los órganos judiciales internos y principalmente de la Corte Suprema, reconozcan la existencia de un derecho fundamental a la protesta.

1.3 La obligación del reconocimiento del derecho a la protesta en la jurisdicción interna a partir de las decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos

El reconocimiento del derecho a la protesta en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En un primer momento, determinados órganos del sistema interamericano reconocen la legitimidad de la manifestación pública de grupos reivindicativos, pero no como un derecho humano específico a la protesta, sino de manera general como actuaciones legitimadas por otros derechos humanos ya reconocidos: el derecho a la libertad de expresión o el derecho a la libertad de reunión pacífica y sin armas. Así, encontramos el Informe de la Relatoría para la libertad de expresión de 2002 o el Informe de

1

la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas (2006).

La Corte Interamericana, al menos en dos sentencias ha reconocido el derecho a la protesta como un derecho cubierto por el derecho a la reunión pacífica (art. 15) y el derecho a la libertad de expresión (art. 13), reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante Convención Americana). Así en el caso *Atenco vs México* (sentencia de 28 de noviembre de 2018), la Corte, expresamente, describe el derecho a la protesta como un derecho a manifestar su disconformidad contra alguna acción estatal y reconoce tanto reuniones privadas como en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. En esta perspectiva, lo importante de esta sentencia es que si bien se reconoce que la reunión debe ser pacífica y sin armas, concluye que las víctimas del caso –las cuales se encontraban en la protesta contra la autoridad local de San Salvador de Atenco (Estado de México) y en el contexto de un corte de carretera– ejercían lícitamente su derecho de reunión (párrafo 75 y 172). Entonces, la Corte cuando hace referencia a una reunión violenta alude a los actos lesivos o peligrosos contra la vida o la integridad de las personas o actos de daños a la propiedad pública o privada, más no a los actos disruptivos que pueden implicar molestias o incomodidades a las actividades regulares de terceras personas e incluso perturbaciones a los derechos de las mismas.

Otro caso importante donde se pronuncia la Corte Interamericana es en el caso *López Lone y otros vs Honduras* (sentencia de 5 de octubre de 2015) donde deduce el derecho a manifestarse y protestar a partir del derecho a la libertad de expresión y de reunión y reproduce similares consideraciones a la sentencia anterior.

En un segundo momento, la Comisión Interamericana, en su Informe “Protesta y Derechos Humanos” (2019) ha reconocido un contenido específico del “derecho a participar en manifestaciones y protestas” a partir de los alcances combinados y amplios de los derechos a la reunión pacífica y el derecho a la libertad de expresión. Esto último quiere decir, que el derecho a manifestarse y protestar, si bien tiene elementos del derecho a la reunión y del derecho a la libertad de expresión, ha adquirido un contenido específico propio que trasciende el contenido de los ~~las~~ anteriores, considerados aisladamente.

En el mencionado Informe, la Comisión Interamericana ha desarrollado con detalle y rigor las diferentes facultades o posiciones que comprende este específico derecho a participar en manifestaciones y protestas. Efectivamente, la Comisión reconoce expresamente, dentro los alcances de las obligaciones de respetar del Estado, los siguientes cuatro alcances del derecho a participar en manifestaciones y protestas, tres de ellos son muy importantes para nuestro trabajo:

- El derecho a participar en protestas sin autorización previa.
- El derecho a elegir el contenido y el mensaje de la protesta: este aspecto es muy importante dado que la Comisión Interamericana es expresamente clara en reconocer que existe una presunción de

licitud, en principio, de todo tipo de mensaje o expresiones o ideas. Ello en razón a que el derecho a participar en una protesta tiene una de sus fuentes en el derecho a la libertad de expresión, ampliamente protegida por el sistema interamericano y el sistema universal de protección de los derechos humanos. Esto le permite enfatizar a la Comisión que este derecho no sólo garantiza la difusión de ideas, expresiones o informaciones consideradas socialmente favorables o inofensivas, sino también aquellas ideas, posiciones, demandas, juicios o informaciones que *“ofenden, inquietan, chocan, resultan ingratas o incluso perturban al estado o a cualquier sector de la población por el tipo de reclamo que involucran”*. Entonces, para la Comisión no existen fines indebidos o ilegítimos en el ejercicio del derecho a la protesta, salvo algunas excepciones puntuales que se exponen en el mismo Informe.

