



ARTÍCULO ORIGINAL

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

THE CONVENTIONAL AND CONSTITUTIONAL PARAMETER AGAINST THE CRIMINALIZATION OF SOCIAL PROTEST AND THE ROLE OF THE CRIMINAL JUDGE IN THE PROTECTION OF ITS LEGITIMATE EXERCISE 2021

 **Luis Enrique Sotomayor Saavedra¹**
Universidad Privada de Tacna
<https://orcid.org/0000-0002-9522-0801>

 **Delia Yolanda Mamani Huanca²**
Universidad Privada de Tacna
<https://orcid.org/0000-0002-0147-2275>

Recibido: 07/11/2023
Aceptado: 18/12/2023
Publicado online: 29/12/2023

RESUMEN

El objetivo general fue determinar de qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social. La Metodología fue tipo básica, con enfoque cuantitativo, de nivel descriptivo, de diseño no experimental y transversal, el levantamiento de datos se realizó usando la técnica del análisis documental mediante el instrumento guía de análisis documental, el cual fue debidamente validado por expertos en la materia. Los resultados de la investigación determinaron, que frente a una causa penal derivada del ejercicio del derecho de protesta social es concebido y reconocido no solo en nuestro máximo ordenamiento legal sino también por los instrumentos internacionales sobre derechos humanos; ello implica la asunción de un deber no solo de someternos a la jurisdicción de la CIDH sino de aplicar su jurisprudencia, los mismos que se conocen como los parámetros de convencionalidad o control de convencionalidad; donde los derechos humanos tienen carácter tuitivo y los jueces que resuelvan causas con tal connotación deben amparar su ejercicio por la naturaleza del mismo

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

¹ Maestro en Derecho Penal por la Universidad Privada de Tacna, Maestro en Derecho Civil por la Universidad Católica de Santa María. Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Penal de Tacna, docente de la UPT. lsotomayordj@mpfn.gob.pe

² Doctora en Derecho y Maestra en docencia universitaria y gestión educativa por la Universidad Privada de Tacna. Docente ordinario asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPT. delmamanih@upt.pe



ABSTRACT

The general objective was to determine how the conventional parameter is developed and of the criminal judge against the criminalization of social protest. The methodology used was basic, with a quantitative approach, descriptive level, non-experimental and cross-sectional design, the data collection was used by performing the documentary analysis technique through the documentary analysis guide instrument, which was duly validated by experts in the field. The results of the investigation determined that in the face of a criminal case derived from the exercise of the right to social protest, it is designed and recognized not only in our highest legal system but also by international instruments on human rights; this implies the assumption of a duty not only to submit to the jurisdiction of the IACHR but also to apply its jurisprudence, the same ones that are known as the parameters of conventionality or control of conventionality; where human rights have a protective nature and the judges who resolve cases with such connotation must protect their exercise due to the nature of the same

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

INTRODUCCIÓN

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

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

En tal escenario, el juez haciendo uso de su independencia judicial debe erigirse como aquel celoso guardián de los derechos fundamentales de los ciudadanos, no solo respecto a la tutela de los derechos subjetivos individuales, sino del propio sistema democrático, el cual es agraviado en su conjunto por conductas como la criminalización de la protesta social a través de los propios agentes del Estado como política para reprimir el activismo social; debiendo el juzgador llamado a conocer dichos procesos en específico, poder dilucidar cuando esta frente a conductas criminales legítimas como el cobro de cupos, la destrucción de la infraestructura pública, o casos legítimos de conductas criminalizadas, sirviéndose de sus facultades, y de diversos mecanismos procesales como los estados de necesidad y el análisis de la antijurídica material de la conducta (Casación N°374-2015), lo cual requiere conocer los parámetros convencionales y constitucionales de los mismos, así como un adecuado ejercicio de la ponderación entre bienes jurídicos legítimos de igual valía.

Es por tal que, se tiene la siguiente interrogante principal: ¿De qué manera se desarrolla el parámetro convencional y constitucional del juez penal frente a la criminalización de la protesta social?

METODOLOGÍA

El tipo de investigación es básica o pura, ello en razón al carácter preponderantemente teórico que presenta, el nivel es descriptivo, con un carácter argumentativo, puesto que lo que se pretende es la reflexión académica acerca de la protesta social a través del parámetro convencional y constitucional en los conflictos sociales que se desarrollan en el Perú. Se cuenta con un diseño documental o bibliográfico, ya que la fuente principal nacerá del estudio documental, doctrinal o teórico.

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

RESULTADOS

El análisis de los datos se realizó mediante el levantamiento de información tales como documentos, libros, revistas, artículos, tesis y otros obtenidos en bibliotecas, repositorios e internet; respecto de las protestas sociales más emblemáticas realizadas en los últimos 15 años

Tabla 1

Casos Emblemáticos Referidos a la Protesta Social

Nº	Caso emblemático	Año de ocurrencia
1	Caso El Baguazo	2009
2	Caso Pluspetrol Norte S.A y los pobladores de la comunidad nativa de Andoas	2008
3	Caso Proyecto Minero "Tía María" - Southern Perú Copper Corporation	2009
4	Caso Proyecto de Concesión Minera "Santa Ana"	2011
5	Análisis del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya	2020
6	Caso "Las Bambas"	2015

Análisis de la sentencia del caso "Baguazo" y la protesta social

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

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

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

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

vulnerándose su derecho a consulta previa, entre otros temas que como señala la sala “reducir la interpretación a ciertos hechos no permitirá entender lo que ocurrió.”

