

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012 – Sesión 111

1. Introducción

Un rasgo definitorio de las sociedades democráticas está dado por el modo en que resuelven los conflictos que se derivan del ejercicio simultáneo de derechos que pueden colisionar entre sí. El respeto a todos ellos en el marco de su adecuada jerarquización es un desafío permanente, pero especialmente urgente para aquellos países que, como el nuestro, han retomado el cauce democrático después de una larga pausa autoritaria.

Ello es especialmente relevante cuando se trata de derechos asociados al ejercicio de la manifestación de reivindicaciones políticas o sociales por parte de sectores de la ciudadanía que, por su particular exclusión del debate político público, requieren de espacios distintos a los tradicionales para requerir al Estado la realización de ciertos derechos. Por lo mismo, los Estados deben ser especialmente cuidadosos a la hora de desarrollar legislaciones que puedan llegar afectar el derecho a la manifestación pública.

En ese marco se considera que debe analizarse con particular atención desde la perspectiva de derechos humanos que compete a esta institución el proyecto de ley “que fortalece el resguardo del orden público”¹ presentado por el Poder Ejecutivo. En efecto, el 27 de septiembre de 2011, el Presidente de la República envió al Congreso Nacional dicho proyecto de ley que consta de cuatro artículos, cada uno con modificaciones a diferentes cuerpos legales. Respecto de las motivaciones del proyecto, destacan las que aparecen para la nueva tipificación del delito de desórdenes públicos. Según el Mensaje Presidencial, ella responde al contexto de manifestaciones estudiantiles que se han desarrollado durante el año y a que *“la redacción del artículo 269 del Código Penal no responde a los fenómenos sociales ni a los de desórdenes públicos que enfrentamos”* dado que *“... los últimos acontecimientos en nuestro país, han demostrado que el derecho a manifestarse pacíficamente se ha visto limitado y restringido debido a la acción de personas ajenas a las causas que ellas expresan, las que actúan violentamente”*.

El proyecto surge en un contexto en que se han desarrollado masivas manifestaciones por parte de diversos grupos y sectores de la sociedad chilena. En el marco de esas protestas se han producido actos delictivos por parte de grupos de personas y, asimismo, se ha denunciado la existencia de restricciones indebidas al ejercicio de derechos fundamentales

¹ Mensaje N° 196-359, de 27 de septiembre de 2011.

y la realización de actos de violencia por parte de las fuerzas policiales en contra de manifestantes.

En el marco del debate parlamentario sobre el proyecto de ley de referencia resulta fundamental desde la perspectiva del INDH identificar los estándares de derechos humanos aplicables para regular las protestas sociales y las manifestaciones públicas de manera de acompañar el debate radicado en el Congreso con elementos que permitan armonizar dicha propuesta con las obligaciones jurídicas contraídas por el Estado de Chile en materia de derechos humanos. Para ello se revisarán: a) la regulación general del derecho a la manifestación pacífica en tratados internacionales de derechos humanos, en los pronunciamientos de sus órganos y en la Constitución Política de la República, y b) algunas cuestiones que han requerido un tratamiento especial desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que son pertinentes para el examen del “Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público”. Posteriormente, se formularán algunas consideraciones sobre el proyecto de ley en cuestión a la luz de lo señalado anteriormente en la primera parte.

2. Las manifestaciones públicas y protestas sociales: el ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión

2.1. El derecho a la manifestación en tratados internacionales de derechos humanos, en los pronunciamientos de sus órganos y en la Constitución Política

El derecho a la manifestación o a la protesta social no se encuentra expresamente reconocido en los tratados internacionales de derechos humanos. No obstante, se ha entendido que es un derecho que se desprende de otros derechos consagrados en los tratados, esto es, del derecho de reunión y de la libertad de expresión².

Ambos derechos se encuentran contemplados en los artículos 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el “PIDCP”), en los artículos 10 y 11 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante la “Convención Europea”), en los artículos 9 y 11 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante la “Carta Africana”) y en los artículos 13 y 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la “Convención Americana”).

Respecto a la libertad de expresión, este derecho se encuentra consagrado en el PIDCP en los siguientes términos:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

² Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 8.

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

En el caso de la Convención Americana, el artículo 13 dispone que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

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

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

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Por último, nuestra Constitución Política de la República se refiere a la libertad de expresión en los siguientes términos:

“La Constitución asegura a todas las personas:

Artículo 19 N° 12: La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (...).

De este modo, uno de los derechos en los que se fundamenta la protesta social es la libertad de expresión. Su propósito es ser un instrumento mediante el cual las personas colectivamente pueden expresar y manifestar su conformidad o disconformidad en torno a un tema que generalmente es de interés público. En palabras de la Corte IDH, la *“libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias”*³.

³ Corte IDH: Sentencia caso Última Tentación de Cristo, (Olmedo Bustos vs. Chile), de 5 de febrero de 2001, párrafo 66

La libertad de expresión, en el caso específicamente del ejercicio de la manifestación o protesta social, juega el rol de exigir al Estado respuestas concretas ante sus demandas. En otras palabras, sirve como rendición de cuentas por parte de la autoridad hacia la ciudadanía. La protesta social –pacífica y sin armas- es un medio legítimo de presión hacia la autoridad y una forma de control democrático legítimo. Así lo han señalado los órganos de los tratados a nivel interamericano. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha afirmado que la protesta social es importante para la consolidación de la vida democrática y que, en general, dicha forma de participación en la vida pública, en tanto ejercicio de la libertad de expresión, reviste un interés social imperativo. En un sentido similar la Corte Interamericana ha manifestado: “[l]a libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse”⁴.

En el caso del derecho de reunión, el artículo 21 del PIDCP dispone que: “*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*”.

El artículo 15 de la Convención Americana tiene una regulación similar, al establecer que: “*Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás*”.

La Constitución chilena, también consagra el derecho de reunión al establecer que:

“*La Constitución asegura a todas las personas:*

*Artículo 19 N° 13: El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas
Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”.*

En el caso del derecho de reunión, se trata de un derecho estrechamente conectado con la libertad de expresión. De acuerdo con la Corte Europea de Derechos Humanos, la expresión de opiniones constituye uno de los objetivos del derecho de reunión pacífica. En este sentido, la Corte Europea ha insistido en que el derecho a manifestar está protegido tanto por el derecho a la libertad de expresión como por el derecho a la libertad de reunión⁵. Así, el derecho fundamental a la libertad de reunión debe entenderse como la posibilidad de

⁴ Corte IDH, *Colegiación Obligatoria de Periodistas*, Opinión Consultiva OC 5/85, Serie A, No. 5, del 13 de noviembre de 1985, párr. 69.

