

Entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, derechos a la libertad de expresión y reunión, derecho a la protesta y principio de lesividad

I. Alcances normativos: en primer lugar, se tutela el normal funcionamiento de los transportes terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, y de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, gas, hidrocarburos o sus productos derivados; en segundo lugar, es un ilícito común, por lo que tienen vigencia en toda su extensión las reglas de participación criminal; en tercer lugar, impedir alude a imposibilitar la correcta prestación del transporte o los servicios; mientras que estorbar y entorpecer apuntan a la intrusión de los agentes en su funcionamiento, sin llegar a la interrupción. Se advierte, además, que en caso se verifique una protesta, manifestación, marcha o movilización —como elementos desencadenantes— no deben ser necesariamente violentas, pudiendo ser pacíficas. Lo importante es que tengan como objetivo obstaculizar de manera deliberada el transporte o el suministro de servicios. Lo importante es que tengan como objetivo obstaculizar de manera deliberada el transporte o el suministro de servicios. Se enfatiza que las protestas o manifestaciones no pacíficas se realizan mediante actos o medidas vehementes, exorbitantes, que trascienden la esfera de derechos de los protestantes o manifestantes. En dicho escenario, es viable que se obstaculicen las únicas vías o espacios destinados al transporte (terminales terrestres, puertos o aeropuertos) y que no existan zonas o lugares alternos que puedan ser utilizados libremente por las personas que no comparten la medida de fuerza. Entonces, se configura la agravante prevista en el artículo 283, segundo párrafo, del Código Penal —y se convierte, así, en un delito de peligro concreto— si la protesta o movilización es definitivamente violenta y atenta contra la vida o integridad física de las personas, o causa graves daños a la propiedad pública o privada; en cuarto lugar, es un delito doloso, que admite el dolo eventual; en quinto lugar, no se exige que los comportamientos descritos hayan afectado —con efectividad— la normal prestación del transporte o servicio, sea público o privado. No cabe efectuar distinciones donde la ley no lo hace. Es un delito de mera actividad, por lo que no supone ningún resultado. El injusto se cumple mediante la actividad prevista en la norma sustantiva; y, en sexto lugar, el tipo base es un injusto de peligro abstracto, pues no requiere la proximidad de lesión del bien jurídico (normal desenvolvimiento de los transportes y servicios), sino que basta con la peligrosidad de las conductas (impedir, estorbar o entorpecer), que es inherente a las acciones, salvo que se demuestre, en el caso específico, su exclusión de antemano. Asimismo, el peligro no es un elemento del tipo, sino el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo que, por regla, el juez no tiene que probar su producción.

II. Los derechos fundamentales de libertad de expresión y reunión, por mandato constitucional, se han de ejercer de modo pacífico y, en lo pertinente, sin interrumpir el transporte público o privado en sus diversas tipologías. Esto último ha sido regulado por el ordenamiento jurídico como un hecho punible, según el artículo 283 del Código Penal. Si los ciudadanos estiman que no son suficientes sus reclamos o que, en todo caso, no existe recepción de parte de las autoridades o que los espacios de diálogo son ineficaces o inexistentes, están autorizados a acrecentar la vehemencia de dichos reclamos, siempre que ello repercuta en la esfera personal de derechos del protestante (verbigracia: huelga laboral o huelga de hambre) y no transgreda derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto social, como la vida, la integridad personal, la seguridad pública, el libre tránsito o la propiedad. No se puede, so pretexto de reunión o disidencia (pensar u opinar distinto), justificar el impedimento, el estorbo o el entorpecimiento del transporte o la prestación del servicio público o privado, mucho menos la puesta en peligro de la vida, la integridad o la libertad personal ni el daño a la propiedad pública o privada. La violencia contra las personas o las cosas y, específicamente, la toma de carreteras, vías o espacios de infraestructura de transportes públicos o privados no tiene cobertura constitucional. Tal situación, a la vez, afecta el sistema económico, que constituye la fuente generadora de riqueza y el sustento social. Actuar en contrario, es decir, con intransigencia frente a las ideas opuestas o usando cualquier tipo de violencia o bien, afectando derechos ajenos al reclamo o a la manifestación, lo cual, degrada y deslegitima irremediablemente la protesta. En ese contexto, no se constató que ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL se hayan reunido en una plaza pública o que, en su caso, los camiones hayan podido circular por caminos aledaños. El relato fáctico no lo contempla y, por ende, no es posible inferirlo, porque se tergiversaría el *factum*, lo que está proscrito en sede casación. Por el contrario, se acreditó de modo objetivo que hubo interrupción de transporte, por lo que se afirma la tipicidad de la conducta y la correcta aplicación de la norma sustantiva. Ergo, el juicio de subsunción es incontrovertible.

III. Por todo ello, no existió indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 283 del Código Penal. De ahí que la condena penal por el delito entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos se ajusta al principio de legalidad. En consecuencia, se declarará infundada la casación.

Sala Penal Permanente

Recurso de Casación n.º 1464-2021/Apurímac

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, diecisiete de abril de dos mil veintitrés

VISTOS: el recurso de casación interpuesto por los encausados ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL contra la sentencia de vista, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno (foja 402), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia

de Apurímac, que confirmó la sentencia de primera instancia, del ocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 191), en el extremo que los condenó como coautores del delito contra la seguridad pública-entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en agravio del Estado; les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años; estableció reglas de conducta, y fijó como reparación civil la suma de S/ 2000 (dos mil soles); con lo demás que contiene.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera y segunda instancia

Primero. A través del requerimiento del veintidós de septiembre de dos mil diecisiete (foja 1), se formuló acusación fiscal contra ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA, RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL, Melchor Vargas Alccahua y Alejandro Máximo Huillca Yupanqui por el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en perjuicio del Estado.

Los hechos fueron calificados en el artículo 283 del Código Penal.

Se solicitó la imposición de cinco años de pena privativa de la libertad.

De acuerdo con el artículo 11, numeral 1, del Código Procesal Penal, no se requirió reparación civil.

En la audiencia de control de acusación, según acta (foja 58), el actor civil (en representación de la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de Orden Público del Ministerio del Interior), formuló su pretensión indemnizatoria.

Luego, mediante los autos del veintiséis de abril de dos mil dieciocho (fojas 60 y 64 en el cuaderno respectivo), se declaró la validez del requerimiento de acusación respectivo. Se dio cuenta que el actor civil (en representación de la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de Orden Público del Ministerio del Interior) solicitó el pago de S/ 60 000 (sesenta mil soles) como reparación civil.

Luego se expidió el auto de citación a juicio oral, del cinco de julio de dos mil dieciocho (foja 70).

Segundo. Se realizó el juzgamiento según las actas respectivas (fojas 86, 93, 106, 124, 129, 144, 148, 163, 166, 168, 171, 175, 178, 181, 184, 186 y 188).

Después, se emitió la sentencia de primera instancia, del ocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 191), que absolvió a Melchor Vargas Alccahua y Alejandro Máximo Huillca Yupanqui, del requerimiento de acusación por el delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en agravio del Estado; y condenó a ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL como coautores del mismo delito y agraviado, les aplicó cuatro

años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, estableció reglas de conducta y fijó como reparación civil la suma de S/ 2000 (dos mil soles).

Tercero. Contra la sentencia de primera instancia, el actor civil (en representación de la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de Orden Público del Ministerio del Interior), ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL, interpusieron los recursos de apelación del veintidós de mayo, tres y diecisiete de junio de dos mil diecinueve (foja 244, 282, 289, 295, 301 y 307).

El primero solicitó el aumento de la reparación civil; en tanto que los demás requirieron su absolución de los cargos fiscales o la nulidad del juicio oral.

A través de los autos del veintisiete de mayo y veinticinco de junio de dos mil diecinueve, así como del dos de marzo de dos mil veinte (foja 264, 287, 293, 299, 305 y 325) las impugnaciones fueron concedidas y se dispuso elevar los actuados al superior en grado.

Cuarto. En la etapa de apelación, según auto del doce de abril de dos mil veintiuno (foja 373), se declararon inadmisibles los medios de prueba ofrecidos.

Se efectuó la audiencia, conforme al acta concernida (foja 396), en la que no hubo actuación probatoria; se expusieron las alegaciones de las partes procesales intervinientes, y se realizaron las réplicas y dúplicas respectivas.

Luego, a través de la sentencia de vista, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno (foja 402), se confirmó la sentencia de primera instancia, del ocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 191), en el extremo en que condenó a ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL como coautores del delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en perjuicio del Estado, les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de dos años, determinó reglas de conducta y fijó como reparación civil la suma de S/ 2000 (dos mil soles).

Quinto. En primera y segunda instancia se declaró probado el siguiente *factum* delictivo.

- 5.1. El siete de mayo de dos mil dieciséis, la empresa minera Las Bambas comunicó a la Fiscalía el entorpecimiento del tránsito de vehículos en la carretera situada en inmediaciones de la comunidad campesina de Quehuira, distrito de Challhuahuacho.
- 5.2. Así, a las 15:15 horas del aludido día, el representante del Ministerio Público y los efectivos Raúl Alcarráz Cárdenas y Carlos Salas Acrota llegaron a la zona y constataron la presencia de un grupo de personas

(entre veinticinco y treinta) que se negaron a identificarse y adujeron que eran dirigentes de las comunidades. No obstante, entre ellos se reconoció a ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL. Los tres primeros fueron individualizados según los informes periciales biométricos faciales pertinentes. El cuarto entregó a la Fiscalía panfletos que anunciaban: “Comité de lucha de comunidades campesinas de Provincias de Cotabambas y Grau-Apurímac” y “Paro indefinido contra la mina las Bambas y el Estado peruano, paralización inmediata del proyecto minero las Bambas”.