- El derecho a escoger el tiempo y el lugar de la protesta: la Comisión ha señalado que es incompatible con este derecho establecer restricciones generales sobre la hora y el lugar en que puede tener lugar una manifestación o protesta. Por ello, las excepcionales restricciones concretas están sometidas a criterios de estricta proporcionalidad y necesidad. En el mismo sentido la Comisión indica que, dada la importancia del derecho a la protesta en una sociedad democrática, las calles, las plazas y cualquier otro espacio público (por ejemplo, carreteras, trochas carrozables, etc.) resultan espacios privilegiados de ser utilizados en una manifestación o protesta, aunque se afecten otros usos más rutinarios de esos espacios (comercio, tránsito de personas y vehículos).
- El Derecho de escoger el modo de protesta y el significado de la referencia a un “ejercicio pacífico y sin armas”. La Comisión ha recordado, en su informe, que si bien el ejercicio del derecho a la protesta debe ser obviamente pacífico y sin armas, la comprensión del carácter pacífico de la protesta no es incompatible con la naturaleza disruptiva del derecho a la protesta, esto es, con su forma de interrumpir fastidiosa o bruscamente las actividades cotidianas. En ese sentido sostiene el Informe:

“se reconoce que en algunas ocasiones el ejercicio de este derecho distorsiona la rutina de funcionamiento cotidiano, especialmente en las grandes concentraciones urbanas, y que, inclusive, puede llegar a generar molestias o afectar el ejercicio de otros derechos que merecen de la protección y garantía estatal, como, por ejemplo, el derecho a la libre circulación. Sin embargo, este tipo de alteraciones son parte de la mecánica de una sociedad plural, donde conviven intereses diversos, muchas veces contradictorios y que deben encontrar los espacios y canales mediante los cuales expresarse” (párrafo 86)

Es más la Comisión ha recordado su informe de la Relatoría de la libertad de expresión, en el sentido que:

“ante una posible colisión determinada por el modo de la protesta – cuando supone cortar parte de una calzada o ruta – entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente el nervio principal del sistema democrático” (párrafo 87)

En su reciente Informe sobre la situación del Perú: *“Derechos humanos en el contexto de las protestas sociales”* (2023), la Comisión Interamericana, luego de condenar los episodios vandálicos y violentos en algunos momentos de las protestas, ha indicado que *“el marco jurídico interamericano protege diversas modalidades de protesta, incluso las que generan cierta disrupción de la vida cotidiana como forma de amplificar voces o de visibilizar demandas sociales (...)”*. *La ocupación de espacios públicos y las obstrucciones de vías, tales como bloqueos, tienen un lugar central en las protestas pacíficas de grupos históricamente discriminados, precisamente porque ofrecen espacios para que se les preste atención”* (párrafo 225). Y, finalmente, el mismo informe ha precisado aún más lo que se entiende por el carácter no pacífico de la protesta o de la reunión: *“el carácter no pacífico incluye, entre otros, el uso de la fuerza física por parte de algunas personas que pueden provocar lesiones, muerte o daños graves a bienes”* (párrafo 226). Evidentemente se rechazan, por violentas, aquellas manifestaciones que ocupan infraestructura pública y que por la extensión en tiempo y modalidad comprometen gravemente la vida, la integridad la salud o el abastecimiento de alguna población (párrafo 229).

Como puede observarse claramente, para el sistema interamericano de protección de los derechos humanos el carácter disruptivo o vehemente, incómodo o perturbador de del derecho a la protesta, incluso respecto del ejercicio de otros derechos de terceros, no lo hace violento ni un antivallador como lo postula la Casación. Todo lo contrario, en el marco de nuestro modelo de Estado constitucional y democrático, resulta fundamental reconocer éstas características del derecho a la protesta para fortalecer las distintas formas de participación política y el ejercicio de derechos básicos como la libertad de expresión o de reunión.

Lo jurídicamente exigible del reconocimiento del derecho a la protesta por los órganos jurisdiccionales internos

Como hemos apreciado en los párrafos anteriores, el derecho humano a la protesta ha sido reconocido por los órganos de protección de la Convención Americana, esto es, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. En el primer caso, la Comisión lo ha reconocido como un derecho con

especificidades propias, a través de su Informe General (2019) y en su Informe sobre la situación del Perú (2023). La Corte, por su parte, lo ha reconocido como una manifestación protegida del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la reunión pacífica, ambos reconocidos por la Convención Americana.