⁵ Véase, por ejemplo, Corte EDH, *Caso Vogt c. Alemania*, Sentencia del 26 de septiembre de 1995, Serie A, No. 323, párr. 64; Corte EDH, *Caso Rekvényi c. Hungría*, Sentencia del 20 de mayo de 1999, Informe de Sentencias y Decisiones 1999-III, párr. 58; Corte EDH, *Caso Young, James y Webster c. Inglaterra*, Sentencia del 13 de agosto de 1981, Serie A, No. 44, párr. 57; Corte EDH, *Caso Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros c. Turquía*, Sentencia del 31 de julio de 2001, párr. 44, disponible en <http://www.echr.coe.int>; Corte EDH, *Caso Partido Unido Comunista Turco y otros c. Turquía*, Sentencia del 30 de enero de 1998, Informe 1998-I, párr. 42.

un grupo de personas de juntarse en un lugar determinado y también como la posibilidad de manifestar opiniones de forma colectiva aprovechando la posibilidad de organizar reuniones. Se trata, en consecuencia, también de un derecho fundamental de la comunicación política por su relación con el proceso de formación de la opinión pública.

Los órganos de tratados que supervisan el cumplimiento de los pactos y convenciones así como varios procedimientos especiales han afirmado la relevancia de las manifestaciones públicas como expresión del ejercicio de la libertad de expresión y del derecho de reunión. Al respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha señalado que la participación de las sociedades a través de la manifestación pública es importante para la consolidación de la vida democrática de las sociedades⁶. La Relatoría ha expresado también que en muchos países del hemisferio, la protesta y la movilización social se han constituido como herramienta de petición a la autoridad pública y también como canal de denuncias públicas sobre abusos o violaciones a los derechos humanos⁷. Más aún, la misma Relatoría, en su Informe Anual del año 2005, alertaba respecto de la tendencia a criminalizar la protesta social al señalar que, en primer lugar, ésta implica el ejercicio de derechos (a la libertad de expresión y de reunión) y, en segundo término, que la protesta es muchas veces el único mecanismo al cual ciertos grupos sociales pueden recurrir para expresar sus demandas⁸.

Existen además estándares en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en relación a algunas temáticas específicas a partir del derecho a reunión y la libertad de expresión, como son la relación entre el ejercicio de las manifestaciones públicas con el resguardo del orden público y la seguridad ciudadana; los límites a las manifestaciones públicas y la especial referencia que se ha realizado al derecho de manifestación de las niñas, niños y adolescentes, las que se verán a continuación.

2.2. El derecho de manifestación vs. el resguardo del orden público

El derecho a manifestar en lugares públicos o “derecho a la protesta social” puede entrar en conflicto con otros derechos –especialmente la libertad de circulación de otras personas- o con otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente –el orden público-. Al respecto, cabe señalar que, en materia de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, la doctrina mayoritaria ha afirmado que, en los casos en que el valor o bien jurídico protegido entra en colisión con otros valores o bienes jurídicos, debe buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro. No hay norma alguna de la Carta Fundamental que autorice a negar un derecho o a desnaturalizarlo para favorecer a otro. Cada uno y todos los derechos pertenecen a un

⁶ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 149, párr. 91.

⁷ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 129, párr. 1.

⁸ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 1.

sistema, gozando de igual valor en términos materiales y axiológicos. A través de la técnica de la ponderación se debe optimizar el valor o bien jurídico y darle la mayor efectividad posible habida cuenta de las circunstancias del caso⁹.

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. Al respecto 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”*¹⁰. 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*¹¹.

La Comisión Interamericana ha señalado, además, la íntima relación entre el derecho de reunión y la libertad de expresión, al afirmar que *“(…) en el momento de hacer un balance sobre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino, en todo caso, uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático”*¹².

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”*¹³. Así, las restricciones al derecho a protestar pacíficamente no deben constituir un obstáculo para el orden público.

⁹ Sobre la ponderación en caso de conflicto entre derechos fundamentales o entre éstos y otros bienes constitucionalmente tutelados, Vid. BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

¹⁰ CIDH, Capítulo V, Informe Anual 1994, “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88, Doc. 9 rev.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, T-456-92, Sentencia del 14 de julio de 1992, disponible en <http://ramajudicial.gov.co>.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 93, párr. 150.

¹³ Corte Europea de Derechos Humanos: Gulizar Tuncer vs. Turquía, 8 de febrero de 2011, párr. 30. Es pertinente recordar que, en España, el gobierno, ante el llamado movimiento “de los indignados del 15 M” que ocupó plazas de diversos lugares del país días antes de una elección a nivel de Municipios y Comunidades Autónomas, decidió no desalojar las plazas precisamente en base a la citada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Vid. [\[http://www.lavanguardia.com/politica/elecciones-2011/20110520/54158192830/rubalcaba-no-aclara-si-ordenara-desalojar-las-acampadas-de-los-indignados.html\]](http://www.lavanguardia.com/politica/elecciones-2011/20110520/54158192830/rubalcaba-no-aclara-si-ordenara-desalojar-las-acampadas-de-los-indignados.html), [\[http://www.abc.es/20110520/espana/abci-policia-201105201955.html\]](http://www.abc.es/20110520/espana/abci-policia-201105201955.html), [\[http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/20/madrid/1305917126.html\]](http://www.elmundo.es/elmundo/2011/05/20/madrid/1305917126.html).

Por otra parte, también es importante señalar que los instrumentos internacionales y los órganos de los tratados han señalado algunas pautas respecto a cómo deben actuar las fuerzas policiales cuando deben hacer uso de la fuerza. Ello debe ser especialmente considerado en los casos de intervención para restablecer el orden público.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos (Corte IDH), la facultad del uso de la fuerza por parte de agentes del Estado no es ilimitada y está sometida a estrictos estándares de proporcionalidad, sobre todo en consideración a que los derechos comúnmente afectados son el derecho a la vida y a la integridad física. En este sentido la Corte IDH ha señalado que “[e]stá más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”¹⁴.

El test de proporcionalidad aplicado a la fuerza pública considera los hechos específicos de cada caso donde la peligrosidad de las personas que son afectadas por una acción estatal y la conducta asumida por ellas constituyen un elemento relevante para determinar la licitud de la interferencia al derecho a la vida e integridad física. Es así como las necesidades de la situación y el objetivo que se trata de alcanzar son relevantes para determinar la legalidad y proporcionalidad de la medida. Sin embargo, es importante tener presente que el hecho de enfrentar una conducta o acción adversa de sujetos “supuestamente peligrosos” no otorga al Estado la posibilidad de usar la fuerza más allá de lo estrictamente necesario¹⁵. Por el contrario, el Derecho Internacional contempla distintos instrumentos que establecen ciertos parámetros a los que debe sujetarse la acción estatal. En efecto el artículo 3 del Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley¹⁶, establece que “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*”.

2.3. El derecho de manifestación y las políticas públicas sobre seguridad ciudadana

Las manifestaciones públicas son abordadas frecuentemente por las autoridades administrativas de cada país desde una perspectiva de seguridad ciudadana, especialmente por la posibilidad que en el contexto de las manifestaciones se realicen actos delictivos que afecten la integridad física de las personas así como la propiedad pública y privada. En caso de colisión de derechos deben sopesarse las razones a favor de cada valor o bien

¹⁴ Corte IDH: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No.4, párr. 154, *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 162, *Caso Neira Alegría y otros*, Sentencia del 19 de julio de 1995. Serie C No. 20 párrafo 75.