- 5.3. En ese sentido, estos últimos bloquearon la carretera e impidieron el desplazamiento de camiones (entre diez y quince) que transportaban cobre concentrado. Las unidades quedaron varadas a cien metros de la zona interferida. Además, sostuvieron bambalinas de tamaño considerable con las que obstaculizaron la vía.
- 5.4. A las 15:35 horas del mismo día, los agentes delictivos escaparon del lugar y se dirigieron hacia la ciudad de Tambobamba. Después, los volquetes continuaron su recorrido.

Sexto. Frente a la sentencia de vista, ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL promovieron el recurso de casación, del siete de junio de dos mil veintiuno (foja 442), en el que invocaron la causal de admisibilidad prevista en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal, respectivamente.

Por auto del ocho de junio de dos mil veintiuno (foja 467), se admitió la casación y se dispuso que el expediente judicial sea remitido a este órgano jurisdiccional.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Séptimo. De acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, se expidió el auto del dieciocho de noviembre de dos mil veintidós (foja 147 en el cuaderno supremo), que declaró bien concedido el recurso de casación formulado por ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL, por la causal regulada en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

Las partes procesales fueron instruidas sobre la admisión de la casación, según las notificaciones correspondientes (fojas 162 y 163 en el cuaderno supremo).

Octavo. A continuación, se expidió el decreto del veintitrés de febrero de dos mil veintitrés (foja 166 en el cuaderno supremo), que señaló el veinte de marzo del mismo año como data para la vista de casación.

Se emplazó a los sujetos procesales, conforme a las cédulas respectivas (fojas 174 y 175 en el cuaderno supremo).

Noveno. Llevada a cabo la audiencia de casación, se celebró de inmediato la deliberación en sesión privada. Efectuada la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente sentencia casatoria, cuya lectura se programó en la fecha, según el plazo previsto en el artículo 431, numeral 4, del Código Procesal Penal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se declaró bien concedido el recurso de casación planteado por la causal contenida en el artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal.

En el auto del dieciocho de noviembre de dos mil veintidós (foja 147 en el cuaderno supremo), se precisó lo siguiente:

El tema que realmente reviste interés casacional [es la] necesidad de obtener una correcta interpretación del delito previsto en el artículo 283 del Código Penal, a la luz de los principios de lesividad y [su] vinculación con el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y de reunión [...] se trata de un tema que [...] por su trascendencia constitucional social, reviste especiales connotaciones jurídicas y satisface la exigencia [...] del *ius constitutionis* (cfr. considerando undécimo).

Se trata de una *casación sustantiva*.

Segundo. Previamente, cabe precisar que el artículo 432, numeral 2, del Código Procesal Penal estatuye lo siguiente: “La competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema se ejerce sobre los errores jurídicos que contenga la resolución recurrida. Está sujeta de manera absoluta a los hechos legalmente comprobados y establecidos en la sentencia o auto recurridos”.

Es por ello que, a efectos de evaluar la “indebida aplicación, errónea interpretación o falta de aplicación de la ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”, es preciso ceñirse escrupulosamente a los hechos probados por los órganos jurisdiccionales sentenciadores.

El *error iuris* acarrea comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que deben ser respetados en su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a tales hechos, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron, se dejaron de aplicar los que correspondían o fueron los aplicados o dejados de aplicar erróneamente interpretados en su aplicación o falta de aplicación¹.

El principio de intangibilidad fáctica detenta plena vigencia.

Tercero. Previamente, se advierte que, de acuerdo con el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, el contenido de los autos de

¹ GIMENO SENDRA, Vicente. (2019). *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Navarra: Editorial Civitas, p. 958.

calificación de recurso de casación no presupone un adelantamiento sobre el juicio jurisdiccional de fondo, que a la postre concierne realizar.

Su naturaleza es eminentemente declarativa (recoge una denuncia constitucional o legal, la engarza en las causales respectivas y establece que corresponde dilucidarla, sin que ello implique, necesariamente, su estimación jurídica) y no constitutiva.

Cuarto. Así, por cuestiones de metodología, el análisis jurídico se disgregará en cinco bloques argumentales: en primer lugar, la interpretación del artículo 283 del Código Penal, relativo al delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos; en segundo lugar, los derechos a la libertad de expresión y reunión; en tercer lugar, un supuesto especial: ¿el derecho fundamental a la protesta?; en cuarto lugar, el principio de lesividad; y, en quinto lugar, la solución del caso.

I. De la interpretación del artículo 283 del Código Penal: delito de entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos

Quinto. El artículo 283 del Código Penal estipula lo siguiente:

El que, sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte o de los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

En los casos en que el agente actúe con violencia y atenta contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada, la pena privativa de la libertad será no menor de seis ni mayor de ocho años.

Lo primero a discernir, desde la perspectiva semántica, es la definición de las acciones típicas *impedir*, *estorbar* y *entorpecer*; así como del elemento objetivo *transporte*.

Según el *Diccionario de la Real Academia Española* impedir, estorbar y entorpecer significan, respectivamente, lo siguiente: “Estorbar o imposibilitar la ejecución de algo”, “Poner dificultad u obstáculo a la ejecución de algo” y “Dificultar, obstaculizar”. Por su parte, el transporte contiene dos acepciones: “Acción y efecto de transportar o transportarse” y “Sistema de medios para conducir personas y cosas de un lugar a otro”.

Se advierte, asimismo, que la tipicidad abarca dos ámbitos diferenciados. En esa línea, las conductas enunciadas pueden afectar tanto el transporte, como los servicios públicos de telecomunicaciones, de saneamiento, de electricidad, de gas, de hidrocarburos o de sus productos derivados.

El transporte y el territorio están lógicamente conectados y son inescindibles, pues uno discurre en el otro. Luego, según el artículo 54 de la Constitución Política del Perú, este último comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre.

Por ende, el transporte, como servicio público, ha de abarcar lo terrestre, aéreo, marítimo y fluvial.

Del mismo modo, se resalta lo establecido en el artículo 60 de la norma fundamental:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En el Perú, el traslado de pasajeros y mercancías se realiza de forma privada y, sólo con autorización legal, de modo público.

Las acciones típicas del artículo 283 del Código Penal se refieren tanto al transporte público como al privado, de personas o mercancías; en la medida en que forman parte del servicio público, según los artículos 2 y 4 (numeral 4.1) de la Ley n.º 27181, del siete de octubre de mil novecientos noventa y nueve, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

Sexto. Luego, concierne puntualizar los alcances normativos:

- 6.1. En primer lugar, se tutela el normal funcionamiento de los transportes terrestres, aéreos, marítimos y fluviales, y de los servicios públicos de telecomunicaciones, saneamiento, electricidad, gas, hidrocarburos o sus productos derivados.
- 6.2. En segundo lugar, es un ilícito común, por lo que tienen vigencia en toda su extensión las reglas de participación criminal.
- 6.3. En tercer lugar, impedir alude a imposibilitar la correcta prestación del transporte o los servicios; mientras que estorbar y entorpecer apuntan a la intromisión de los agentes en su funcionamiento, sin llegar a la interrupción. Se advierte, además, que en caso se verifique una protesta, manifestación, marcha o movilización —como elementos desencadenantes— no deben ser necesariamente violentas, pudiendo ser pacíficas. Lo importante es que tengan como objetivo obstaculizar de manera deliberada el transporte o el suministro de servicios².
- 6.4. Se enfatiza que las protestas o manifestaciones no pacíficas se realizan mediante actos o medidas vehementes, exorbitantes, que trascienden la esfera de derechos de los protestantes o manifestantes. En dicho escenario, es viable que se obstaculicen las únicas vías o espacios destinados al transporte (terminales terrestres, puertos o aeropuertos) y que no existan zonas o lugares alternos que puedan ser utilizados libremente por las personas que no comparten la medida de fuerza.

² ABOSO, Gustavo Eduardo. (2018). *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia*. Quinta edición. Tomo II. Buenos Aires: Editorial BdeF, pp. 1209 y 1210.

Entonces, se configura la agravante prevista en el artículo 283, segundo párrafo, del Código Penal —y se convierte, así, en un delito de peligro concreto— si la protesta o movilización es definitivamente violenta y atenta contra la vida o integridad física de las personas, o causa graves daños a la propiedad pública o privada.

- 6.5. En cuarto lugar, es un delito doloso, que admite el dolo eventual.
- 6.6. En quinto lugar, no se exige que los comportamientos descritos hayan afectado —con efectividad— la normal prestación del transporte o servicio, sea público o privado. No cabe efectuar distinciones donde la ley no lo hace. Es un delito de mera actividad, por lo que no supone ningún resultado. El injusto se cumple mediante la actividad prevista en la norma sustantiva.
- 6.7. En sexto lugar, en el tipo base es un injusto de peligro abstracto, pues no requiere la proximidad de lesión del bien jurídico (normal desenvolvimiento de los transportes y servicios), sino que basta con la peligrosidad de las conductas (impedir, estorbar o entorpecer), que es inherente a las acciones, salvo que se demuestre, en el caso específico, su exclusión de antemano³. Asimismo, el peligro no es un elemento del tipo, sino el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo que, por regla, el juez no tiene que probar su producción⁴.