Con respecto a lo reconocido por la Corte Interamericana no hay duda alguna sobre su carácter jurídico vinculante para los órganos jurisdiccionales internos. Es decir, no sólo resultan vinculantes las disposiciones expresas de la Convención, como parece estimar la Casación, sino toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana, tanto su parte resolutive como su fundamentación. Así lo ha establecido este órgano de protección de la Convención en sus sentencias sobre los casos Barrios Altos vs Perú y Cantuta vs Perú. Así también lo ha establecido el TC peruano en su sentencia recaída en el caso Vera Navarrete (Exp. N° 2978-04 HC/TC, fundamento 8). En todas ellas se establece el carácter jurídicamente vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana para los órganos de la jurisdicción interna. De esta manera, el derecho a la reunión pacífica y sin armas, y el derecho a la libertad de expresión reconocidos por nuestra Constitución, deben ser entendidos, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, como derechos que incluyen el reconocimiento implícito del derecho a la protesta y sus contenidos.

Los Informes de la Comisión Interamericana, por su parte, si bien no establecen una sentencia contra un Estado como lo hace la Corte Interamericana, sino recomendaciones a los mismos, también tienen naturaleza jurídicamente vinculante, aunque pueda negarse el carácter ejecutable de las mismas. Ello es así, como lo explican diversos especialistas², debido a que la Comisión Interamericana es un órgano de protección de la Convención Americana (art. 33.a) y como tal las interpretaciones que realiza de las normas de la Convención provienen de un órgano convencional competente. En ese sentido habría que añadir que, como dice RACCA, *“más allá del alcance que se le quiera dar al término recomendación lo cierto es que el juego del art. 51 inc. 2 de la Convención, que impone a los Estados el deber de tomar medidas, en su interpretación conjunta con los principios de buena fe en el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, hacen a la naturaleza vinculante de sus opiniones (de la Comisión)”*³. Esta es la posición asumida por nuestro Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente 0217-2002 HC/TC (fundamento 2) cuando sostiene que:

2 PULIDO, María Claudia y BLANCHARD, Marisol. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de refugiados, apátridas y asilados”, en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-comision-interamericana-de-ddhh-y-sus-mecanismos-de-prot-a-refugiados-pulido-y-blanchard.pdf>

3 PULIDO, María Claudia y BLANCHARD, Marisol. “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección aplicados a la situación de refugiados, apátridas y asilados”, en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/la-comision-interamericana-de-ddhh-y-sus-mecanismos-de-prot-a-refugiados-pulido-y-blanchard.pdf>

Revista Iberoamericana de Derecho procesal constitucional, N° 10, pp. 136 y ss.

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscrito por el Estado peruano. *Tal interpretación, contiene (...) implícitamente una adhesión a la interpretación que de los mismos hayan realizado los órganos supraindividuales de los atributos inherentes al ser humano*, y en particular el realizado por la Corte Interamericana de Derechos humanos, guardián último de los derechos en la región”. (subrayado añadido)

Bajo las consideraciones expuestas, sea que se trate de un derecho humano cubierto por otros derechos expresamente reconocidos por la Convención Americana (libertad de expresión y derecho de reunión pacífica) o sea que se trate de un derecho específico y autónomo, tal como lo hace la Comisión Interamericana, el derecho humano a la protesta, y sus cuatro contenidos interpretados por esta Comisión, incluyendo el carácter disruptivo y vehemente del mismo, deben ser reconocidos por los órganos jurisdiccionales internos de nuestro Estado. Su desconocimiento o su rechazo en la Casación que comentamos, constituye una violación de la Convención Americana.

1.4 El desconocimiento de nuestro modelo de Estado constitucional y democrático de derecho en la Casación 1464-2021

El desconocimiento de la obligación de interpretar las leyes conforme a la Constitución

Dos párrafos nos ilustran la concepción que los magistrados de la Sala Penal Permanente tienen de la relación entre las normas penales y el contenido de los derechos y principios fundamentales en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho (art. 43 y 45 de la Constitución).

“Como se sabe la política criminal del Estado es definida por el Poder Ejecutivo, mientras que, al Poder Legislativo le concierne materializarla (...). Luego si bien los jueces están autorizados para dejar de aplicar, en lo específico, un tipo penal, ello está condicionado a que se aprecien antinomias normativas o situaciones de inconstitucionalidad o inconveniencia, siguiendo por cierto el procedimiento respectivo.

