

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión
en América Latina

Eduardo Bertoni
COMPILADOR

Facultad de Derecho
Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Este libro se publica gracias al apoyo financiero de la
Fundación Open Society Institute.

© 2010 Universidad de Palermo - UP

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires I Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 I Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu I www.palermo.edu/cele

Impreso en agosto de 2010 en
VOROS S.A. Bucearelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Es legítima la criminalización de la protesta social? :
derecho penal y libertad de expresión en América Latina /
compilado por Eduardo Andrés Bertoni. - 1a ed. - Buenos
Aires :

Universidad de Palermo - UP, 2010.
288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1716-13-5

1. Derecho Penal. I. Bertoni, Eduardo Andrés, comp.
CDD 345

Fecha de catalogación: 11/08/2010

Índice

Introducción	
Eduardo Bertoni	I
ARGENTINA	
E. Raúl Zaffaroni	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	1
BOLIVIA	
Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela	
<i>Criminalización y derecho a la protesta</i>	17
COLOMBIA	
Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	47
CHILE	
Francisco Cox	
<i>Criminalización de la protesta social: “No tiene derecho a reunirse donde le plazca”</i>	75
ECUADOR	
Daniela Salazar Marín	
<i>El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías</i>	101
MÉXICO	
Miguel Rábago Dorbecker	
<i>La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”</i>	145
NICARAGUA	
Dayra Karina Valle Orozco	
<i>Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión</i>	163

PERÚ

Ronald Gamarra Herrera

<i>Libertad de expresión y criminalización de la protesta social</i>	183
--	-----

VENEZUELA

Carlos Ayala Corao

<i>La criminalización de la protesta en Venezuela</i>	209
---	-----

INFORME I

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	235
--	-----

INFORME II

Centro de Estudios Legales y Sociales	261
---	-----

Sobre las autoras y los autores	277
--	-----

Introducción

Eduardo Bertoni

I.

Este libro es uno de los frutos que produjo un proyecto de investigación¹ llevado a cabo por el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. El proyecto pudo llevarse adelante gracias al apoyo financiero de la Fundación Open Society Institute. Una de las actividades realizadas en el marco del proyecto fue un encuentro de profesores² provenientes de varios países latinoamericanos a fin de analizar cómo se trata la protesta social en las diferentes legislaciones penales de la región y su posible conflicto con estándares que protegen el derecho a la libertad de expresión. Este libro compila sus hallazgos y opiniones.

II.

La Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que la regla general es que, por lo menos “en principio, todas las formas de discurso están protegidas por el derecho a la libertad de expresión, independientemente de su contenido y de la mayor o menor aceptación social y estatal con la que cuenten. Esta presunción general de cobertura de todo discurso expresivo se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público”³. Además, la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferen-

¹ La investigación tuvo por objeto analizar distintos tipos penales contenidos en Códigos Penales latinoamericanos y su posible conflicto con los estándares internacionales de protección del derecho a la libertad de expresión. El investigador principal del proyecto fue Cristian H. E. Arévalo y la dirección estuvo a cargo de Eduardo Bertoni, director del CELE.

² Los profesores invitados fueron: Carlos Ayala Corao, Eduardo Bertoni, Francisco Cox, Ronald Gamarra Herrera, Miguel Rábago Dorbecker, Eduardo Rodríguez Veltzé, Farit Rojas Tudela, Daniela Salazar Marín, Luz María Sánchez Duque, Rodrigo Uprimny, Dayra Karina Valle Orozco y E. Raúl Zaffaroni. Sus afiliaciones universitarias y demás antecedentes académicos pueden consultarse en el apartado Sobre las autoras y los autores, al final de esta obra.

³ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Año 2010, párr. 31.

tes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población⁴.

Asimismo, y aun afirmando los principios antes expresados, es imprescindible destacar la especial protección que gozan determinadas expresiones o discursos en particular, por su *importancia para el ejercicio de los demás derechos humanos o para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia*.

Sobre estas bases se debe analizar la problemática de las expresiones de protesta en la vía pública. De acuerdo con lo que se ha constatado en la investigación y que surge de los artículos que siguen, la mayoría de los casos constituyen manifestaciones críticas de determinadas prácticas de gobierno, o bien expresiones de sectores marginados que encuentran de este modo una vía para hacer escuchar sus demandas. En este punto, Salazar nos recuerda que “en el contexto ecuatoriano, es importante recordar que las movilizaciones sociales han sido, por lo general, la única forma a través de la cual ciertos grupos tradicionalmente excluidos han conseguido reivindicar sus derechos o, al menos, han logrado que sus puntos de vista pasen a formar parte del debate público”⁵.