II. De los derechos a la libertad de expresión y reunión

Séptimo. Cuando se alude a los derechos, indefectiblemente se hace referencia a los derechos humanos. No obstante, de acuerdo con la doctrina, el término de mayor comprensión es derechos fundamentales⁵. Esta denotación supone que el ejercicio de la libertad se hace no sólo en función del ser humano —como individuo—, sino también en virtud de los fundamentos de la convivencia que articula el *pactum societatis* que unifica la Nación. Todo lo cual tiene base en la Constitución Política del Perú.

³ MIR PUIG, Santiago. (2016). *Derecho penal. Parte general*. Décima edición. Buenos Aires: Editorial BdeF, p. 239.

⁴ WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. (2018). *Derecho penal. Parte general. El delito y su estructura*. Lima: Instituto Pacífico, p. 17.

⁵ CARBONELL, Miguel. (2012). *Los derechos fundamentales en México*, 5.^a edición, México D.F.: Editorial Porrúa-UNAM-CNDH, pp. 24 y 25. El término “derechos fundamentales” aparece en Francia (*droits fondamentaux*) a finales del siglo XVIII, dentro del movimiento que culmina con la expedición de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En sentido moderno, toma relieve sobre todo en Alemania bajo la denominación *grundrechte*, adoptada en la Constitución de ese país de 1949. CARBONELL, Miguel. (2011). *Una historia de los derechos fundamentales*, México D.F.: Editorial Porrúa-UNAM-CNDH, pp. 29 a 32; CRUZ VILLALÓN, Pedro. (1999). *La curiosidad del jurista persa y otros escritos sobre la Constitución*, México D.F. CEPC, pp. 23 a 53.

En sentido práctico, los derechos humanos (desde una óptica individualista) o, mejor aún, los derechos de la humanidad (desde la perspectiva del ser humano como parte del colectivo: Nación, vecindad, ambiente, etcétera) poseen mayor extensión, pues incluyen los derechos morales.

Al respecto, el profesor Antonio Pérez Luño apuntó lo siguiente:

En los usos lingüísticos jurídicos, políticos e incluso comunes a nuestro tiempo, el término “*derechos morales*” aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de “*derechos fundamentales*”. Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada⁶.

La justificación de los actos humanos en el ejercicio de un derecho es inescindible a la filosofía que se adopte respecto al mismo, es decir, si se le concibe como una conquista —resultado de la lucha de clases (marxismo-leninismo-maoísmo)— o, en su caso, si son atributos inherentes al ser humano —naturalismo o humanismo—.

Son inusitados los escenarios en que los jueces no posean determinada línea filosófica o una opinión estricta sobre el tema a dilucidar. Esto, sin embargo, no los invalida para obrar con justicia e imparcialidad en los casos que deban conocer. Al contrario, es posible que el juzgador, al ser consciente de sus propios pensamientos, sea capaz de no dejarse influir por estos en un determinado asunto relacionado con la cuestión en concreto⁷. Y es que, en cuanto a sus decisiones —como indica Josep Aguiló—, el juez tiene el deber de resolver desde el derecho y sólo por las razones que este le aporta⁸.

Así, en lo atinente a las normas sustantivas, si se está ante un precepto de peligro abstracto —como el previsto en el artículo 283 del Código Penal—, no podrá ser inaplicable si se verifican todos los elementos de tipicidad y, además, se tendrá en cuenta la pena instituida por el legislador, que sólo podrá ser aminorada si fluyen causales de disminución de la punibilidad —motivos materiales— o reglas de reducción por bonificación —razones procesales—.

Como se sabe, la política criminal del Estado es definida por el Poder Ejecutivo, mientras que, al Poder Legislativo le concierne materializarla

⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio (1991) *Los derechos fundamentales*. Cuarta edición, Madrid: Tecnos, pp. 46 y 47.

⁷ NIEVA FENOLL, Jordi. (2016). *La ciencia jurisdiccional: novedad y tradición*. Madrid: Editorial Marcial Pons, p. 73.

⁸ AGUILÓ, Josep. (1997). *Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica*. Ciudad de México: Isonomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho, pp. 1 a 9.

—por ello, en materia penal, es preferible que se legisle teniendo en cuenta la dogmática—. Luego, si bien los jueces están autorizados para dejar de aplicar, en lo específico, un tipo penal, ello está condicionado a que se aprecien antinomias normativas, o situaciones de inconstitucionalidad o inconventionalidad; siguiendo, por cierto, el procedimiento respectivo.

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

Por lo demás, el artículo 45 de la Constitución Política del Perú establece que el ejercicio del poder está sujeto a las limitaciones y responsabilidades constitucionales y legales.

Octavo. A partir de ello, subyacen tres corrientes para entender los derechos de la humanidad.

En primer lugar, como conquistas, cuya génesis justifica su ejercicio y defensa beligerante frente a cualquier recorte o limitación de derechos, incluso provenientes del Estado (conforme al marxismo, de lucha de clases)⁹. Su instalación en las Constituciones y su ejercicio particular son resultado de conflictos clasistas.

En segundo lugar, como inherentes e innatos al ser humano y su dignidad. La norma fundamental es un acto de descubrimiento, que justifica su tutela reforzada y la inalienabilidad de su ejercicio (de acuerdo con el naturalismo y el humanismo)¹⁰.

Y, en tercer lugar, como resultado histórico del pluralismo social. Es indiferente si su origen ha sido beligerante, de lucha o de reconocimiento libertario, lo concreto es que la Constitución debe reconocerlos a todos sin excepción (según el pluralismo neoconstitucionalista)¹¹.

Sin embargo, esta clasificación clásica no colabora en el presente análisis, dada su condición de posturas antagónicas irreconciliables, que sólo provocan que el problema del ejercicio libertario, en la práctica, justifique posturas violentas o ambiguas.

⁹ MARX, Karl & ENGELS, Federico. (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*, Digitalizado para el Marx-Engels Internet Archive por José F. Polanco en 1998. Retranscrito para el Marxists Internet Archive por Juan R. Fajardo en 1999, consultado en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/48-manif.htm>, p.17.

¹⁰ MARITAIN, Jacques. (2002). *Los derechos del hombre*. Madrid: Biblioteca Palabra, capítulo IV, pp.112 a 117.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo. (2002). *Formas de Neo Constitucionalismo: un análisis metateórico*. Madrid: *Isonomía*, p.89.

Noveno. Otra clasificación, de mayor ayuda, permite agruparlos como: derechos de la dignidad y derechos de la libertad, derechos autonómicos de la voluntad y derechos relacionales.

Los **derechos de la dignidad** están vinculados a la persona humana y a su reconocimiento como ser valioso en sí mismo, percibido como una realidad integral, situado en la historia, en la cultura y en el mundo; el ser humano existe dialogalmente en relación con el “*otro ser humano*”, en virtud de su actuar con libertad para el propio bienestar¹². La persona es sujeto de moralidad, y al mismo tiempo su naturaleza racional es la base de aquella, porque es a ella a quien corresponde y sobre la que recae toda la responsabilidad de comportarse racionalmente¹³. Por tanto, los derechos que se incluyen en esta comprensión son la vida, la integridad personal, la libertad sexual (que se ejerce cuando y con quien se desea y por razones propias, y no cuando y con quien la otra persona lo desea y por las razones que esta posee; esto conlleva que el ejercicio libre del propio cuerpo, de su integridad y del proyecto que le es indisoluble, refleje su reconocimiento como ser humano valioso y único, que bajo ninguna justificación puede degradarse a la condición de un instrumento)¹⁴, la igualdad, la no discriminación, la elección del proyecto de vida, la identidad personal y social, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, entre otros.

Por su parte, los **derechos de la libertad** son aquellos en los que la actuación humana trasciende la propia personalidad. En esos casos, la voluntad de la persona humana y su moralidad (se insiste en que lo moral es actuar con plena libertad y responsabilidad) le permiten decidir todo aquello que le apetece, reconociendo que tal actuar, en cualquier caso, siempre traerá consecuencias, con las que no puede dejar de responsabilizarse, para que esa libertad siga siendo plenamente moral y producto de la reflexión o acomodamiento a la regla ética que la dirige¹⁵. En este segundo conjunto, aparecen la libertad de pensamiento, de opinión y expresión del pensamiento, la libertad de trabajo, la libertad de reunión, la libertad de opinar en contrario y criticar las ideas de otras personas, la libertad de empresa, etcétera.

En cuanto a los **derechos autonómicos de la voluntad**, se trata de aquellos propios de la persona humana como individuo, que se manifiestan

¹² WOJTYLA, Karol Józef. (1982). *Persona y acción*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, de la Editorial Católica S.A., pp. 119 a 137.

¹³ WOJTYLA, Karol Józef. (1998). *Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética*, Madrid: Palabra, p. 57.