Lo que no pueden hacer los órganos jurisdiccionales es sustituir al legislador e introducir modificaciones a las normas penales o a los márgenes punitivos, enarbolando motivaciones aparentes de proporcionalidad, humanidad o eficacia penal que reflejan escenarios de arbitrariedad constitucional. El activismo judicial- en el sentido que fuere- no es compatible con un Estado constitucional de derecho” (fundamento 7).

De acuerdo con este texto los jueces penales, en el contexto de su función de aplicación de los tipos penales, sólo pueden apelar a la Constitución en los casos de manifiesta inconstitucionalidad o inconveniencia (contrarios a las convenciones de derechos humanos) del tipo penal. Y ello como expresión de su potestad de ejercer control difuso de las leyes penales en casos concretos. Fuera de esos supuestos el juez penal no podría interpretar una disposición penal (por ejemplo, para efectuar una interpretación restrictiva) desde las exigencias valorativas de los principios y/o derechos reconocidos por la Constitución, los cuales deben interpretarse a partir de los contenidos establecidos por los órganos supranacionales encargados de la protección de los derechos humanos (así, la Comisión y Corte Interamericana). En buena cuenta, lo que la Casación desconoce es la obligación constitucional de los jueces de realizar siempre interpretaciones conforme a la Constitución, sin que ello signifique, necesariamente, supuestos de inaplicación de la disposición penal por inconstitucional o inconveniente.

Efectivamente, como hemos señalado en otros trabajos anteriores⁴, el marco del Estado constitucional y democrático de Derecho establecido por nuestra Constitución ha introducido, en el funcionamiento del Derecho, un nuevo paradigma que difiere de modelo legalista, propio del siglo XIX y comienzos del siglo XX. El constitucionalismo actual reconoce la introducción de un nuevo tipo de normas en la Constitución del Estado: las normas-principio. Este tipo de normas se diferencian de las normas-regla en que aquellas (las normas-principio) poseen en su mayoría una textura más abierta o dúctil⁵ y por lo tanto poseen dos dimensiones claras: una dimensión autoritativa, propia de su validez formal y, una dimensión valorativa o justificativa, esto es, aquella que está diseñada para proteger o maximizar determinados bienes o valores considerados esenciales para libre desarrollo de la personalidad y la convivencia democrática. Pues bien, a partir de esta estructura, la norma jurídico-penal no es válida sólo por cumplir con su adecuación a las formalidades previstas en la Constitución, sino que requiere, además, cumplir con las condiciones de validez material, esto es, ser coherente y conforme con el componente axiológico derivado de los principios y derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

4 MONTROYA VIVANCO, Yvan. Derecho penal de principios, Volumen I y II, Palestra/CICAJ-PUCP, Lima, 2020.

5 ZAGREVELSKY, Gustavo. El Derecho dúctil. Ley, Derechos y justicia, Trotta, 2003.

Pues bien, estas condiciones de validez de la norma jurídico penal (formal y material) determinan que, no sólo ley penal expedida por el legislador sea coherente y conforme con los principios y derechos fundamentales, sino también que el resultado interpretativo de los jueces (penales) sea coherente y conforme con el marco valorativo de la Constitución. Una interpretación es conforme a la Constitución, como señala Kuhlen, cuando existiendo varias posibilidades interpretativas, de las cuales algunas son conformes a la Constitución y otras incompatibles con ella, el operador judicial no debe escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino alguna de las que es conforme a la Constitución⁶. El fundamento de la obligatoriedad constitucional de la interpretación conforme a la Constitución, de acuerdo con Kuhlen, radica en la unidad del ordenamiento jurídico y, en específico, de la primacía del derecho constitucional sobre la ley ordinaria, la cual exige que una sentencia judicial no pueda fundamentarse en una norma jurídica que vulnera la Constitución.

Como hemos señalado, una interpretación penal conforme a la Constitución supone una interpretación teniendo en cuenta el contenido material que, de los derechos, hayan establecido los órganos supraindividuales de protección de la Convención Americana, es decir, la Comisión o la Corte Interamericana. En el caso nuestro, una interpretación conforme a la Constitución supone una interpretación del tipo de injusto del delito de entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos (art. 283 CP), teniendo en cuenta el contenido material del derecho a protestar, especificado a partir de los derechos a la libertad de expresión y de reunión reconocidos en la Convención Americana.