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

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

Entonces aunando en el análisis del presente, no existe algún peligro que ponga en riesgo el orden público o la sanidad pública tal como se dispone en la Constitución, pues simplemente se trataba de una protesta pacífica ante la indiferencia que encontraron dicho nativos en el gobierno, sumado a ello que se levantaron en protesta puesto que se encontraba en peligro sus territorios, debido a los decretos que permitían beneficiar a empresas mineras, petroleras, madereras explotando los recursos naturales que les pertenecían.

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

Por último, este conflicto se originó por un reclamo por parte de lo Wampis- Awajun el mismo que se venía realizando con anterioridad, así como un gobierno que criminalizó la protesta en tanto la única solución que se encontró fue el desalojo mediante el uso de la fuerza, el mismo que se encuentra conferido en la normativa y en las conductas de los funcionarios los cuales usando esta oportunidad dispusieron los diferentes operativos los cuales condujeron un final trágico. La criminalización de la protesta se dio básicamente porque esta se contrapuso a lo decretado convirtiéndose en un obstáculo en el desarrollo de la explotación de los recursos naturales de la Amazonia así pues se planteó el uso desmedido de la fuerza por parte del gobierno a través del uso de armas letales de guerra como los llamados fusiles AKM y un mal desarrollo de los operativos policiales dispuestos por el gobierno dejaron víctimas de ambos lados.

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

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

De modo general se puede señalar que la presente casuística trata de los pobladores de Andoas (Loreto) quienes iniciaron una manifestación en contra de la Empresa Petrolera Pluspetrol alegándose diversos temas, por un lado, se alega que esta protesta se debió a un reclamo por el aumento de sueldos pues esta empresa se encontraba vinculada a Graña y Montero, APC, Petrex entre otras empresas reconocidas, pero por otro lado se alega que se debía a un reclamo a fin de proteger su medio ambiente.

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

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

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

Se destaca también el fundamento Séptimo que señala que la finalidad de la protesta era realizar un reclamo en tanto se originó el paro del 21 y 22 de marzo del 2008 así pues, si bien en un primer momento los encausados señalaron que se debió al aumento de sueldos, de manera posterior estos señalaron que se encontraba vinculado a la contaminación de la zona estando así evidenciado el incumplimiento de acuerdos entre la comunidad y la empresa así como otros factores que determinaron el inicio del paro por los nativos de la zona.

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

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

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

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

afectación al medio ambiente. Se criminalizó la protesta social por parte de la empresa Pluspetrol teniéndose a 47 indígenas detenidos posterior a la protesta.

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

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

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

El presente caso, se desarrolla en referencia al proyecto minero denominado “Tía María” en la provincia de Islay, que desató diversas protestas de los pobladores de dicha zona, así pues, se alega el uso de armas letales por parte de la Policía en la manifestación.

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

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

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

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

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

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

Realizando el correspondiente análisis, se tiene que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 0009-2018-PI/TC, ha establecido claramente que el ejercicio del derecho a la protesta social puede devenir en la limitación de otro derecho fundamental o la prestación de un servicio. Esta es constitucional siempre y cuando tenga como fin la búsqueda de la protección de un derecho fundamental o bien constitucional. Esto es lo que ocurrió en las protestas de Tía María, pues cuestionaban un proyecto minero que carece de estudios ambientales suficientes para garantizar el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y que afectaría gravemente el desarrollo de las actividades económicas de la zona.

Análisis del caso Proyecto de Concesión Minera “Santa Ana”

El referido caso buscaba la explotación de los minerales de Huacullani y Kelluyo, lo cual generó la protesta de los pobladores de Kelluyo, Pizacoma y Huacullani, alegando daños al medio ambiente y rechazando la “inversión minera” asumida por el Gobierno Central.

Con fecha 02 de marzo del 2011 se reunieron para abordar acuerdos para la defensa de los Recursos Hídricos de la Cuenca del Lago Titicaca, respeto de la Propiedad de la tierra y exigir el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) y no permitir la explotación de la mina Santa Ana. Asimismo, acordaron la “marcha de sacrificio” a fin de que se promulgue la Ordenanza Regional 005-2011, el mismo que Prohibía las concesiones mineras.

Con fecha 26 de mayo del 2011, los pobladores bloquearon la Avenida el Sol, la carretera Puno-Juliaca, obligaron el cierre de centros comerciales y provocaron saqueos conforme la acusación del Ministerio Público.

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

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

Ahora bien, respecto de este derecho y el caso ANDOAS señala que se dio una absolución a los acusados por el delito de disturbios toda vez que no existía prueba idónea sobre la reunión tumultuario sin embargo en el presente caso, señala que, si se configura la reunión tumultuaria y la afectación grave a las instituciones públicas y privadas, es por ello que menciona que las manifestaciones sobrepasaron, su derecho de petición, reunión y expresión al lesionar otros bienes jurídicos tutelados.