¹⁴ Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca solamente como un medio, KANT, Immanuel (1980), *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de Manuel García Morente), sección IV, Madrid: Espasa Calpe, p. 429.

¹⁵ WOJTYLA, Karol Józef. (1998). *Mi visión del hombre. Hacia una nueva ética*, Madrid: Palabra, p. 41 a 57, *passim*.

únicamente por su propia decisión —como la vida, pues, nadie deseó vivir, pero, salvo excepciones, todos desean seguir viviendo—, sin que ello signifique negar su ubicación colectiva.

Ningún ser humano puede lograr la plena realización de su proyecto de vida en soledad, ni siquiera los anacoretas o ermitaños, pues, encontrándose en aislamiento voluntario, buscan por medio de la ascesis alcanzar la máxima comunidad con la creación o con Dios. En este grupo se ubican los derechos cuya satisfacción o realización no necesita el concurso de otra persona, como la vida, el pensamiento, la identidad, la libertad de consciencia o religión y las convicciones políticas, filosóficas o de cualquier otra índole, entre otros.

Los **derechos relacionales** son los que requieren, para su ejercicio y realización, el necesario concurso de otra persona humana, por lo que no se agotan o consumen con la sola actividad volitiva individualista, menos aún se configuran sin respetar la libertad, la voluntad o el proyecto de vida de los semejantes.

Por extensión, cuando estos derechos se relacionan con otros entes vivos —distintos a la persona humana—, como la fauna o la flora, el ambiente, la ecología o el planeta, exigen actuar con respeto al proyecto colectivo de la naturaleza, así como asumir plenamente las responsabilidades que surjan. En este conjunto se hallan los derechos económicos y sociales, el derecho a fundar una familia, a la empresa, a la propiedad, a la libertad de expresión, a reunirse, a manifestar crítica o discrepancia de otras acciones, opiniones o ideas, al trabajo y a la libertad personal (derecho de acción, de defensa, a probar), entre otros.

Décimo. En ese orden de ideas, las libertades de expresión y reunión tienen connotación de derechos fundamentales —dejando de lado la derrotabilidad conflictual de su origen y mantenimiento—, como derechos de la libertad y derechos relacionales, que imponen mayores deberes, asumiendo todas sus implicancias.

Al respecto, en el artículo 2, numerales 4 y 12, de la Constitución Política del Perú, se establece lo siguiente:

En primer lugar, “Toda persona tiene derecho [...] A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley”.

Y, en segundo lugar,

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

Undécimo. Ambos derechos fundamentales tienen cobertura en la jurisprudencia convencional y constitucional.

11.1. De un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido lo siguiente:

- **Sobre la libertad de expresión**

La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno [...]. Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente [...]. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que 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. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia¹⁶.

El artículo 13.1 consagra expresamente la libertad de difundir oralmente la información. La Corte considera que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente¹⁷.

- **Respecto de la libertad de reunión**

El artículo 15 de la Convención Americana «reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas». Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución n.º 73 CIDH, Sentencia caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, del cinco de febrero de dos mil uno, párrafos sexagésimo cuarto, sexagésimo quinto y sexagésimo sexto; entre otras.

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución n.º 153 CIDH, Sentencia caso López Álvarez vs. Honduras, del primero de febrero de dos mil seis, párrafo centésimo sexagésimo cuarto; entre otras.

maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...] ha señalado que el derecho de reunión es de tal importancia que una persona no puede ser sancionada, incluso por una sanción disciplinaria menor, por la participación en una manifestación que no había sido prohibida, siempre y cuando no cometa actos reprochables durante la misma¹⁸.

11.2. Y, de otro lado, el Tribunal Constitucional ha determinado lo siguiente:

- **Con relación a la libertad de expresión**

Es cierto que en un Estado democrático la libertad de expresión adquiere un cariz significativo y obtiene una posición preferente por ser el canal de garantía mediante el cual se ejercita el debate, el consenso y la tolerancia social; sin embargo, ello no admite la aceptación de estados de libertad irrestrictos, pues el ejercicio mismo de la libertad de expresión conlleva una serie de deberes y responsabilidades para con terceros y para con la propia organización social. Así, no es posible hablar sobre esta base de derechos absolutos —como lo alega el recurrente al invocar una abierta protección de su derecho a la libertad de opinión y de expresión—, toda vez que, a la luz de nuestra Constitución, el ejercicio ilimitado de derechos no se encuentra garantizado¹⁹.

[...] Si bien la Constitución señala [...] la existencia de las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, en realidad, existen solamente dos derechos fundamentales en juego: a la expresión y a la información, pues el derecho a la opinión solo es el bien jurídico tutelado de la expresión; y el derecho a la difusión del pensamiento, un grado superlativo en que la comunicación puede llegar al público. Respecto a la información, esta se refiere a la capacidad de emitir y recibir las noticias veraces, completas y asequibles, en la medida en que su objeto son los hechos, los mismos que pueden ser comprobables. Respecto a la expresión, esta se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente²⁰.

- **En torno a la libertad de reunión**

Este derecho constitucionalmente protegido por la Constitución, como todo derecho fundamental, no es uno absoluto o ilimitado [...]. En todo caso, los motivos que se aleguen para prohibir o restringir el derecho de

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución n.º 314 CIDH, sentencia caso López Lone y otros vs. Honduras, del cinco de octubre de dos mil quince, párrafo centésimo sexagésimo séptimo; entre otras.

¹⁹ SALA PRIMERA. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 2465-2004-AA/TC Lima, del once de octubre de dos mil cuatro, fundamento decimosexto; entre otras.

²⁰ SALA SEGUNDA. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 10034-2005-PA/TC Tacna, del veintiséis de marzo de dos mil siete, fundamento decimosexto; entre otras.

reunión, deben ser 'probados'. No debe tratarse, en consecuencia, de simples sospechas, peligros inciertos, ni menos aún de argumentos insuficientes, antojadizos o arbitrarios, sino deben ser razones objetivas, suficientes y debidamente fundadas. En tal sentido, la prohibición debe ser la última ratio a la que puede apelar la autoridad administrativa o judicial para limitar el derecho, debiendo optar, de ser posible, por medidas simplemente restrictivas, tales como proponer la modificación del lugar, fecha, hora duración o itinerario previsto. Se trata, en suma, de que la prohibición o establecimiento de restricciones al ejercicio del derecho de reunión se encuentre debidamente motivado por autoridad competente, caso por caso, de manera tal que el derecho se restrinja sólo por causas válidas, objetivas y razonables, y en modo alguno más allá de lo que resulte estrictamente necesario²¹.

[...] El contenido constitucionalmente protegido del derecho viene configurado por la conjunción de una serie de elementos: a) Subjetivo: Se trata de un derecho individualmente titularizado, pero sólo susceptible de ejercitarse de manera colectiva. Lo ejerce una agrupación de personas con fines o propósitos, en esencia, comunes. La identidad básica de la intención de quienes se congregan, es decir, el factor volitivo común de los agrupados, es el que permite distinguir la reunión constitucionalmente protegida por el artículo 2º 12 de la Constitución, de aquellas meras aglomeraciones casuales de individuos a quienes no asiste tal identidad [...]. b) Temporal: Una de las características del derecho de reunión es la manifestación temporal o efímera de su ejercicio, incluso en los supuestos en los que tal manifestación sea periódica. Tal característica es uno de los principales factores que permite distinguirlo del derecho de asociación [...]. c) Finalista: Es requisito fundamental para el **válido ejercicio del derecho de reunión que su finalidad sea lícita. Dicha licitud no sólo debe ser predicable del propósito último de la reunión, sino de los medios cómo éste pretende ser alcanzado.** Y es que cuando el artículo 2º 12 de la Constitución alude a que el *modus* de la reunión se materializa «pacíficamente sin armas», hace referencia a un requisito que atañe al contenido esencial del derecho, de manera tal que, desde el mismo instante en el que se manifiesta algún elemento objetivo que permita apreciar la intencionalidad o concreta actividad violenta durante la congregación, el o los individuos involucrados en el evento, dejan de encontrarse inmersos en el ámbito protegido del derecho, pudiendo ser reprimidos de forma inmediata, mediante medidas razonables y proporcionales, por la autoridad pública. De esta manera, resulta manifiesto que el mínimo daño intencionalmente provocado a los bienes o personas, no forma parte del ejercicio válido del derecho [...]. d) Real o espacial: El derecho de reunión se ejerce en un lugar de celebración concreto [...]. Resulta claro, sin embargo, que la elección del lugar no siempre puede quedar a discreción de la voluntad del celebrante, pues, en ocasiones, es el lugar escogido el que determina, ante el objetivo riesgo de afectación de determinados bienes constitucionalmente protegidos, la aparición de una causa objetiva y suficiente para restringir o prohibir la reunión [...]. e) Eficacia inmediata: [...] de manera tal que no requiere de ningún tipo de autorización previa para su ejercicio. Lo que ocurre es que, en el caso específico de las reuniones convocadas en plazas o vías públicas,

²¹ SALA SEGUNDA. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 6165-2005-HC/TC Lima, del seis de diciembre de dos mil cinco, fundamento noveno.

el constituyente ha establecido un instrumento expreso de armonización entre su ejercicio y las eventuales restricciones a otros derechos que éste represente, de manera tal que ordena que la autoridad tome noticia del evento con antelación suficiente a efectos de que tome las providencias necesarias para que el derecho al libre tránsito (artículo 2º 11 de la Constitución) no se vea limitado más allá de lo estrictamente necesario, habilitando vías alternas de circulación, además de adoptar las medidas necesarias para proteger a los manifestantes y asumir una conducta vigilante y, de ser el caso, proporcionalmente represiva, frente a las eventuales afectaciones a la integridad personal de terceros o de los bienes públicos o privados [resaltado propio]²².