Nos preguntamos, entonces, si ha sido correcto que la Casación haya prescindido de la obligación de realizar una interpretación conforme al contenido material del derecho fundamental a manifestarse y protestar. Sin perjuicio del análisis de la concreta interpretación del art. 283 del CP realizada por la Casación (punto 3), consideramos que aquella concepción que prescinde de una interpretación conforme a la Constitución resulta incompatible con una concepción del Derecho penal sujeto al marco del Estado constitucional y democrático de derecho.

2. LA ERRÓNEA Y PELIGROSA INTERPRETACIÓN FORMALISTA DEL DELITO DE ENTORPECIMIENTO DEL NORMAL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ART. 283 DEL CP)

2.1 La tendencia jurisprudencial suprema de interpretar conforme a la Constitución y su ruptura por la Casación 1464-2021 Apurímac

La Corte Suprema de la República en diversos pronunciamientos sean jurisprudenciales o para fijar criterios interpretativos a través de acuerdos plenarios ha desarrollado explícitamente métodos de interpretación conforme a la Constitución, en especial en casos sensibles para la ciudadanía. De manera solo ejemplificativa podemos señalar cuatro casos. En primer lugar, el acuerdo plenario 3-2006 CJ/116, donde se estableció que la simple expresión o información incómoda, peyorativa o agravante no puede considerarse un delito de difamación que afecta penalmente el honor de una persona, sino que el tipo penal de difamación (art. 132 del CP) debe verse delimitado (antes del proceso de subsunción) por la ponderación con derechos fundamentales como la libertad de expresión o la libertad de información. En estos casos, la interpretación conforme a la Constitución del tipo penal de difamación no supone su inaplicación sino su ponderación previa al proceso de aplicación a los casos concretos.

En segundo lugar, el acuerdo plenario 2-2009 CJ/116 donde se estableció que en determinados casos la privación de la libertad de determinadas personas realizadas por otras en el ejercicio de una potestad consuetudinaria comunal no puede considerarse un delito de secuestro (art. 152 del CP). En estos casos,

la Corte Suprema habilita la posibilidad de resolver el conflicto, apelando a la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho o potestad (art. 20.8 del CP): la potestad de administrar justicia comunal del art. 149 de la Constitución.

Un tercer caso corresponde al acuerdo plenario 4-2008 sobre el delito de violación sexual de menores (art. 173 del CP) cuando el Congreso de la República modificó el referido delito, elevando la edad de las víctimas de menores de 14 años, como estaba regulado antes, a menores de 18 años. De esta manera el consentimiento de una adolescente menor de 18 años resultaba irrelevante para la tipificación efectiva del delito de violación sexual. La Corte Suprema consideró que los jueces debían interpretar el referido delito, evaluando desde cuándo una menor podía consentir, teniendo en cuenta la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (fundamento 7)

Por último, la ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad 357-2018 Ancash sobre el delito de tenencia ilegal de armas del art. 279 del CP y por medio del cual la Sala Suprema consideró que no podía aplicar formalmente el referido delito como uno de peligro abstracto dado que afectaba el principio (constitucional) de lesividad. De acuerdo con este principio, el tipo penal de tenencia ilegal de armas se reinterpreto, exigiendo peligro potencial en la conducta del infractor, es decir, idoneidad para crear un peligro a la seguridad pública y para la vida e integridad física de las personas.

Como puede apreciarse, en todos estos casos y varios otros más, la Corte Suprema no hace una interpretación formal de los tipos penales, sino que realiza una interpretación conforme a la Constitución, sea para hacerla compatible con el ejercicio de otros derechos fundamentales con los cuales puede entrar en conflicto o sea para hacerla compatible con el principio constitucional de lesividad, en el caso de los delitos de peligro abstracto. Entonces, sin la intervención de una judicatura activa⁷ tales acuerdos plenarios o ejecutorias supremas no hubieran sido posibles para resolver problemas complejos que nuestra sociedad plantea a los tipos penales vigentes. Ese es el grave riesgo que genera el inactivismo judicial que plantea la Casación que comentamos. En los párrafos siguientes nos detendremos en analizar la interpretación formalista que la Sala Penal Permanente realiza del art. 283 del CP, apartándose de la apropiada tendencia que seguía la Corte Suprema, especialmente en casos complejos y conflictivos.