¹⁵ Es así como en el caso *Neira Alegría y Otros* la Corte IDH estableció “la alta peligrosidad de los detenidos en el Pabellón Azul del Penal San Juan Bautista y el hecho de que estuvieren armados, no llegan a constituir, en opinión de esta Corte, elementos suficientes para justificar el volumen de la fuerza que se usó”.

¹⁶ Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979.

jurídico y buscarse el justo punto de equilibrio entre los valores, no necesariamente sacrificando uno a favor del otro.

De acuerdo a la Corte IDH, en la relación entre la protección del derecho de reunión y la necesidad de compatibilizar su ejercicio respecto a la prevención de situaciones de violencia, resulta en principio inadmisibles la penalización per se de las demostraciones en la vía pública cuando se realizan en el marco del derecho a la libertad de expresión y del 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 limitación (la penalización) satisface un interés público imperativo necesario para el funcionamiento de una sociedad democrática¹⁷.

Así mismo, un Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Seguridad y Derechos Humanos del año 2009 afirmó que las autoridades estatales tienen la obligación de prevenir y, en su caso, controlar cualquier forma de conducta violenta que vulnere los derechos de cualquier persona bajo su jurisdicción. No obstante, en la adopción de medidas dirigidas a cumplir con esa obligación debe considerarse, según la Comisión, que en algunas ocasiones el ejercicio del derecho de reunión puede distorsionar 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, señala, esas 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 expresarse¹⁸.

2.4. Requisitos de las restricciones al derecho de manifestación

El Comité de Derechos Humanos ha sostenido que se pueden imponer restricciones a las manifestaciones públicas siempre que tengan como objetivo proteger alguno de los intereses enumerados en los artículos 19 (derecho a la libertad de expresión) y 21 (derecho a la libertad de reunión) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Acerca de la posibilidad de restricciones, dicho Comité ha sostenido que el derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y que toda restricción impuesta al ejercicio de ese derecho debe responder a una rigurosa justificación¹⁹.

En un sentido similar, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Relatoría para la Libertad de Expresión señala que, a pesar de la importancia otorgada tanto a la libertad de expresión como a la libertad de reunión pacífica para el funcionamiento de una sociedad democrática, esto no las transforma en derechos absolutos. En efecto, los

¹⁷ Cfr. Corte IDH: Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párrafos 96 a 98.

¹⁸ Cfr. CIDH, “Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos”, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, pág. 91, párr. 198.

¹⁹ Cfr. Comité DH, Caso Tae-Hoon Park c. República de Corea, Decisión del 3 de noviembre de 1998, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>. Comunicación No. 628/1995: República de Corea. 03/11/98. CCPR/C/64/D/628/1995 (jurisprudencia), párr. 10.3.

instrumentos de protección de los derechos humanos establecen limitaciones a ambos derechos.

2.4.1. Restricciones al derecho de reunión deben ser establecidas por ley

Los requisitos de las restricciones al derecho de reunión son consignados en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, exigiéndose que deben estar establecidas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública²⁰.

Es pertinente mencionar que, respecto al significado que debe atribuirse al término ley en relación a la restricción de derechos fundamentales, la Corte IDH ha expresado en una Opinión Consultiva que *“en tal perspectiva no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general. Tal interpretación conduciría a desconocer límites que el derecho constitucional (...)”*²¹. También la Corte señaló que *“en cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”*²².

La regulación del derecho de reunión en Chile no cumple con el requisito establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos respecto a que las eventuales restricciones estén establecidas por ley. En efecto, la normativa que regula el ejercicio del derecho de reunión en lugares de uso público es el Decreto 1086, de 16 de septiembre de 1983, y el objeto de ese decreto es cumplir con el mandato constitucional consignado en el artículo 19 N° 13 inciso 2 de la Constitución, el cual establece que *“Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”*. Además, la regulación del derecho de reunión se contradice también con el principio de reserva legal de los artículos 19 N° 26 y 63 N° 20 de la Constitución Política, en virtud de los cuales la regulación y limitación de los derechos fundamentales debe establecerse por ley²³.

²⁰ Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 130, párr. 2.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6-86/1986, 9 de mayo de 1986, párr. 26.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos: *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva 6-86/1986, 9 de mayo de 1986, párr. 27.

²³ No obstante, cabe señalar que tanto el Tribunal Constitucional como la Contraloría General de la República han señalado que el derecho de reunión constituye una excepción al principio de reserva legal de acuerdo a lo establecido en la constitución. Ambos pronunciamiento no se refieren a lo dispuesto por los tratados internacionales de derechos humanos.

2.4.2. Notificación o aviso previo en las manifestaciones públicas

Otro aspecto vinculado a las restricciones al derecho de manifestación al que han hecho referencia los órganos de los tratados, es el de la necesidad de una notificación o autorización previa. Sobre este punto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido que el requisito de que se notifique a la policía antes de realizar una manifestación no es incompatible con el artículo 21 del PIDCP (derecho de reunión)²⁴. Sin embargo, la exigencia de una notificación previa no debe transformarse en la exigencia de un permiso previo otorgado por un agente con facultades ilimitadamente discrecionales.

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que *“la finalidad en la reglamentación del derecho de reunión no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Por el contrario, la reglamentación que establece, por ejemplo, el aviso o notificación previa, tiene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades del resto de la comunidad”*²⁵. Un agente por lo tanto, no puede denegar un permiso porque considere que es probable que la manifestación ponga en peligro la paz, la seguridad o el orden público, sin tener en cuenta si se puede prevenir el peligro a la paz o el riesgo de desorden alterando las condiciones originales de la manifestación (hora, lugar, etc). Como ha señalado también la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, las limitaciones a las manifestaciones públicas sólo pueden tener por objeto evitar amenazas serias e inminentes, no bastando un peligro eventual²⁶.

En Chile, el artículo 2 del citado Decreto 1086 regula la notificación o permiso para la realización de reuniones en lugares de uso público de la siguiente manera:

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

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

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

Cfr. Tribunal Constitucional, sentencia Rol 239, de 16 de julio de 1996; Contraloría General de la República, Dictamen 78.143, de 14 de diciembre de 2011.

²⁴ Comité DH, Caso Kivenmaa c. Finlandia, Decisión del 10 de junio de 1994, disponible en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/>. Comunicación No. 412/1990: Finlandia. 10/06/94. CCPR/C/50/D/412/1990 (jurisprudencia), párr. 9.2.

²⁵ CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, 2006, párr. 57

²⁶ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 34.

recorrido, donde se hará uso de la palabra, qué oradores lo harán y dónde se disolverá la manifestación;

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

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

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

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

No obstante, en el precepto transcrito los requisitos que se exigen en la presentación a la autoridad lo convierten prácticamente en una solicitud de autorización quedando incluso facultada la Intendencia o Gobernación para “no autorizar” en determinados casos las reuniones en lugares de uso público.