En distintos países de la región, la reacción del Estado frente a la protesta social es con el Código Penal en la mano. Pero, como bien señalan Uprimny y Sánchez en este libro, “el uso del derecho penal frente a la protesta social encarna riesgos diversos en distintos niveles. De un lado, podemos encontrar peligros derivados de la ley penal misma y, de otro lado, podemos encontrar problemas en la aplicación de disposiciones penales, que podrían ser legítimas en abstracto, pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los órganos investigadores o los jueces”⁶.

En otras palabras, *el problema es que existen muchos delitos que se utilizan, o que podrían ser utilizados, para reprimir la protesta social. Muchos de estos tipos penales, a su vez, son de dudosa compatibilidad con el sistema interamericano de derecho humanos: algunos son imprecisos, o no protegen bienes jurídicos relevantes o concretos, o tienen un ámbito de prohibición demasiado amplio. A esto hay que agregarle la propia naturaleza del sistema penal, que no opera ante todos los casos, sino que es selectivo*⁷.

A poco de analizar los tipos penales que encierra cada Código Penal de los países estudiados, aparece una conclusión alarmante: muchos no protegen nin-

⁴ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa”, Sentencia de 2/7/2004. Serie C n° 107, párr. 113; Corte IDH, caso de “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c. Chile”, Sentencia de 5/2/2001, Serie C n° 73, párr. 69; Corte IDH, caso “Ríos y otros c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28/2/2009, Serie C n° 194, párr. 105; Corte IDH, caso “Pérez y otros c. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28/1/2009, Serie C n° 195, párr. 116; CIDH, Informe Anual 1994. Capítulo V: “Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17/2/1995.

⁵ Cf. *El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías*, p. 102, en esta misma obra.

⁶ Cf. *Derecho penal y protesta social*, p. 49.

⁷ Esta idea y otras que se exponen aquí pueden verse en Gargarella, Roberto (2008), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 845 y ss., capítulo “El derecho penal y la protesta social”, por María Luisa Pique y Marina Soberano.

gún bien jurídico concreto. Prueba de ello son las distintas conductas que pueden ser aplicadas en diferentes contextos, lo cual, como es obvio hasta para el penalista menos experimentado, atenta rotundamente contra el principio de legalidad⁸. Por otro lado, esta exigencia se relaciona con el principio de culpabilidad, dado que las personas sólo podrán orientar su conducta conforme a la norma prohibida o imperativa en la medida en que dicha norma describa claramente cuáles serán las conductas objeto de persecución penal.

En algunos países, además, queda en evidencia la discrecionalidad con la que actúan los operadores jurídicos para perseguir las manifestaciones sociales. Así, la existencia de tantos y tan vagos tipos penales, eventualmente aplicables a las conductas en las que suelen materializarse las expresiones de disconformidad con políticas públicas o con el gobierno de turno o alguna idea en particular, podría allanar el camino a la arbitrariedad. Esto es así, con independencia de la buena o mala fe con la que actuaran los operadores.

El intento de acotar la arbitrariedad no tiene que ver con las personas que, coyunturalmente, compongan el sistema, sino con la exigencia derivada de un Estado de derecho de que existan normas claras, que se apliquen igualitariamente⁹. Ayala Corao lo resume con claridad: “No obstante la generosa regulación constitucional del derecho a la manifestación pública o a la protesta, en la práctica sufre una serie de restricciones derivadas de la aplicación amplia a quienes lo ejercen, de delitos consagrados en la legislación penal. En este sentido, conforme a los estudios llevados a cabo en los últimos años, el Ministerio Público, los tribunales penales y los cuerpos de seguridad consolidan un ‘triángulo de poder’ utilizado para intimidar judicialmente a quienes manifiestan”¹⁰.

III.

Como nos enseña Gargarella, “no existe una relación natural entre la respuesta represiva y las manifestaciones populares. Tal vez pecamos de optimistas –o peor, de ingenuos–, pero el derecho penal tiene mucho más, y mejor, para decir, en materia de protesta social. Optimistas e ingenuos, pues, trataremos de analizar el derecho penal. Para ver qué tiene para ofrecernos y, con todo a la

⁸ Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Corte IDH. Sostuvo que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos concretos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles. Esta es la única forma de darle pleno sentido al principio de legalidad penal, el cual *implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales*. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan bienes fundamentales. Al respecto ver la doctrina de los casos “Castillo Petruzzi”, “Cantoral Benavides”, “Ricardo Canese v. Paraguay”, “Lory berenson Mejia v. Peru”.