2.2 La errónea interpretación formalista del delito de disturbios (art. 283 del CP) en el caso concreto

La Casación 1464-2021 Apurimac realiza una indebida interpretación formalista del tipo de injusto del delito de entorpecimiento del funcionamiento de los servicios públicos (art. 283 del CP)⁸, tal como lo evidenciamos en los párrafos siguientes:

“(…) no se exige que los comportamientos descritos hayan afectado la norma prestación del transporte o servicio, sea público o privado. No cabe efectuar distinciones donde la ley no lo hace. Es un delito de mera actividad, por lo que no supone ningún resultado. El injusto se cumple mediante la actividad prevista en la norma sustantiva” (fundamento 6.6)

“(…) el tipo base es un injusto de peligro abstracto, pues no requiere la proximidad de lesión del bien jurídico (normal desenvolvimiento de los transportes y servicios), sino basta con la peligrosidad de las conductas (impedir, estorbar o entorpecer), que es inherente a las acciones, salvo que se demuestre, en el caso específico, su exclusión de antemano. Asimismo, el peligro no es un elemento del tipo, sino el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo que, por regla general, el juez no tiene que probar su producción” (fundamento 6.7)

“Así, (…) si se está ante un precepto de peligro abstracto- como el previsto en el art. 283 – no podrá ser inaplicable si se verifican todos los elementos de tipicidad (…)” (fundamento 7)

“(…) el principio de lesividad no despliega los mismos efectos en los delitos de peligro concreto y peligro abstracto. La reclamada fragmentariedad del derecho penal – o intervención mínima- no puede ser apreciada igual en los delitos de peligro en los que el legislador ha decidido adelantar la punibilidad.” (fundamento 19)

“Los derechos fundamentales de la libertad de expresión y reunión, por mandato constitucional, se han de ejercer de modo pacífico y, en lo pertinente, sin interrumpir el transporte público o privado en sus diversas tipologías”. (...) “Si los ciudadanos estiman que no son suficientes sus reclamos, están autorizados a acrecentar la vehemencia de dichos reclamos, siempre que repercuta en la esfera personal y no trasgreda derechos fundamentales de terceros” (fundamento 20)

8 Art. 283 del CP: “

“(…) no se puede, so pretexto de reunión o disidencia, justificar el impedimento, el estorbo o el entorpecimiento del transporte o la prestación del servicio público o privado (…)”. (fundamento 21)

Sobre la ausencia de cuestionamientos a la naturaleza de peligro abstracto del art. 283

El tipo penal de entorpecimiento al funcionamiento del transporte público (art. 283 del CP) se encuentra dentro de los delitos contra la seguridad pública (título XII del Código Penal) y prohíbe a aquellas conductas que, sin una situación de peligro común, impide estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos, de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados. De entrada, como puede apreciarse, el bien jurídico no es el normal desenvolvimiento de los transportes y servicios como lo sostiene la Casación (fundamento 6.7), sino la seguridad pública. El normal desenvolvimiento de los transportes es el objeto de la acción no el objeto jurídico protegido. Esta confusión tal vez permita explicar la identificación errada que la Casación efectúa entre la conducta descrita en el tipo y la consideración de su inherente peligrosidad.

En segundo lugar, el tipo penal, como se ha sostenido, no exige explícitamente la creación de un peligro común, es decir, la creación de un peligro para la seguridad pública. Esta situación de criminalizar una conducta de peligro abstracto referida a un bien jurídico supraindividual (seguridad pública), coloca a la figura penal en un problema de incompatibilidad con el principio de lesividad reconocido por nuestro Tribunal Constitucional y recogido en el art. IV del título preliminar del Código penal. Es por ello que, a diferencia de la Casación (fundamentos 6.6, 6.7 y 7) que no cuestiona en ningún extremo la legitimidad constitucional de esta figura penal, el Tribunal Constitucional⁹ y la propia Corte Suprema (en anteriores resoluciones)¹⁰ sí han exigido una reinterpretación de estos tipos de peligro abstracto a formas de peligro potencial para el bien jurídico. Ello permitiría hacer compatible el tipo de injusto del art. 283 del CP con el principio de lesividad. Si así hubiera procedido a interpretar la Sala Penal Permanente en la Casación que comentamos, tendría que haber concluido que no cualquier perturbación o entorpecimiento del transporte público (especialmente los supuestos temporalmente breves y sin afectación de la vida, la salud o la propiedad), pueden ser considerados una conducta potencialmente idónea para lesionar la seguridad pública.