III. Un supuesto especial: ¿el derecho fundamental a la protesta?

Duodécimo. En principio, se advierte que el derecho de protesta, su connotación de derecho fundamental y sus prácticas de vehemencia beligerante no han sido reconocidos, taxativamente, en el texto constitucional ni en alguna otra norma convencional.

Los ejemplos históricos representativos del ejercicio de los derechos de reunión y libertad de expresión aparecen en la marcha de la sal, gestada por el movimiento de independencia de la India, liderado por Mahatma Gandhi (del doce de marzo al seis de abril de mil novecientos treinta), o en el levantamiento por los derechos civiles en los Estados Unidos, liderado por Martin Luther King (de mil novecientos cincuenta y seis a mil novecientos sesenta y ocho). Ellos se desplegaron en contextos pacifistas, incluso a pesar de la violenta y execrable represión de los Gobiernos.

Seguidamente, el ejercicio de cualquier derecho debe incardinarse y concordar con los valores de la Constitución y la humanidad, puesto que todos los derechos (humanos, fundamentales y constitucionales) reflejan y consolidan dichos valores. Por esa razón, son incomprensibles aquellos derechos que se fundamentan en antivalores o contravalores, por más que el pluralismo social exija tolerancia a su reconocimiento²³, simplemente porque su ejercicio se justifica sólo si se aniquilan los derechos de otros, tornándolos como invisibles, es decir, como si no existieran. Sólo serán posibles de explicar —mas no de justificar— desde una perspectiva de ejercicio y defensa vehementemente arbitraria y beligerante frente a cualquier recorte o limitación de derechos, incluso proveniente del Estado.

De este modo, si bien no se discrepa de la validez de estos derechos, sí resulta inadmisibles que, a través de ellos, se pretenda justificar los delitos cometidos. Tampoco es aceptable —en términos constitucionales y convencionales— el uso de la libertad afectando la dignidad humana. La libertad no está basada en

²² SALA PRIMERA. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 4677-2004-PA/TC Lima, del siete de diciembre de dos mil cinco, fundamento decimoquinto; entre otras.

²³ ZAGREBELSKY, Gustavo & MARCENÓ, Valeria. (2007). *Justicia Constitucional, Volumen I: Historia, principios e interpretaciones*, traducción César E. Moreno More, Puno: Zela Grupo Editorial, p. 106.

principios que menoscaben la dignidad de la persona humana, su corporeidad, su identidad, su alma, el todo que encarna en sí²⁴.

Decimotercero. La tesis de los derechos de la humanidad impone como regla que los derechos —cualquiera sea su denominación— se vinculen con los distintos valores supremos: tolerancia, verdad, paz, responsabilidad, solidaridad, convivencia armónica, bondad y vida, que aparecen implícitos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Entonces, no puede entenderse que los derechos no contengan valores o estén estructurados en antivalores, puesto que tal concepción sólo será una habilitación modificable. Por el contrario, si se les concibe como institutos de contenido valioso, se les podrá afincar en la dignidad del ser humano. Si ocurre lo primero, la historia de su vigencia no puede estar sino apegada a la lucha perpetua por su imperio, pues no posee argumentos defensivos que la hagan prevalecer; si se verifica lo segundo, su vigencia se impone por su propia naturaleza.

Un derecho sin valor o, peor, que sea contrario a valores morales, sociales u otros, no es en realidad un derecho, es solo una regulación impositiva, que tarde o temprano conduce a la anarquía de los disconformes.

Las sociedades se componen de valores²⁵. A la vez, la Nación es el resultado del reconocimiento de dichos valores. Por su parte, el conglomerado territorial —y su eventual unificación— sólo requiere el imperio de la fuerza, pero nada garantiza que trascienda el tiempo y la historia.

Decimocuarto. Luego, si bien se procuró otorgarle a la protesta²⁶ la condición de derecho fundamental, en el Tribunal Constitucional —en un proceso de inconstitucionalidad— la ponencia respectiva no alcanzó los votos necesarios para dar por sentada esta posición doctrinal, según consta en la razón correspondiente.

Aun así, es pertinente reseñar sus fundamentos:

Por un lado,

²⁴ LÓPEZ, Andrés Felipe. (2012). *Karol Wojtyła y su visión personalista del hombre*, *En Cuestiones Teológicas*, volumen 39, número 91, enero-junio 2012, Medellín: CT, ISSN 120-131X, p. 122.

²⁵ NINO, Carlos Santiago. (1989). *Ética y derechos humanos*, Un ensayo de su fundamentación, Buenos Aires: Editorial Astrea, pp. 14 a 20 y 267 a 298. REALE, Miguel. (1997). *Teoría Tridimensional del Derecho: Una visión integral del derecho*, Madrid: Editorial Tecnos, pp. 63 a 85. WEBER, Max. (2014). *Wirtschaft und Gesellschaft*, Economía y Sociedad, traducción de Teresa Guzmán Romero, México D.F.: Fondo de cultura económica, pp. 50 a 75. SCHELER, Max. (2016). *El puesto del hombre en el cosmos*, Madrid: Editorial Createspace, *passim*.

²⁶ Tanto en su dimensión discursiva de lucha o reclamo vehemente a cualquier costo, cuanto en su dimensión práctica de vehemencia beligerante para equilibrar la opresión de los poderosos. En cualquier caso, lucha vehemente y beligerante.

La protesta se erige también como un auténtico mecanismo de expresión y eventual reivindicación de las minorías que no logran ser representadas en los ámbitos institucionales a los que sólo acceden legítima y legalmente las mayorías, de forma tal que la omisión, en cuanto a su reconocimiento y garantía desde el Estado, no sólo menoscabaría profundamente las posibilidades reales de presentar sus demandas a quien corresponda, siempre que estas sean legítimas y legales de acuerdo al orden público constitucional, sino también que dicha omisión contravendría un principio [...] del Estado peruano, de acuerdo con la Constitución Política de 1993, como es el pluralismo, en sus manifestaciones política, ideológica, de pensamiento y de creencias.

Y, por otro lado,

A la luz de las opciones valorativas reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional, entre las que destaca como prisma fundamental el principio democrático y su plasmación jurídica en la Constitución como marco garantista, lo que debe extenderse también a contextos de cambio y crisis de la representación, resulta una exigencia del orden público constitucional el reconocimiento del derecho a la protesta como derecho fundamental, derecho que asiste a toda persona que mantiene una posición crítica frente al poder, sea este último público o privado, todo ello sobre la base de aspiraciones legítimas de quienes protestan y siempre que se respete la legalidad conforme al orden fundamental. Y es que la expresión de la crítica pública en democracia, así como el proceso de su elaboración y la construcción del pensamiento crítico son fundamentales para la comunidad política²⁷.

²⁷ PLENO. Tribunal Constitucional. Sentencia n.º 0009-2018-PI/TC, del dos de junio de dos mil veinte, fundamentos septuagésimo tercero y septuagésimo cuarto. A favor los magistrados Ledesma Narváez y Ramos Núñez. En contra, los jueces Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada. Estos últimos, apuntaron: de un lado, “discrepamos del reconocimiento que hace la ponencia de lo que denomina derecho fundamental a la protesta, como un supuesto derecho no enumerado por la Constitución e implícito en el artículo 3 de ésta [...]. Como puede apreciarse, este verbo hace referencia a expresar, por lo general vehementemente, un propósito o idea, un reclamo o disconformidad con algo o alguien. Siendo ello así, el acto de protestar está protegido en nuestra Constitución por la libertad de expresión (artículo 2, inciso 4), sin que se necesite recurrir al reconocimiento de un derecho supuestamente no enumerado e implícito. La acción de protestar está, pues, tutelada por la libertad de expresión y esta, a su vez, puede ser un medio para el ejercicio, a través de la protesta, de otros derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, como la libertad de pensamiento o ideológica (artículo 2, incisos 3 y 4), o las libertades de conciencia y de religión (artículo 2, inciso 3)”; y, de otro lado, “la Constitución no reconoce el derecho fundamental a la protesta. En realidad, el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho a protestar contra aquello con lo que uno discrepa, dentro de los límites que establece la propia Constitución. No tiene sentido reconocer a la protesta como un derecho autónomo”. Después, el magistrado Miranda Canales anotó: “en el contexto de una protesta social, lo sancionado o prohibido penalmente por el legislador no se refiere únicamente a las conductas señaladas en el artículo 200 del Código Penal, sino también a aquellas tipificadas en el Capítulo II, ‘Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos’, del Título XII, ‘Delitos contra la seguridad pública’, del Código Penal. Estas últimas, por cierto, no han sido materia de análisis en la ponencia”. Luego, el juez Espinosa-Saldaña Barrera indicó: “al ser el reconocimiento de derechos implícitos un mecanismo que debe usarse de manera excepcional, considero que el proyecto hace mal en ‘crear’ un derecho que puede adscribirse interpretativamente como parte del derecho a la participación en la

Aparte de lo referido, la protesta —por más reivindicativa que sea— tiene que expresarse o materializarse dentro del marco de la ley. No obstante, esto resulta difícil si no existen mecanismos de diálogo y tolerancia, valores indispensables para que la crítica logre cambios sociales y políticos.