2.5. Especial referencia al derecho de manifestación de las niñas, niños y adolescentes

Considerando que el “Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público” surge en un contexto y como respuesta a varios meses de movilizaciones de estudiantes secundarios y universitarios, es pertinente también señalar algunas consideraciones sobre el derecho a la manifestación de niños, niñas y adolescentes.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha entendido que la niñez requiere de una especial regulación y protección. En especial, el “principio del Interés superior del niño” exige que al decidir una medida, de cualquier índole, que vaya a afectar a un niño, una consideración primordial a la que se atienda sea el interés superior del niño (Art. 3, Convención Internacional sobre Derechos del Niño, CDN). Por otra parte, el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, establece el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procedimientos que los afecten, pues “*se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afecten su vida*”²⁷.

La Corte Suprema de Justicia en Chile por su parte ha aplicado directamente varias disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño, señalando que las sanciones a estudiantes que participan del movimiento estudiantil pueden significar una vulneración de

²⁷ Comité de Derechos del Niño: Comentario General N° 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 81.

la libertad de expresión de los niños, niñas y adolescentes. Por su relevancia, transcribimos parte de su argumentación:

“Que, aunque es evidente que el estudiante postulaba acción política entre sus compañeros y criticaba fuertemente el régimen legal de enseñanza y a su colegio (fs. 21), el comportamiento de la recurrida contraría la libertad de expresión asegurada a todos en el numeral 12 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, porque sanciona la legítima comunicación de ideas. Pero, además, transgrede el ordenamiento jurídico internacional de carácter particular de los niños vigente en el país de conformidad con lo previsto en el artículo 5° del mismo texto en cuanto reconoce la existencia de los derechos humanos de los niños, y entre éstos, los derechos de carácter político. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño en sus artículos 12, 13, 14, 15 y 17 previene las libertades de opinión, expresión, asociación, conciencia y de religión; y es incuestionable que se trató de impedir que el estudiante manifestara sus convicciones. Finalmente a este respecto es necesario señalar que en la especie no se advierte ningún motivo que justifique el proceder del establecimiento educacional, puesto que es evidente que no se tuvo en cuenta razones relacionadas con el interés superior del niño, en la especie con la preservación y fortalecimiento de su desarrollo formativo, sino únicamente la negativa valoración de sus posiciones”²⁸.

Diversos organismos internacionales manifestaron a su vez su preocupación por la excesiva violencia policial utilizada en las manifestaciones de los estudiantes afirmando que no debe utilizarse la fuerza pública de manera desproporcionada de una manera que afecte el derecho de reunión de los jóvenes. Así, UNICEF²⁹ y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁰ comunicaron al Gobierno de Chile su preocupación por la acción gubernamental en contra de la movilización estudiantil, pues el “uso excesivo de la fuerza” ha implicado un atentado en contra de los derechos de los jóvenes, niños y niñas que se manifiestan para rechazar el actual modelo educativo, afectando, entre otros, su derecho de reunión y de manifestación.

2.6. La protesta social y las “tomas”: la necesidad del elemento “pacífico”, la colisión con derechos de terceras personas y los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia

Uno de los aspectos más debatidos del proyecto de ley desde una perspectiva de estándares de derechos humanos es que penaliza la invasión, ocupación o saqueo de “viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquier

²⁸ Corte Suprema de Justicia: sentencia Rol N° 1.740-2009, de 23 de abril de 2009, Considerando Jurídico 4.

²⁹ Se encuentra la declaración en <http://www.unicef.cl/unicef/index.php>.

³⁰ El día 6 de agosto la CIDH, y sus relatorías de Derechos de la Niñez y de Libertad de Expresión manifestaron su preocupación por los graves hechos de violencia ocurridos en las manifestaciones estudiantiles llevadas a cabo en Chile, el jueves 4 de agosto, que habrían significado la detención y uso desproporcionado de la fuerza en contra de centenares de manifestantes, entre ellos estudiantes secundarios y universitarios. Entre otras cosas, la Comisión instó al Estado chileno a “adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno respeto por los derechos a la libertad de expresión, a la reunión y a la manifestación, imponiendo solamente aquellas restricciones que resulten estrictamente necesarias y proporcionales y que toman en cuenta la obligación especial del Estado de garantizar los derechos de los estudiantes secundarios y universitarios”. El comunicado completo de la Comisión se encuentra en <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/87-11sp.htm>.

otro, sean privados, fiscales o municipales”, dentro de las que estarían comprendidas las llamadas “tomas”, cuestión que podría afectar, tanto la libertad de reunión como la libertad de expresión.

A continuación, revisaremos los siguientes aspectos referentes a las tomas u ocupaciones: a) el carácter de pacífico como requisito b) la posible colisión con derechos de terceras personas; c) la distinción entre la utilización de fuerza y la existencia de violencia en las tomas u ocupaciones; d) y la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a las tomas o cupaciones de establecimientos educacionales.

2.6.1. El carácter de pacífico como requisito de las “tomas” para que constituyan un ejercicio del derecho a la protesta

Como principio general, todo ejercicio de los derechos a la libertad de reunión y libertad de expresión, incluida las manifestaciones y *las tomas* u ocupaciones, tienen como requisito en el ámbito de los derechos humanos, que se realicen de manera pacífica. Se trataría en estos casos de acciones colectivas que buscan expresar una posición respecto de un tema sobre el cual se pretende llamar la atención general o de determinadas autoridades, y que para estar amparada desde el punto de vista de derechos humanos, debe cumplir con dicho requisito.

El Relator especial sobre el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas de las Naciones Unidas, Sr. Maina Kiai, en 2012³¹ se ha referido a lo que se debería entender como reunión y como reunión pacífica.

“Se entiende por "reunión" la congregación intencional y temporal de personas en un espacio privado o público con un propósito concreto. Por lo tanto, el concepto abarca manifestaciones, asambleas en el interior de locales, huelgas, procesiones, concentraciones, e incluso sentadas. Las reuniones desempeñan un papel muy dinámico en la movilización de la población y la formulación de sus reclamaciones y aspiraciones, pues facilitan la celebración de eventos y, lo que es más importante, ejercen influencia en la política pública de los Estados”.

“El Relator Especial está de acuerdo en que las normas internacionales de derechos humanos amparan únicamente las reuniones pacíficas, o sea, las de carácter no violento y cuyos participantes tienen intenciones que se presumen pacíficas. De conformidad con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "una persona que mantenga un comportamiento o intenciones pacíficas no perderá el derecho a la libertad de reunión pacífica como consecuencia de actos esporádicos de violencia u otros actos punibles cometidos por otras personas durante una manifestación”.

En cuanto a una caracterización, incluso más específica, de lo que se considera pacífico, podemos resaltar lo desarrollado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) en sus “Directrices sobre Libertad a la Reunión Pacífica”³².