9 En la STC 006-2014 AI/TC el TC, para salvar la inconstitucionalidad del delito de omisión de operaciones sospechosas (art. 5 del D.Leg 1106) cuestiona su redacción como una figura de peligro abstracto y reinterpreta el tipo penal como una figura de peligro potencial. El TC exige que para la configuración del referido delito no baste con que el funcionario o profesional obligado no comunique una operación sospechosa según la Ley 27963 (criterio formal), sino que se exija que el referido funcionario cuente con información objetiva suficiente de que la operación sea sospechosa de provenir de un acto de lavado y así, con esa información, no lo comunique a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF).

10 Ver el RN 357-2018 Ancash anteriormente mencionado.

Sobre la aparente ponderación del art. 283 con los derechos a la libertad de reunión y expresión

La Casación, en los fundamentos 20 y 21 mencionados, pretende fundamentar una aparente ponderación entre el tipo de injusto del delito de entorpecimiento del transporte con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y reunión. Sin embargo, en mi consideración tal ponderación no se produce en la medida que, como hemos señalado en el punto 2, desconoce las posiciones específicas que comprende el derecho a la protesta fundado a partir de la articulación de los contenidos del derecho a la libertad de expresión y el derecho a reunión.

Efectivamente, la Casación se limita a sostener que ambos derechos (expresión y reunión) deben ejercerse de manera pacífica, entendiendo por pacífica a toda conducta que no afecte en absoluto los derechos de terceros (fundamento 15). Y si a ello se suma el hecho que la Casación define, como también hemos evidenciado, a la protesta como actos por naturaleza vehemente y beligerantes, asociándola con efectivos actos violentos, es fácil comprender que la protesta, en cualquiera de sus manifestaciones¹¹, se encuentra, en sí misma, fuera del ámbito de protección de tales derechos. Por eso la Casación concluye que cualquier perturbación o entorpecimiento del transporte no tiene cobertura constitucional y configura el delito del artículo 283 del CP (fundamento 21).

Esta posición, como se ha evidenciado, contradice claramente el conjunto de posiciones que comprende el específico derecho a la protesta tal como lo han comprendido los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, en especial la Comisión Interamericana, cuyas interpretaciones y recomendaciones son jurídicamente vinculantes al Estado peruano. Y ello es así porque una de las posiciones esenciales que se le reconocen al derecho a la protesta es la posibilidad del carácter disruptivo y vehemente del ejercicio de este derecho y la posibilidad de que el mismo incomode, afecte o restrinja levemente algunos derechos de terceros, como por ejemplo el derecho a la libre circulación (punto 2.3). De acuerdo con esta perspectiva, los entorpecimientos o interrupción de vías de transporte sólo afectarían la seguridad pública, es decir, estarían fuera del alcance del derecho a la protesta, si por su extensión en tiempo y modalidad comprometen gravemente la vida, la integridad la salud o el abastecimiento de determinada población.

Desde de una perspectiva dogmática, entonces, los actos de entorpecimiento, estorbo o impedimento del normal funcionamiento del transporte que por su extensión en tiempo y modalidad no comprometen la vida, la integridad, la salud o el abastecimiento de una población y que resultan formas leves de incomodidad o molestia o restricción del derecho a la libre circulación no configurarían el tipo de injusto del art. 283 del CP dado que se encontrarían justificados por el ejercicio legítimo del derecho a la protesta de acuerdo con el art. 20.8 del CP.

CONCLUSIÓN

La Casación termina confirmando la condena de cinco dirigentes de la Comunidad de Quehuira a 4 años de pena privativa de la libertad por el delito de entorpecimiento del transporte público (art. 283 del CP).

Los hechos concretos, en el contexto de una protesta provocada por un conflicto socio ambiental, supusieron, de acuerdo con la propia Casación, el bloqueo de una carretera rural que no determinó ninguna afectación a la vida ni a la salud de las personas ni al abastecimiento de alimentación de población alguna. Tampoco conllevó ningún daño a la propiedad pública o privada, habiendo tenido el bloqueo una duración bastante breve, según se puede deducir de los hechos descritos en la resolución comentada.

Con esas características, nos resulta difícil comprender cómo la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no pudo reconocer un ejercicio legítimo del derecho a la protesta (art. 20.8 del CP) que le permitiera advertir la configuración de una causa de justificación o permisión del tipo de entorpecimiento del servicio de transporte del art. 283 del CP en este caso.

DPLf Fundación
para el Debido
Proceso

www.dplf.org