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

A lo sumo, en el caso de marchas pacíficas —como expresión del derecho de reunión—, si se interrumpiese el tránsito de peatones y vehículos, tales acciones quedarían fuera del injusto penal sólo si existiesen vías alternativas libres para los peatones no simpatizantes de la marcha o para los vehículos, a fin de que puedan tomarlas y llegar a su destino.

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

Después, la libertad de expresión, la libertad de reunión e incluso el derecho a tener una opinión contraria y expresarla colectiva y públicamente, en su condición de derechos constitucionales (artículo 2, numerales 4 y 12, de la Constitución Política del Perú), deberán ser ejercidos pacíficamente, sin afectar derechos ajenos ni interpretar que solo el derecho de los reclamantes (protestantes) es valioso, invisibilizando los de los demás (artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), y asumir, en todo caso, las responsabilidades de la ley.

vida política de la Nación. Asimismo, al ser un derecho político, que dinamiza y robustece la democracia, se beneficia de las particularidades que la interpretación de un derecho de este tipo requiere. Por cierto, también discrepo con los fundamentos que se refieren de manera imprecisa a la relación entre el derecho fundamental a la protesta y otros bienes constitucionalmente relevantes, asimismo, a los supuestos de concurrencia (o de ‘concurso de derechos’) de este derecho fundamental con otros”.

Esta es la base iusfilosófica que justifica el derecho a la huelga (artículo 28, numeral 3, de la Constitución Política del Perú) puesto que, si bien es un acto de fuerza, tal acción solo debe repercutir en la esfera del derecho del huelguista: “No trabaja, pero tampoco se le remunera”; incluso, en el grado máximo de expresión de lucha sindical: la huelga de hambre, el único derecho, o mejor el preponderante derecho en juego es el del propio reclamante. Por ello mismo, cualquier rebalse de estos baremos pacíficos se torna en un acto ilegal de lucha o de fuerza y si acaso reúne los demás elementos típicos, se torna en un acto ilícito de reproche penal.

Decimosexto. Un razonamiento en contrario, como apunta Max Weber:

Nos sumerge en la vorágine anarquista, en una Nación imposible, porque ninguna causa podrá sobrevivir al tiempo y al espacio, si no se cimenta en valores, si no reconoce la dignidad del ser humano, si sólo es la lucha por la lucha e imponer las ideas no por la fuerza que poseen sino por la fuerza misma, porque no somos capaces —pese a nuestra inteligencia y valía racional— de imponer una idea por el imperio de su argumento, que se tiene que imponer por la fuerza del poder y las armas, cuyo monopolio debería estar reservado a exclusividad al Estado²⁸.

En esa línea, debe ponderarse la capacidad del ser humano para expresar y defender ideas, sin necesidad utilizar la fuerza o el poder para imponerlas, porque ese día, habrá dejado de ser una justificada defensa y se habrá convertido en una dominación ilegítima, en una ideología que no vale la pena seguir, porque, tarde o temprano, esas líneas de pensamiento perecen, por más que cuando se hayan preconizado por la fuerza apabullante del poder, parezcan resplandecer. La historia está llena de caídas estrepitosas, incluso, al día de hoy, todavía sigue retumbando el eco de su precipitación.

Decimoséptimo. Aun con carencias sociales, en modo alguno se justifica “alcanzar lo que queremos a cualquier precio” o “imponer nuestras ideas con violencia o por la fuerza” para lograr la expectativa insatisfecha, porque no encontramos otro modo de hacer escuchar la voz de las minorías.

Los gobernantes locales, regionales y nacionales tienen el imperativo categórico de generar espacios de escucha de las demandas populares, en particular de los colectivos minoritarios —aunque no es sólo una obligación del Poder Ejecutivo nacional—, espacios que además sean eficaces y den resultados, sujetos a control posterior bajo responsabilidad y no sólo ocasionales reuniones de retórica e histrionismo politiquero. Esa es una tarea que el Legislativo debería cumplir con la urgencia que la historia social demanda e imponerlo como deber funcional del Gobierno —local, regional y nacional—, legislando al respecto; no obstante, aún con este pendiente, el sistema normativo debe prevalecer, pues es la única forma de mantener el Estado constitucional de derecho y la convivencia pacífica.

²⁸ WEBER, Max. (1979). *El político y el científico*, Madrid: Alianza Editorial, pp. 81 a 86.

Decimoctavo. También, a su turno, en la jurisprudencia penal se precisó lo siguiente:

No se puede negar (1) que las protestas tenían una base social, de reclamo por razones ambientales y de protección del territorio de quienes allí vivían —no había realizado consultas previas a la población involucrada, y (2) que las autoridades, a final de cuentas, aceptaron muchos de sus planteamientos, lo que revelaría lo fundado de los reclamos materia de protesta [...] es de reconocer que entre las protestas y los límites trazados por el Derecho penal a su ejercicio se está prioritaria y básicamente ante un conflicto de derechos. Entre los derechos a la libertad de expresión, reunión, identidad cultural, petición y a un medio ambiente equilibrado y adecuado (artículo 2, numerales 4, 12, 19, 20 y 22, de la Constitución) *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 (artículos 38, 44 y 67 de la Constitución) [...] el criterio adoptado siempre ha sido que el empleo de violencia niega la protección constitucional a los autores de estos actos —nuestra Constitución exige que el derecho de reunión se haga pacíficamente sin armas (artículo 2, numeral 12)—, pero es de aseverar que no toda violencia anula la protección constitucional, en el entendimiento del mensaje que portan los manifestantes, de la libertad de expresión y de protesta, y de que corresponde a la sociedad salvaguardar los intereses de las minorías sociales con muchas dificultades para obtener la debida atención de las autoridades públicas [...] la protección que merecen las protestas, más aún en función a las causas que las determinaron, de muy alta significación, no importa reconocer que se puede protestar de cualquier forma, de cualquier modo, a costa de los demás. Aquel que ha llevado adelante un comportamiento violento, sin duda, debe ser merecedor de un reproche penal, más allá que ese comportamiento no agrega ni quita absolutamente nada al valor o protección que merece el derecho a la protesta [pacífica y legítima] y a los que valores que, en lo pertinente, expresa [véase: GARGARELLA, Roberto: *Un diálogo sobre la ley y la protesta social*. En: Revista Derecho PUC, número 61, 2008, Lima, pp. 19-50; y, él mismo: *El Derecho frente a la protesta social*. En: Revista de la Facultad de Derecho de México, Volumen 58, número 250, 2008, México, pp. 183-199)²⁹.

Con todo, no se pretende relativizar las protestas o sus distintos fundamentos, sino definir su ejercicio con estricto apego al marco constitucional y legal.

IV. Del principio de lesividad

Decimonoveno. El principio de lesividad está regulado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

Sobre ello, se aprecia que el principio de lesividad no despliega los mismos efectos en los delitos de peligro concreto y peligro abstracto. En estos últimos no ha de buscar la lesión al bien jurídico protegido.

²⁹ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República. Recurso de Casación n.º 274-2020/Puno, del nueve de diciembre de dos mil veinte, fundamento de derecho sexto.

La reclamada fragmentariedad del derecho penal —o intervención mínima— no puede ser apreciada igual en los delitos de peligro en los que el legislador ha decidido adelantar la punibilidad.

Adicionalmente, no se soslaya que el bien jurídico protegido no es la integridad personal o la propiedad, ni siquiera la empresa minera es sujeto pasivo, sino el normal desenvolvimiento de los transportes y servicios, el cual se lesiona y pone en peligro, por adelantamiento de punibilidad, con el mero acto de impedirlo, entorpecerlo o estorbarlo.

V. De la solución del caso

Vigésimo. Los derechos fundamentales de libertad de expresión y reunión, por mandato constitucional, se han de ejercer de modo pacífico y, en lo pertinente, sin interrumpir el transporte público o privado en sus diversas tipologías. Esto último ha sido regulado por el ordenamiento jurídico como un hecho punible, según el artículo 283 del Código Penal.

Si los ciudadanos estiman que no son suficientes sus reclamos o que, en todo caso, no existe recepción de parte de las autoridades o que los espacios de diálogo son ineficaces o inexistentes, están autorizados a acrecentar la vehemencia de dichos reclamos, siempre que ello repercuta en la esfera personal de derechos del protestante (verbigracia: huelga laboral o huelga de hambre) y no transgreda derechos fundamentales de terceros ajenos al conflicto social, como la vida, la integridad personal, la seguridad pública, el libre tránsito o la propiedad.

Vigesimoprimer. No se puede, so pretexto de reunión o disidencia (pensar u opinar distinto), justificar el impedimento, el estorbo o el entorpecimiento del transporte o la prestación del servicio público o privado, mucho menos la puesta en peligro de la vida, la integridad o la libertad personal ni el daño a la propiedad pública o privada.