³¹ Relator Especial sobre el derecho a la Libertad de Reunión y Asociación Pacífica. Informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos, 21 de mayo de 2012. Párr. 24 y 25. Disponible en: <http://daccess-ods.un.org/TMP/3973153.82957459.html>

“(…) El término “pacífico” debería ser interpretado para incluir conductas que puedan incomodar u ofender a personas opuestas a las ideas o demandas que la reunión promueve, incluso conductas que deliberadamente impiden u obstruyen las actividades de terceros. Así, por ejemplo, las reuniones que involucran solamente resistencia pacífica, o los bloqueos con sentadas (sit-down blockades) deberían ser caracterizadas como pacíficas (…)”³³.

2.6.2. Las tomas y la colisión con los derechos de terceras personas

Aun considerando lo expresado anteriormente, las manifestaciones y/o las tomas u ocupaciones pueden afectar intereses o derechos de terceros; la libertad personal, la propiedad privada, la libertad de enseñanza, el derecho a la salud y al trabajo, entre otros, puesto que alteran y/o rompen con el normal desarrollo de las actividades de los particulares no involucrados en las mismas.

Será necesario que los tribunales de justicia realicen un ejercicio de ponderación de derechos para determinar en qué situaciones esas acciones pueden ser permitidas o, en cambio, pudieran ser objeto de restricciones o, incluso, ser prohibidas - no necesariamente penalizadas-. En ese ejercicio de ponderación, sin duda habrá que sopesar el carácter pacífico o no de la ocupación, si se trata de un lugar público o privado, y también quienes son los actores involucrados en la toma u ocupación, considerando que hay grupos y colectivos que presentan mayores dificultades que otros para ejercer su libertad de expresión dada su condición de mayor marginalidad o vulnerabilidad. Así lo ha expresado la Relatoría de la CIDH al señalar que en muchos países la protesta es muchas veces el único mecanismo al cual ciertos grupos sociales pueden recurrir para expresar sus demandas³⁴. La ponderación entre derechos debe considerar además el contenido mismo de las demandas y su grado de legitimidad.

Desde el punto de vista de terceras personas que puedan verse afectados por las acciones de protesta, también hay algunas consideraciones relevantes que realizar, como por ejemplo, si se trata de un lugar de libre acceso público, de un lugar de propiedad pública o si se trata de un lugar privado. En este último caso la protección de la propiedad cobra mayor énfasis que en el caso de las primeras porque evidentemente los privados soportarían una carga excesivamente gravosa en comparación a los demás. Sin embargo, cuando el peso de la restricción la soporta el Estado deben hacerse otro tipo de consideraciones a fin de

³² OSCE-ODIHR. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly. 2007. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/24523>

³³ “(…) The term “peaceful” should be interpreted to include conduct that may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that an assembly is promoting, and even conduct that deliberately impedes or obstructs the activities of third parties. Thus, by way of example, assemblies involving purely passive resistance, or sit-down blockades, should be characterized as peaceful. (…)” OSCE-ODIHR. Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly. 2007. Disponible en: <http://www.osce.org/odihr/24523>. Párr. 22.

³⁴ *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2005, Volumen II, Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7, 27 de febrero de 2006, página 131, párr. 1.

determinar la proporcionalidad de la restricción de los derechos. Así, en primer lugar, debe analizarse quienes son las principales personas afectadas por acciones como las tomas.

En todo caso, los conflictos con terceros que se produzcan por el ejercicio práctico de la libertad de expresión y el derecho de reunión deben resolverse de manera casuística. La determinación *a priori* sobre qué derecho prevalece en caso de colisión puede conducir a situaciones injustas o violatorias de derechos humanos³⁵ por lo que será de competencia de los tribunales de justicia hacer dicho ejercicio.

2.6.3. La distinción entre la utilización de fuerza y la existencia de violencia en las tomas u ocupaciones³⁶

Si llevamos el concepto de fuerza a las manifestaciones pacíficas en el marco de la definición sobre reunión pacífica desarrollada por el Relator Especial para la Libertad de Reunión y Asociación de la ONU, es posible considerar que se ejerza fuerza en las manifestaciones -ya que deliberadamente obstaculizan y entorpecen actividades de terceros contra su voluntad, o incluso, ejercen poder físico sobre algo-, y que aún así sean protegidas por el derecho de los derechos humanos. En estas situaciones la fuerza no es el ingrediente central de la manifestación u ocupación y se la considera aceptable en pos del ejercicio del derecho a la reunión y libertad de expresión. Además, habrá que aplicar caso a caso el test de ponderación en relación a los derechos de terceros que se pudieran ver afectados.

Lo que no resulta protegido por el derecho de los derechos humanos es el ejercicio de la libertad de reunión con o a través de acciones de violencia. La violencia ha sido definida por la Organización Mundial de la Salud³⁷, como “*El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*”. Este concepto contempla el concepto de fuerza como una de las formas de ejercer violencia, sin embargo, para que esa

³⁵ Como lo señala Villaverde en relación al clásico conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor “Cuando se pondera para resolver el conflicto, no se parte de la existencia de límites a uno y otro derecho fundamental. No se parte, por ejemplo, de que el insulto no puede ser el objeto de la libertad de expresión porque de serlo privaría al insultado de su derecho al honor y no lo sometería tan sólo a un límite –límite que bien podría derivar del interés general que cabe predicar de la opinión sujeta a examen-. Cuando se pondera en casos como éste, lo que se indaga es cuál de los dos derechos merece en el caso concreto una protección preferente, de manera que, una vez optado por uno de ellos –por ejemplo, la capital importancia que para el sistema democrático tiene un debate libre y robusto de ideas- justificaría la prevalencia del insulto proferido por un político en campaña electoral dirigido contra su adversario, o la de un espectador presente en un mitin político que se alza para insultar a uno de los oradores, sobre el derecho al honor del injuriado. El límite ya no deriva de una norma constitucional –la que dice que el insulto no es objeto de la libertad de expresión-, sino de la resolución ponderada del caso concreto”. Villaverde, “La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad”, Carbonel (ed), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador*, Quito, Ecuador, 2008, página 177.

³⁶ La distinción entre “fuerza” y “violencia” sirve para los efectos del análisis de estándares de derechos humanos y no responde necesariamente a las distinciones que se realizan en el ámbito penal.

³⁷ WHO Global Consultation on Violence and Health. Violence: a public health priority. Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 1996 (documento WHO/EHA/SPI.POA.2). Citado y explicado además en OPS. Informe mundial sobre la violencia y la salud. 2003, p. 5. Disponible en: http://www.paho.org/Spanish/AM/PUB/capitulo_1.pdf

fuerza sea “violencia” también debe concurrir una intencionalidad y sobre todo, afectar la integridad física y psíquica de las personas. La fuerza es uno de los medios por los cuales la violencia puede ejercerse, pero no toda fuerza es necesariamente violencia. Llevado esto al ámbito de las manifestaciones, una reunión o acción colectiva en la que se ejerza violencia sobre las personas o se pretenda hacerlo es ilegítima y carece de la protección de que gozan las manifestaciones pacíficas.