⁹ Gargarella, Roberto (2008), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 850.

¹⁰ Cf. *La criminalización de la protesta en Venezuela*, p. 210.

vista, volver a preguntarnos si el derecho penal puede llegar a actuar como límite para los intentos de silenciar la protesta social”.

Los trabajos que se presentan en esta obra intentan responder a esa pregunta. Pero, además, exponen las situaciones que se están viviendo en distintos países.

Por Argentina, Raúl Zaffaroni nos ofrece en su trabajo un análisis dogmático del derecho penal habitualmente utilizado para silenciar las protestas sociales. En lo particular, realiza una división según la protesta sea de índole institucional o no, para concluir que la protesta institucional siempre es atípica. En este trabajo, el profesor argentino se preocupa por brindar una visión de la problemática comprensiva de las diferencias sociales y propia de un derecho penal de mínima intervención. Sostiene que el fondo de la materia con que se enfrenta el derecho penal en este punto es una cuestión de naturaleza eminentemente política. Afirma que quitar el problema de ese ámbito para traerlo al derecho penal es la forma más radical y definitiva de dejarlo sin solución.

Por Bolivia, Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela trataron la problemática de los delitos que atentan contra el orden público, con especial referencia a la criminalización del derecho de protesta. En ese orden, lo interesante que se menciona es que el análisis de los tipos penales que en concreto o potencialmente se apliquen, es un análisis que va más allá del sistema penal y la calidad de su funcionamiento. La cuestión tiene más que ver con la distinción entre criminalización primaria y secundaria. Y ello cobra relevancia desde que las manifestaciones de conflicto ciudadano a lo largo de las últimas décadas se han concentrado mayoritariamente en expresiones de descontento contra el Estado, sus diversas agencias y contra políticas públicas que afectan o excluyen a sectores importantes de una población empobrecida.

Por Chile, Francisco Cox nos ofrece en su artículo un trabajo de características cuantitativas, sin perjuicio de que filtra dichas constataciones fácticas con los parámetros normativos, en especial, los vinculados con la protección de la libertad de expresión. Por un lado, advierte el desinterés doctrinario por el análisis de tipos penales que protegen el orden público, y por otro, la evidente relevancia del tema sustentado en las estadísticas policiales.

Un ejemplo importante que menciona consiste en la clara contradicción que dentro del ordenamiento se genera, al momento que, por un lado, la Constitución de la República consagra la libertad de emitir opinión y de informar sin censura, pero por otro, con un decreto supremo, lo regula y lo sujeta a restricciones. El autor se preguntará si esta regulación cumple con las exigencias impuestas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al revisar las restricciones legítimas a la libertad de expresión y lo dispuesto por la Relatoría de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Cox señala con preocupación que se violenta el carácter subsidiario del derecho penal, también conocido como el carácter de *ultima ratio* del derecho penal. *Si bien es cierto que este principio o límite al poder punitivo del Estado está, en los hechos, en franca retirada en casi todas nuestras sociedades, todavía merece ser recordado especialmente cuando se corre el riesgo de penalizar el ejercicio de derechos.*

Por Colombia, respecto al trabajo de investigación que aportaron Rodrigo

Uprimny y Luz María Sánchez Duque, cabe destacar la preocupación de los autores por abrir el debate en torno a la utilización de tipos penales vinculados a la prevención de acciones terroristas para silenciar protestas sociales. En ese sentido, dada la ambigüedad de los términos normativos, los autores nos recuerdan que la definición jurídica del terrorismo y de las conductas cometidas con fines terroristas que ha estado vigente en Colombia durante los últimos veinte años fue establecida en un contexto de fuerte represión social y bajo una lógica de Estado de sitio que riñe abiertamente con el respeto de las garantías individuales. Una de las expresiones de dicha lógica de excepción es el uso de categorías indeterminadas en las definiciones de los delitos, tan proclives a favorecer formas abusivas de la criminalización.