La violencia contra las personas o las cosas y, específicamente, la toma de carreteras, vías o espacios de infraestructura de transportes públicos o privados no tiene cobertura constitucional. Tal situación, a la vez, afecta el sistema económico, que constituye la fuente generadora de riqueza y el sustento social.

Actuar en contrario, es decir, con intransigencia frente a las ideas opuestas o usando cualquier tipo de violencia o bien, afecta derechos ajenos al reclamo o a la manifestación, lo cual, degrada y deslegitima irremediablemente la protesta.

En ese contexto, no se constató que ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL se hayan reunido en una plaza pública o que, en su caso, los camiones hayan podido circular por caminos aledaños. El relato fáctico no lo contempla y, por ende, no es posible inferirlo, porque se tergiversaría el *factum*, lo que está proscrito en sede casación. Por el contrario, se acreditó de

modo objetivo que hubo interrupción de transporte, por lo que se afirma la tipicidad de la conducta y la correcta aplicación de la norma sustantiva. Ergo, el juicio de subsunción es incontrovertible.

Por todo ello, no existió indebida aplicación o errónea interpretación del artículo 283 del Código Penal. De ahí que la condena penal por el delito entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos se ajusta al principio de legalidad.

En consecuencia, se declarará infundada la casación.

Vigésimosegundo. Finalmente, el artículo 504, numeral 2, del Código Procesal Penal establece que quien interpuso un recurso sin éxito deberá pagar las costas procesales, las cuales se imponen de oficio, conforme al artículo 497, numeral 2, del código citado. En consecuencia, les corresponde a los impugnantes ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL asumir tal obligación procesal.

La liquidación le corresponde a la Secretaría de esta Sala Penal Suprema, mientras que su ejecución le concierne al juez de investigación preparatoria competente.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los señores jueces que integran la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por los encausados ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL contra la sentencia de vista, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno (foja 402), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, que confirmó la sentencia de primera instancia, del ocho de marzo de dos mil diecinueve (foja 191), que los condenó como coautores del delito contra la seguridad pública-entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en agravio del Estado; les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dos años; estableció reglas de conducta, y fijó como reparación civil la suma de S/ 2000 (dos mil soles); con lo demás que contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista, del diecinueve de mayo de dos mil veintiuno.
- II. **CONDENARON** a los imputados ALEJANDRO HUILLCA PINARES, JULIÁN OCHOA AYSA, ALEJANDRA OCHOA PUMA y RODMY ALFONSO CABRERA ESPINAL al pago de las costas procesales correspondientes, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de la Sala Penal Suprema y exigidas por el juez de investigación preparatoria competente.

- III. **DISPUSIERON** que la presente sentencia se lea en audiencia pública, se notifique a las partes apersonadas en esta Sede Suprema y se publique en la página web del Poder Judicial.
- IV. **MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelvan los actuados al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuaderno de casación en esta Sala Penal Suprema. Hágase saber.

Intervino el señor juez supremo Cotrina Miñano por licencia de la señora jueza suprema Carbajal Chávez.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

LT/ecb



SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, cuatro de abril de dos mil trece.-

VISTOS; en audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causal referida a "*si la sentencia se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema*" -prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado cinco, del Nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por LA ENCAUSADA JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE contra la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once, que confirmando la de primera instancia de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente y otros, en la investigación seguida contra ellos por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública - delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

Interviniendo como ponente el señor PRÍNCIPE TRUJILLO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

1. Del Itinerario del proceso en Primera Instancia.

Primero: Se tiene que la encausada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE con fecha dos de febrero de dos mil once presentó su escrito de Excepción de Improcedencia de Acción alegando que los hechos que se le

imputan por el delito entorpecimiento de servicios públicos no constituyen delito, toda vez que al haber colocado una caseta y una franquera en la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas –trocha que se encuentra ubicada al interior de su Comunidad- han actuado como autoridad, en el ejercicio regular de un derecho de rango constitucional, al gozar la Comunidad Nativa de autonomía territorial, organizativa, normativa y jurisdiccional, conforme a lo estipulado en los artículos 88°, 89° y 149° de la Constitución Política del Estado y el Convenio 169° de la OIT. Así, mediante resolución número dos, de fojas cuarenta y tres, del diecisiete de febrero de dos mil once, se fijó fecha para la realización de la Audiencia de Excepción de Improcedencia de Acción para el día veinticuatro de febrero de dos mil once, notificándose debidamente a los sujetos procesales.

Segundo: Se realizó la Audiencia de Excepción de Improcedencia de Acción el día veinticuatro de febrero de dos mil once –véase a fojas sesenta y seis-, en la que luego de la verificación de la presencia de los sujetos procesales y su debida acreditación, el Primer Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios expidió en la fecha señalada la resolución número tres, y declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la imputada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE y otros, en el proceso que se le sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado Peruano; bajo los siguientes fundamentos:

A)- Que se pudo advertir que la conducta de la procesada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE se encuentra subsumida en el delito que se le viene investigando, esto es, por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos previsto y penado en el artículo 283° del Código Penal.

B)- Que de autos se verificó que existen evidencias que la vinculan con el hecho imputado, esto es, por haber construido una caseta y colocado unas tranqueras con la finalidad de impedir la libre circulación vehicular y el acceso a las Comunidades de Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante, ubicada a ocho kilómetros al interior del margen derecho del kilómetro veinticuatro de la Carretera Puerto Maldonado – Cusco, lo que se acredita con: **i]** El Acta de Constatación Fiscal de fecha veinte de julio de dos mil diez, en el cual se describe que en el área *sub litis* se constata que la vía carrozable se encuentra bloqueada con un parante de madera y dos palos cruzados; **ii]** El *panneau* fotográfico de fojas treinta y cinco –del Cuadernillo formado en esta Suprema Instancia– en el que se observa fotográficamente la trocha carrozable y se advierte lo descrito en el Acta mencionada; **iii]** Declaración de Juan Bosco Cruz Cruz, gerente encargado de la Empresa de Transportes “Los Pioneros”, que cubre la ruta Puerto Maldonado – Diamante – Comunidad Nativa de San Jacinto y viceversa, con autorización expedida por la Municipalidad Provincial de Tambopata, en la que narra detalladamente cómo fueron impedidos del libre acceso por la trocha que da a dicha Comunidad; siendo así, se evidencia que el hecho por el cual se le investiga constituye delito y es justiciable penalmente.

C)- Finalmente, sostuvo que de la carpeta fiscal se advierte que existe una sentencia de habeas corpus emitida -por este Juzgado- con fecha doce de agosto de dos mil diez, en la que se declara Fundada la demanda de habeas corpus presentado por Lucía Apaza Apaza y otros, y se ordena que se proceda el retiro inmediato del cerco de madera y la edificación de la precaria vivienda, construida al centro de la carretera o camino vecinal Fitzcarrald – Teniente Acevedo – Diamante, sentencia que fue confirmada por resolución de vista de fecha veinticinco de agosto de dos mil diez, con lo que se evidencia que se habría vulnerado el derecho a terceras personas, esto es, el acceso a las comunicaciones. Por los fundamentos jurídicos citados, el Juez de Investigación Preparatoria declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción deducida por la imputada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, en la instrucción que se les sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

Contra la referida sentencia la defensa técnica de la procesada Juana Griselda Payaba Cachique interpuso recurso de apelación por escrito de fojas setenta y dos. Este recurso fue concedido por auto de fojas noventa y cuatro, de fecha dos de marzo de dos mil doce, y se ordenó elevar los actuados al Superior en grado.

II. Del Itinerario del proceso en Segunda Instancia.

Tercero: La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, una vez recibidos los autos remitidos por el Juez de Investigación Preparatoria de Tambopata, mediante resolución de fecha

tres de marzo de dos mil once –véase a fojas noventa y ocho-, de conformidad con el inciso uno del artículo cuatrocientos veinte del Código Procesal Penal, confirió traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales por el plazo de cinco días.

Culminada la fase de traslado de la impugnación, el Colegiado Superior conforme lo prevé el inciso dos del artículo cuatrocientos veinte del acotado Código, resolvió declarar admisible el Recurso de apelación interpuesto por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique, y cumplió con señalar día y hora para la audiencia de apelación, la misma que se llevó a cabo el día veintitrés de marzo de dos mil once, a las diez horas de la mañana –véase a fojas ciento tres-. Realizada la audiencia de apelación tal como se aprecia en el acta de fojas ciento veintitrés, el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia pública la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once.

Cuarto: La resolución de vista recurrida en casación, resolvió CONFIRMAR la de primera Instancia que declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción formulada por la imputada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, en la investigación seguida en su contra por delito contra la seguridad – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado.

III. Del Trámite del recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de la acusada Juana Griselda Payaba Cachique.

Quinto: Leída la resolución de vista, la procesada Payaba Cachique interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas ciento cuarenta y dos, invocando el inciso cuatro del artículo 427° del Código Procesal Penal, que establece que "excepcionalmente, será procedente el recurso de casación cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, discrecionalmente lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial"; en concordancia con la causal prevista en el inciso cinco del artículo 429° del acotado Código, referida a: "si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecido por la Corte Suprema o en su caso, por el Tribunal Constitucional"; que, al respecto, sostuvo los siguientes fundamentos: **i)** que la resolución impugnada confundió lo que implica una "restricción" razonable y proporcional de derechos con "vulneración" de derechos; **ii)** el Colegiado Superior no tomó en cuenta lo dispuesto en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que obliga a los jueces a respetar las decisiones de la jurisdicción especial indígena que goza de protección constitucional; por estos fundamentos, considera que no se puede imputar un delito a una autoridad comunal cuando ha actuado en el correcto ejercicio de su autonomía jurídica, por lo que la conducta imputada es atípica y antijurídica porque se ha actuado en ejercicio regular de un derecho.