En el caso concreto de las ocupaciones de establecimientos, en estas manifestaciones evidentemente se ejerce un grado de uso de la fuerza (a personas y cosas), que no implica necesariamente la pérdida de la condición de pacífica, siempre y cuando, la fuerza se ejerza dentro de marcos razonables que no alteran sustancialmente el objetivo pacífico que estas buscan. Muy distinto es el uso de violencia en una toma, que implica intenciones de daño hacia personas, pudiendo calificarse la manifestación como no-pacífica. Incluso, se podría entender la existencia de violencia contra cosas, cuando justamente se pretende dañarlas, sin ninguna finalidad legítima o amparada por los estándares internacionales.

El factor tiempo y los motivos que justifican la “toma” deben ser considerados a la hora de evaluar su legitimidad. Es diferente la situación cuando la acción de fuerza es realizada por un período de tiempo suficiente para llamar la atención a las autoridades respecto de situaciones de interés público que no han encontrado satisfacción dentro de los canales institucionales, que cuando la acción de fuerza se extiende en el tiempo provocando graves trastornos que pueden afectar o interferir en el legítimo ejercicio de otros derechos.

2.6.4. La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a las tomas u ocupaciones de establecimientos educacionales

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia chilenos, en esta materia, ha sido variada. Frente a solicitudes de desalojo de establecimientos educacionales, hay fallos que consideran que las “tomas” son “acciones ilícitas” y sus dirigentes “instigadores”³⁸, y fallos que plantean que se trata de manifestaciones de un conflicto político.

De acuerdo a esta última, y en particular en los últimos meses del 2011 varias cortes de apelaciones del país planteaban que la solución no debía ser judicial y que es la autoridad política quien debiera generar los canales y mecanismos de solución. Así por ejemplo, en una de dichas sentencias, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, al referirse al conflicto educacional del año 2011, afirmó que *“dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y dado que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución escapa del ámbito, entre otros, de sus sostenedores, toda vez que ha sido la acción de los estudiantes de sus propios establecimientos educacionales apoyados, incluso, por sus profesores, padres y apoderados, quienes han interrumpido la continuidad del proceso de enseñanza aprendizaje, interrupción que logran con estas tomas y retomas”*³⁹.

³⁸ Cfr. Corte de Apelaciones de Santiago: sentencia Rol N° 2955-2007, de 22 de agosto de 2007, Considerando Jurídico 7.

³⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta: sentencia Rol N° 578-2011, de 29 de septiembre de 2011.

En un sentido similar se pronunció también la Corte de Apelaciones de Arica que rechazó un recurso judicial que solicitaba el desalojo de un establecimiento educacional. La Corte consideró que *“las conductas aludidas son el reflejo, a nivel de un ámbito estudiantil determinado, cual es el Colegio Cardenal Antonio Samoré, de lo que ha sucedido con el movimiento estudiantil nacional secundario y la programación de los llamados “Paros” o “Protesta”; en efecto es un hecho público y notorio que las tomas de los establecimientos educacionales se han mantenido en el tiempo, como una forma de presionar al gobierno en el marco de una movilización nacional”*⁴⁰.

La Corte de Apelaciones de Valdivia rechazó la solicitud de desalojo de la Municipalidad de La Unión, señalando que *“es necesario precisar que la toma por los estudiantes de los liceos municipales, a que se refiere este recurso, y muchos otros interpuestos a lo largo del país, es una acción de los propios estudiantes quienes, organizados a nivel nacional, son actores principales en un conflicto que afecta a la sociedad en su conjunto y, en especial, a las instituciones políticas y que se ha expresado de variadas formas, como tomas y marchas, manifestadas tanto a nivel local y regional como nacional, lo que constituyen hechos evidentes o de público conocimiento. Así, se observa que estamos en presencia de un conflicto de naturaleza política, siendo ese el ámbito en que procede darle la debida solución y no en sede jurisdiccional como se pretende en este caso en que están involucrados estudiantes, padres, apoderados y autoridades municipales, de gobierno, tanto provincial, regional y nacional”*⁴¹. Señala también la Corte que *“cabe reflexionar, sobre el actuar de los estudiantes, movilizados a nivel nacional, ya por largos meses y la falta de respuesta al conflicto, por quien es el llamado a responder. Claro está, pues dada la naturaleza política del conflicto del que son parte estos estudiantes, del que estas tomas son una manifestación, conflicto político de carácter nacional, y observando que éste tiene como actores principales a los estudiantes y al Gobierno, representado por el Ministro de Educación, su solución debe ser acordada por quienes intervienen en el conflicto”*⁴².

En estos casos sólo es comprensible la falta de ejercicio de ponderación entre derechos por parte de los jueces por la magnitud del problema y la necesidad de que su solución sea de carácter integral y general. No obstante, se encuentra pendiente un mayor desarrollo por parte de los tribunales de justicia en estas materias a futuro.

Por otra parte, recientemente ha habido varios fallos en un sentido contrario, es decir, que acogen recursos de protección presentados por las municipalidades, fundamentándose en la existencia de una violación al derecho de propiedad de la Municipalidad respecto de los bienes inmuebles municipales.⁴³

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Arica: sentencia Rol N° 287-2011, de 29 de septiembre de 2011, Considerando Jurídico 7.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 421-2011, de 18 de octubre de 2011, Considerando Jurídico Séptimo.

⁴² Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 421-2011, de 18 de octubre de 2011, Considerando Jurídico Octavo.

⁴³ Cfr. Corte de Apelaciones de Valdivia: sentencia Rol N° 583-2011, de 10 de enero de 2011; Corte de Apelaciones de Arica: Sentencia Rol N° 341-2011, de 4 de noviembre de 2011; Corte de Apelaciones de Valparaíso: Sentencia Rol N°460-2011 de 14 de septiembre de 2011 de 20 de marzo de 2012. En algunos de estos casos los fallos fueron revocados por la Corte Suprema pero ello fue porque al momento de conocerse la apelación ya las tomas habían cesado.

Otro fallo contrario a la toma que muestra un razonamiento diferente del descrito en los párrafos anteriores se encuentra en la sentencia Rol N° 955-2007 de la Corte de Apelaciones de Santiago. En el se sostiene frente a una toma que: *“Que sin perjuicio de que la acción adoptada por los afectados fue ilegal en sí misma (la toma), pues no existe texto legal ni doctrina alguna que legitime una toma, resulta del texto del libelo que además tal acción fue indudablemente arbitraria, es decir caprichosa y ajena a toda razón, pues de su lectura se desprende nítidamente que la toma que originó estos autos, no fue provocada por cargos o quejas que los afectados o el resto de los alumnos tuvieran contra los recurridos sino que se fundamentó en elementos por completo ajenos a la voluntad de éstos como son el hecho de existir algunos trabajos pendientes de la construcción del edificio y el hecho que las autoridades nacionales no hayan dado completa satisfacción al Acuerdo Nacional, hechos que escapan por completo a la responsabilidad del Director del Establecimiento y de la Corporación Municipal de La Florida, por lo que no cabe sino concluir que la actitud de los propios afectados constituyó no sólo un acto ilegal, como ya se ha dicho, sino también arbitrario, que constituyó la causa inmediata de la sanción administrativa que, vía Reglamento, se aplicó a los líderes de tal ilícito”*⁴⁴.