Por Ecuador, Daniela Salazar Marín, entre otros hallazgos, nos comenta que en el Código Penal ecuatoriano se establece la pena de prisión a quienes, sin el permiso escrito de autoridad competente, promovieren, dirigieren u organizaren manifestaciones públicas en calles, plazas u otros lugares abiertos. Además, sanciona penalmente a los directores, promovedores y organizadores de dichas manifestaciones, por los impresos que publiquen o repartan, por las palabras de mando que pronuncien, por las insignias que luzcan, o “por cualquier otro hecho significativo”. La autora afirma que penalizar una manifestación pacífica que se realice en el marco del derecho a la libertad de expresión y de reunión, por el sólo hecho de no haber obtenido un permiso previo, resulta inadmisibles a la luz de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos.

Adicionalmente, el Código Penal sanciona con prisión el cierre de calle. Si bien esta norma no penaliza directamente el derecho a la manifestación pacífica, puede ser utilizada para reprimir a quienes manifiestan y su mera existencia puede tener por efecto inhibir a las personas de salir a ejercer su derecho a manifestar.

Por México, Miguel Rábago Dorbecker trabajó la problemática de la incitación a la violencia y a la comisión de delitos, con especial referencia a la órbita del derecho de protesta social. Con respecto a la situación de la problemática en su país, México, el autor nos aporta que pareciera no existir mucho interés en establecer un consenso sobre cómo limitar el ejercicio de la libertad de expresión en relación con los discursos que incitan al odio, a la violencia y, por lo tanto, a la comisión de conductas delictivas. Al respecto, lo interesante que se menciona es que en la mayoría de los medios de comunicación locales, se ve constantemente cómo el gobierno mexicano justifica y legitima la beligerancia interna del país, descalificando a todo aquel que exprese su disenso con el proyecto oficial, propagando así una atmósfera dominada por la estigmatización y la imposición de una visión única dentro de una sociedad llamada democrática.

Por Nicaragua, con el trabajo de Dayra Karina Valle Orozco, nos encontramos con que, aun con un marco normativo que permite a todos los ciudadanos/as ejercer la protesta social como una forma de libertad de expresión, el contexto actual que se vive en Nicaragua, marcadamente politizado y polarizado, pone en duda el ejercicio de este derecho que parece en ocasiones ser otorgado a algunos y restringido para otros quienes en su mayoría son opositores al gobierno actual, denominado de Unidad y Reconciliación Nacional, encabezado por el presidente Daniel Ortega Saavedra del Partido Frente Sandinista de Liberación Nacional.

En ese contexto, sumado a los hechos de violencia que han estado presentes en la mayoría de las marchas de oposición al gobierno, se cuestiona también la función de la Policía Nacional, que debe ser el de garante de la seguridad ciudadana y, por el contrario, en ocasiones ha permitido los enfrentamientos. De igual manera se cuestiona el papel del Ministerio Público, como representante de las víctimas, quienes, en varios casos, no han dado trámite a las denuncias interpuestas por las personas que resultaran agredidas en las marchas.

Por Perú, Ronald Gamarra Herrera, por su parte, aborda la cuestión del caso peruano de la siguiente manera. Nos comenta que existe una creciente tensión entre el ejercicio democrático de los derechos de libertad de expresión canalizados a través de las libertades de reunión, asociación y protesta para reivindicar legítimas demandas que sectores de la población civil sienten vulneradas, por un lado, y por otro, la represión penal de conductas que supuestamente encajarían como delitos atentatorios contra el orden público y aquellas que encajarían como criminalización de la protesta social. Dicha tensión, se ve manifestada en la sanción de 11 decretos a través de los cuales el Congreso le ha dado facultades legislativas al Poder Ejecutivo y, por medio de ellos, el Estado ha buscado reprimir el derecho a la libertad de expresión y derechos y libertades conexos, los cuales se encuentran no sólo reglados a nivel de instrumentos internacionales, sino también en la propia Constitución Política del Perú.

Por Venezuela, el trabajo de Carlos Ayala Corao pone de relieve el concepto de “triángulo de poder” para referirse a la represión del derecho a la protesta social en su país. Explica cómo ciertas leyes recientemente aprobadas, incluida la reforma del Código Penal en el año 2005, han consagrado nuevos tipos penales que están siendo aplicados a manifestantes pacíficos, criminalizando de esta forma el ejercicio de su derecho a manifestar.

Finalmente, cabe mencionar que en este libro se encuentran agregados dos informes publicados con anterioridad. Uno es un informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, que se publicara en 2005 y que es específico sobre el tema que tratamos en esta obra. El otro corresponde a un trabajo realizado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) de la Argentina que explica la legislación penal de ese país que se ha utilizado en el procesamiento de hechos de protesta en la vía pública.