Análisis del recurso de casación interpuesto por Walter Aduviri Calisaya

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

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

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

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

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

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

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

Análisis del Caso Denominado “Las Bombas”

Dicho caso dio inicio por el paro indefinido del 25 de septiembre del 2015 a razón de que las comunidades no fueron informadas sobre las modificaciones al Estudio de Impacto ambiental del proyecto minero denominado “Las Bombas”, produciéndose la muerte de tres

manifestantes, 23 personas heridas (15 civiles y 8 policías) y la detención de 21 personas manifestantes, 19 de las cuales fueron inmersas en un proceso judicial.

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

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

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

Dos de ellos, Edward Brandon Quispe Ccuno y Javier Mamami Coaquira, son acusados de haber sido encontrados con armas y explosivos. Se indica como prueba unas supuestas actas de intervención e incautación, las mismas que habrían sido levantadas bajo un procedimiento absolutamente irregular pues conforme la defensa, no coinciden en las horas, fueron levantadas no en el acto sino al interior del campamento minero y, aunque en el acta aparece la firma de la fiscalía, esta no estuvo presente al momento de la supuesta incautación). Estos dos procesados señalaron desde un primer momento que la policía los torturó (constan certificados médicos de ello) y les habría sembrado dichas armas. Edward Brandon señala que la Policía le colocó el arma de fuego, y que incluso lo obligó a percutar la misma para luego realizarle una pericia de absorción atómica.” (FIDH, 2019)

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

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

DISCUSIÓN

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

criminalización de la protesta, ello aunado al uso indiscriminado de la violencia como forma de represión en dicho conflicto social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, tenemos el caso las bambas, el Ministerio Público acusó a 19 comuneros por la comisión del delito de tenencia ilegal de armas, producción de peligro común con medios catastróficos, disturbios y, daños, teniendo como resultado la absolución por parte del Juzgado Unipersonal de Cotabambas pues no se acreditó de manera fehaciente con medios probatorios la comisión de estos delitos, el caso es el reflejo de la ausencia de respuesta del Estado a los reclamos de la población afectada por estos proyectos en el corredor minero así, en tanto la militarización de dichos territorios, y la suspensión de derechos fundamentales relacionados a la libertad personal, libertad de tránsito, inviolabilidad de domicilio y libertad de reunión trae como consecuencia que la población se vea afectada vulnerándose sus derechos sin motivos justificados. Por ello las irregularidades y vulneración al principio de legalidad identificadas en el presente caso ponen de manifiesto la conexión entre los diferentes agentes estatales y particulares que, dando prioridad a sus intereses políticos y económicos, vulneran los derechos de defensores en un intento por acallar sus voces y las de su comunidad y por paralizar sus labores mediante la criminalización de las protestas. En consecuencia, podemos considerar acertado el análisis realizado respecto del caso.

CONCLUSIONES

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

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

REFERENCIAS

- Alianza Regional por la Libre Expresión e Información. Informe sobre el derecho a la libertad de asociación y reunión en Bolivia, Ecuador y Nicaragua. Julio de 2013. <https://bit.ly/3CYoFNM>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 14 de julio de 1992. 1992. <https://ramajudicial.gov.co/>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Gulizar Tuncer vs. Turquía. 8 de febrero de 2011. <https://bit.ly/3SqOHZ8>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. «La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)» 1985. <https://bit.ly/3z1ap5S>
- Gargarella, Roberto. El derecho a protestar: La violencia no puede ser la excusa para cuestionar una libertad fundamental. 20 de mayo de 2014. https://elpais.com/elpais/2014/05/16/opinion/1400247748_666298.html.

- Organización de los Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos. s.f. <https://bit.ly/3gwtd6H>
- Paredes et al (2021) La criminalización y judicialización de las protestas sociales en el Perú en tiempos de pandemia (COVID-19) <https://bit.ly/3gw6WWs>
- Saldaña (2014). Tesis para optar por el grado de Magíster en Ciencia Política y Gobierno “El sistema de justicia penal y el derecho a la protesta: El caso del proyecto minero Conga (Cajamarca, 2011 – 2012)”. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bit.ly/3Swivdv>
- Ugarte, Manuel. (2018) Tesis para optar el título de magister en Ciencia Política y Gobierno. “Gestión estatal del conflicto socio-ambiental de "Tía María" en Arequipa: análisis del período 2007-2017”. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://bit.ly/3MUyDj4>
- Velazco, David, y Rosa Quedena. LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL Y EL CASO MAJAZ. Febrero de 2015. <https://bit.ly/3VT6rWH>
- Yupanqui Leoncio (2018). Tesis para optar el grado de maestro en derecho penal y procesal penal. “Criminalización de conflictos sociales ambientales, territoriales y los derechos humanos en Perú. Caso Comunidad indígena Santa Clara de Uchunya - Ucayali - año 2015”. Universidad Cesar Vallejo. <https://bit.ly/3z78lt0>