Aunque no directamente relacionado, es importante señalar que entre julio del año 2011 y julio del año 2012 la jurisprudencia ha sido mayoritaria en acoger los recursos de protección interpuestos por los apoderados(as) de estudiantes expulsados(as) por participar de tomas, en base a vulneraciones de diversos derechos constitucionales, especialmente el principio de igualdad y el derecho a un debido proceso, además de hacer referencia en varios fallos al Interés Superior del Niño consagrado en la Convención de Derechos del Niño⁴⁵. En estos casos, si bien no existe un análisis explícito de la legitimidad o no de las ocupaciones de los recintos educacionales, la argumentación desarrollada por los Tribunales Superiores de Justicia deja de manifiesto que la toma por sí misma, no es causal

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago Sentencia Rol 2955-2007. Considerando 3°,

⁴⁵ *Vid.* al respecto, a modo ejemplar:

Corte de Apelaciones de San Miguel: sentencia Rol N° 187-2011, de 5 de septiembre de 2011, considerando 12 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 8880-2011, de 30 de septiembre de 2011); sentencia Rol N° 244-2011, de 14 de octubre de 2011, Sentencia Rol N° 296-2011 de 19 de noviembre de 2011 (Confirmada con dos votos en contra por la Corte Suprema, Rol 11469-2011, 11 de enero de 2012); sentencia Rol N° 219-2011, de 13 de octubre de 2011, sentencia Rol N°194-2011, de 12 de septiembre de 2011 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 9105-2011 de 19 de octubre de 2011); sentencia Rol N° 252-2011, de 28 de octubre de 2011.

Corte de Apelaciones de Valparaíso: sentencia Rol N° 508-2011, de 18 de octubre de 2011;

Corte de Apelaciones de Puerto Montt: sentencia Rol N° 343-2011, de 31 de enero de 2012 (confirmada por sentencia de la Corte Suprema de Justicia con un voto en contra, Rol N° 1772-2012, de 27 de febrero de 2012).

Corte de Apelaciones de Santiago: sentencia Rol N° 933-2012, de 4 de junio de 2012; sentencia Rol N° 15876-2011, de 14 de noviembre de 2011, sentencia Rol 808-2012 de 12 de abril de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3279-2012 de 10 de julio de 2012), Sentencia Rol N° 2266-2012, de 4 de mayo de 2012 (confirmada por unanimidad por sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Rol N° 4001-2012 de 8 de junio de 2012), Sentencia Rol 3533-2012 de 16 de mayo de 2012.

Corte de Apelaciones de Temuco: sentencia Rol N° 232-2011, de 3 de noviembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Iquique: sentencia Rol N° 473-2011, de 12 de diciembre de 2011.

Corte de Apelaciones de Concepción: sentencia Rol N°1125 -2011, de 3 de octubre de 2011.

de expulsión inmediata, sino que debe desarrollarse un proceso con todas las garantías para evaluar si el hecho de la ocupación puede o no incumplir con las normas de convivencia del recinto.

3. Consideraciones sobre el Proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público (mensaje 196-359)

El INDH es de la idea que no se requiere modificar los tipos penales que ya existen puesto que esto permite abordar las situaciones de violencia que se producen en materia de orden público. El derecho a manifestar así como la realización de tomas y ocupaciones de manera pacífica se encuentran amparadas por el derecho de los derechos humanos y son expresión del ejercicio del derecho a reunión y de la libertad de expresión de acuerdo a los estándares de derechos humanos descritos en la presente minuta. No obstante, es deseable avanzar en la regulación legal del derecho a reunión y en ese marco introducir causales específicas y aceptables que puedan limitar el ejercicio de dicho derecho. En efecto, tal como se ha dicho, el derecho a reunión no es absoluto y puede ser restringido en función de ciertas causales como el orden público, a través de una norma legal y no de un decreto como lo es en la actualidad.

En relación al proyecto, y no obstante la opinión anterior, cabe analizar desde el punto de vista del cumplimiento de estándares de derechos humanos el proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público.⁴⁶

Este consta de cuatro artículos, cada uno con modificaciones a diferentes cuerpos legales. El artículo 1° introduce modificaciones al Código Penal y es el artículo que central del proyecto por cuanto modifica la figura penal de desórdenes públicos, creando una figura considerablemente más amplia al tipo penal preexistente. Se tipifica como delito los desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de “tomas”, paros en servicios públicos, cortes de tránsito, entre otras hipótesis, junto con los saqueos y otras figuras delictivas como el porte de armas, y se eleva la pena para el delito de atentado contra la autoridad, eliminando la multa como posible sanción.

El artículo 2° del proyecto introduce dos modificaciones al Código Procesal Penal, una para dar atribuciones a la policía para reunir pruebas en situaciones como las planteadas por el nuevo delito de desórdenes y otra moción que viene a complementar la Ley 20.253 conocida como “Ley Corta contra la Delincuencia” y que permite la revisión por vía de apelación de ciertas decisiones judiciales en casos de delitos muy graves.

El artículo 3° amplía la facultad de presentar querellas al Ministerio del Interior en una serie de casos, entre los cuales se encuentran los relativos a desórdenes y atentados contra la autoridad, así como los delitos contra policías y gendarmes en funciones.

⁴⁶ Mensaje N° 196-359, de 27 de septiembre de 2011.

Finalmente, el artículo 4° contiene una modificación a la Ley de Control de Armas, relativa a ampliar los verbos rectores en el delito de porte de armas.

A continuación, nos referiremos a algunos aspectos del proyecto de ley que merecen particular atención desde la perspectiva de los estándares internacionales de derechos humanos. En cada punto, haremos referencia a una comunicación conjunta de diversas relatorías del sistema universal de derechos humanos⁴⁷ que expresado su preocupación acerca de algunas cuestiones del proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público porque pudieran afectar la libertad de expresión y el derecho de reunión.

3.1. Amplitud del tipo penal de desórdenes. Penalización de actos de protesta.

El tipo penal de desórdenes que propone el proyecto y que sustituiría al Art. 269 asimila desórdenes con cualquier acto de fuerza o violencia. En este entendido, toda protesta o manifestación que de suyo lleva aparejado algún grado de desorden es equivalente a los actos de violencia que se puedan cometer. No hay por tanto una gradación en el tipo penal que permita hacer las distinciones mínimas que salvaguarden el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y del derecho a reunión expresados en la protesta social. Por tanto cualquier desorden “o cualquier otro acto de fuerza o violencia” serán sancionados en el caso que “importen” una de las seis hipótesis planteadas.

Algunas de estas hipótesis también resultan muy amplias:

- El N° 1 incluye el paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustible, agua potable, comunicaciones o transporte. Si no se exige gravedad de los desórdenes o actos de fuerza o violencia, las diferentes paralizaciones o huelgas (legales o no) de funcionarios fiscales, de la salud, de servicios de comunicación, etc, podrían constituir delito.
- N°2 Invasión, ocupar, saquear viviendas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales.

De acuerdo al proyecto, las diversas formas de expresión de la protesta social resultarían penalizadas y se mezclarían situaciones que hasta ahora no son delictivas, ni aparece justificado que lo sean en tanto limitan peligrosamente con el ejercicio de derechos fundamentales, como la toma de un Liceo o universidad, con otras situaciones que claramente constituyen delito, como los saqueos que hasta ahora están regulados a través del tipo penal de robo con fuerza en las cosas (artículos 440 a 445 del Código Penal).

En este sentido, cabe señalar que la Comisión Interamericana se ha referido expresamente a lo problemático que puede resultar la penalización de actos realizado en un contexto de protesta social. y ha sostenido que “es necesario valorar si la imposición de sanciones

⁴⁷ Se trata del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos.

penales se constituye como el medio menos lesivo para restringir la libertad de expresión practicada a través del derecho de reunión manifestado en una demostración en la vía pública o en espacios públicos. Es importante recordar que la criminalización podría generar en estos casos un efecto amedrentador⁴⁸. En efecto, la penalización de la protesta social en los términos que se establece podría constituirse en factor de inhibición por temor del ejercicio del derecho de reunión y la libertad de expresión.

A lo anterior es oportuno agregar que la comunicación realizada al Estado de Chile por parte de las Relatorías Especiales sobre Libertad de Expresión, Reunión y Defensores de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha señalado su preocupación precisamente por la excesiva amplitud que se le daría a los desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, señalando que *“esto podría resultar en la restricción de un gran número de protestas públicas que puedan reunir a personas en lugares públicos y, por tanto, puedan ocasionar interrupciones del transporte público y la libre circulación de personas y vehículos”*⁴⁹.

3.2. Penalización de actos de incitación

Por otra parte, el proyecto sanciona a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes, contemplando tres verbos rectores para ampliar el sujeto activo del delito, más allá de las normas generales de autoría. Ello abre la opción de sancionar penalmente a quienes convoquen u organicen movilizaciones masivas, siempre que “la ocurrencia de los mismos (desórdenes) haya sido prevista por aquéllos”.

Lo anterior implicaría trasladar o compartir la responsabilidad respecto de la mantención del orden público a quienes convocan a manifestaciones y que corresponde a las fuerzas policiales en tanto garantes del orden público, incluidos por cierto el respeto y garantía de los derechos de todas las personas. Es más, se atribuye a los convocantes la responsabilidad respecto de eventuales actos de violencia en el marco de las manifestaciones, aún cuando no tengan ninguna relación o vínculo con ellas.

En la misma comunicación antes referida de los Relatores se expresa al respecto que *“una persona que convoque una protesta pacífica sin intención de promover ni incitar a actos de fuerza o violencia, podría ser criminalizada en el caso de que la protesta se volviera violenta”*⁵⁰.

⁴⁸ CIDH, Capítulo IV, Informe Anual 2002, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, OEA/Ser. L/V/II. 117, Doc. 5 rev. 1, párr. 35

⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación conjunta de procedimientos especiales del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, en relación al proyecto de ley que fortalece el resguardo al orden público (boletín 7975 – 25)*, 23 de enero de 2012, pág. 2.

⁵⁰ *Ibíd.*

3.3 Penalización de las ocupaciones o “tomas” y de los cortes de tránsito

Una de las reformas al Código Penal que se introduce con el proyecto de ley, es la penalización de las tomas u ocupaciones de establecimientos públicos⁵¹. De acuerdo al artículo 269 n° 1, 2 y 3 que se proponen, cualquier tipo de toma u ocupación de los lugares señalados sería penalmente sancionado requiriéndose para ello que éstas sean realizadas con fuerza o con violencia.

En el caso de las “tomas” u ocupaciones cabe señalar que, como se indicó en los párrafos anteriores, si bien constituyen en principio una forma de manifestarse, éstas deben desarrollarse de manera pacífica, es decir dentro de ciertos parámetros de normalidad que habrá que evaluar caso a caso. El proyecto de ley enuncia éstas dos condiciones (violencia y fuerza), bastando solo la concurrencia de una de ellas para que se tipifique el delito. Esto quiere decir que una manifestación que utilice algún grado de fuerza pero no la violencia puede ser una conducta típica, incluyéndose como delito manifestaciones que podrían estar amparadas por la libertad de reunión y expresión, como lo es una toma pacífica.

Llama, además, especialmente la atención la regulación conjunta de este tipo de acciones con los saqueos, estableciendo la misma pena para ambos delitos.

En cuanto a los cortes de tránsito, la penalización de la conducta sólo exige que se impida o altere “la libre circulación de las personas o vehículos” en diversos lugares públicos. En el proyecto cualquier alteración del tránsito constituiría un delito aun cuando este no se desarrolle con violencia por parte de los manifestantes o personas que realicen esta acción como por ejemplo los *sittings*. Cabe subrayar que, por definición, la libertad de reunión se ejerce en lugares de uso público y sin permiso previo. Ello significa que, inevitablemente, cuando ella es masiva, irroga naturalmente la alteración o interrupción de la libre circulación de las personas. En estos términos, la construcción del tipo penal propuesto choca frontalmente con la norma del inciso primero del artículo 10 N°13 de la Constitución.

En el año 2008, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH se pronunció en relación con actos concretos que hacen parte de la protesta y señaló que: *“Las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se pueden presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión”*.

Junto con ello, en la comunicación conjunta de las relatorías del sistema de la ONU, además de señalar sobre este punto que la nueva tipificación de los desordenes públicos *“podría resultar en la restricción de un gran número de protestas públicas que puedan reunir a personas en lugares públicos”* también *“el Proyecto de Ley podría resultar en*

⁵¹ Vid. [<http://www.latercera.com/noticia/nacional/2011/10/680-397308-9-hinzpeter-dice-que-ley-antitomas-representa-a-la-gran-mayoria-de-chilenos.shtml>].

*restricciones excesiva en cuanto a las posibles ubicaciones de las protestas”*⁵². La comunicación de las relatorias es de esta forma coherente con todo lo expresado anteriormente acerca de que las protestas en lugares públicos deben tener una especial protección.

⁵² CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Comunicación conjunta de procedimientos especiales del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas y por la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de derechos humanos, en relación al proyecto de ley que fortalece el resguardo al orden público (boletín 7975 – 25), 23 de enero de 2012, pág. 2.*