Sexto: Mediante auto de fojas ciento cincuenta y tres, de fecha veintiocho de abril de dos mil once, la Sala Penal de Apelaciones declaró IMPROCEDENTE el recurso de casación bajo el argumento de que

la resolución impugnada no se ha apartado de lo establecido en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, y si bien se advierte que no se ha resuelto la causa favorablemente a la recurrente, ello no significa que el Colegiado Superior se haya apartado del citado Acuerdo, por lo que no resulta procedente el recurso de su propósito.

IV. Del Trámite del recurso de queja de derecho interpuesto por la defensa técnica de la acusada Juana Griselda Payaba Cachique.

Séptimo: Ante la denegatoria del recurso de casación, la defensa técnica de la acusada Payaba Cachique interpuso recurso de queja de derecho de acuerdo a lo previsto en el artículo cuatrocientos treinta y siete del Código Procesal Penal. Es así que mediante Ejecutoria Suprema de fecha veintidós de agosto de dos mil once –véase a fojas ciento noventa-, esta Suprema Instancia declaró –por mayoría- FUNDADA LA QUEJA DE DERECHO interpuesta por la recurrente contra la resolución de fecha veintiocho de abril de dos mil once, que declaró improcedente el recurso de casación contra la resolución de vista –que confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción deducida-; en la instrucción que se le sigue a la encausada Juana Griselda Payaba Cachique y otros, por delito contra la Seguridad Pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado; en consecuencia: CONCEDIERON EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto contra la resolución superior de fojas ciento veinticuatro.

V. Del auto de calificación del recurso de casación.

Octavo: Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala mediante Ejecutoria de fojas sesenta y dos, del veinte de abril de dos mil doce -obrante en el cuadernillo formado por esta Suprema Instancia- en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo de excepcionalidad previsto en el inciso cuatro del artículo 427° del Código Procesal Penal -el cual señala que en circunstancias excepcionales, será procedente el recurso de casación, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial-, en concordancia con la causal establecida en el inciso cinco del artículo 429° del acotado Código, esto es, si la sentencia se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema.

Noveno: Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, el estado de la causa es el de expedir sentencia.

Décimo: Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala cumplió con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública, con las partes que asistan se realizará por la Secretaría de la Sala el día veintinueve de mayo de dos mil trece, a horas ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Del ámbito de la casación.

mp
Primero: Conforme ha sido establecido por Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y dos -del cuadernillo de casación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, el motivo de casación admitido en el presente caso, es que la sentencia se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, por lo que este Supremo Tribunal consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que "se establezca la diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario uno guión dos mil nueve /CJ guión ciento dieciséis".

so
Segundo: Sobre este punto, la defensa técnica de la procesada Payaba Cachique, en cuanto al pronunciamiento efectuado por la Sala Penal de Apelaciones -al momento de confirmar la resolución de primera instancia que declaró Infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo- sostuvo que *"no tomó en cuenta los fundamentos esgrimidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, pues no valoró: i) la existencia de la autonomía jurídica de las Comunidades Nativas -pues goza de protección constitucional-, ii) la atipicidad de la conducta -pues el hecho imputado no fue realizado con la intención de entorpecer el correcto funcionamiento del transporte, sino que fue realizado en el ejercicio legítimo de un derecho-; y iii) la antijuricidad de la conducta - Test de proporcionalidad -pues la conducta que se le imputa no sólo se realizó en ejercicio de la autonomía jurídica de la Comunidad Nativa, sino que además fue realizada en tutela de un bien jurídico colectivo superior como el medio ambiente, integridad territorial, salud y a vivir dignamente en su Comunidad-; fundamentos por los cuales considera que el Colegiado Superior se*

[Handwritten signature]

apartó de la doctrina jurisprudencial establecida en el acotado Acuerdo Plenario.

II. Del pronunciamiento del Tribunal de Apelación.

Tercero: La Sala de Apelaciones resolvió CONFIRMAR la resolución de primera instancia, que declaró INFUNDADA la excepción de improcedencia de acción que dedujo la encausada Payaba Cachique y otros -en el proceso que se le sigue por delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado-, bajo los siguientes argumentos:

i) Que si bien la acusada Payaba Cachique colocó una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante -según sostiene- ejerciendo su función jurisdiccional; sin embargo, esta conducta viene atentando contra el derecho fundamental a la libertad de tránsito que tiene toda persona, por cuanto de lo actuado y expuesto se tiene que dicha vía es transitada por ciudadanos de diferentes Comunidades al interior de la misma así como por transportistas, tanto de empresas como particulares, hecho que ha sido materia de un proceso constitucional de habeas corpus en contra de los recurrentes, el mismo que fue declarado fundado por la justicia ordinaria.

ii) En la resolución recurrida se estableció que si bien la encausada Payaba Cachique alegó que asumieron tal conducta con el fin de evitar la vulneración de derechos constitucionales como la presunta amenaza o vulneración de su derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, y evitar la comisión de otros delitos contra la vida, el cuerpo y la salud de los integrantes de su Comunidad -toda vez que, según lo alegado por la

recurrente, por esa vía carrozable estuvieron ingresando taladores y mineros ilegales, así como tratantes de personas-; sin embargo, ello no ha sido acreditado ni mínimamente corroborado, pues para ser considerado un hecho como amenaza, debe estar fundada en hechos reales y de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en el futuro inmediato, por tanto, haciendo una ponderación de intereses, el Colegiado Superior concluyó que prima el derecho a la libertad de tránsito, por lo que la conducta imputada a los recurrentes si es típica y antijurídica, no resultando amparable la excepción de improcedencia de acción.

Cuarto: Que, ahora bien, estando a que en el considerando cuarto de la Ejecutoria Suprema -auto de calificación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, obrante a fojas sesenta y dos del cuadernillo formado en esta Suprema instancia, consideró necesario que la casación interpuesta por la recurrente Payaba Cachique sea admitida por la causal número cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del Código Procesal Penal -referida al apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema-, en concordancia con el motivo de excepcionalidad del desarrollo de doctrina jurisprudencial previsto en el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del acotado Código; el caso de autos debe analizarse a la luz de la causal admitida.

III. Del motivo casacional: El apartamiento de la doctrina jurisprudencial.

Quinto: Que, en cuanto al motivo casacional "*si la sentencia o auto se aparta de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema*", del fundamento jurídico precedente, claramente se puede colegir que si bien el Colegiado Superior al momento de dictar la recurrida se apartó del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, ésta decisión fue motivada -como

se advierte en los considerandos octavo y noveno de la sentencia impugnada-, cumpliendo así con lo previsto en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que expresamente señala que *"En caso de que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan"*. Siendo esto así, ahora es necesario analizar si tal apartamiento desencadenó afectaciones al principio constitucional de autonomía jurídica de las Comunidades Nativas, tal como alega la recurrente.

IV. De los fundamentos esgrimidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. Asunto: Rondas Campesinas y Derecho Penal.

Sexto: Al respecto, debemos señalar en primer término, que el Acuerdo Plenario número uno guión dos mil nueve/CJ guión ciento dieciséis, de fecha trece de noviembre de dos mil nueve –que establece como doctrina legal, los alcances de la jurisdicción especial comunal – rondera- expresa, sustancialmente, en sus fundamentos jurídicos lo siguiente:

i) Que la Constitución de un lado, reconoce como derecho individual de máxima relevancia normativa la identidad étnica y cultural de las personas, así como protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación – véase el artículo 2°, numeral 19, de nuestra Carta Magna-, es decir, establece un principio fundamental del Estado; de otro lado, la Carta Política afirma dos derechos fundamentales colectivos: **a- El derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas**, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley [artículo 89° de la Constitución Política], y **b- El derecho de una jurisdicción especial comunal** respecto de los hechos ocurridos dentro del ámbito territorial de las

Comunidades Campesinas y Nativas de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen derechos fundamentales de la persona [artículo 149° del citado Cuerpo legal]. En buena cuenta, el reconocimiento de la referida jurisdicción es un desarrollo del principio de pluralidad étnica y cultural previsto en el inciso 19° del artículo 2° de la Ley Fundamental.

ii) Que en la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural a las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio OIT N° 169 –Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes– ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo **el criterio fundamental la conciencia de su identidad** [artículo 1° de nuestra Carta Magna], entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto– son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, **será del caso entender –en vía de integración– que pueden ejercer funciones jurisdiccionales**, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos, tales como: **a) Elemento humano:** Que exista un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; **b) Elemento orgánico:** Que existan autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades; **c) Elemento normativo:** Que exista un sistema jurídico propio, de un derecho consuetudinario que comprenda normas tradicionales tanto materiales cuanto procesales y que serán aplicadas por las autoridades de las Rondas Campesinas; y **d) Elemento geográfico:** Pues las funciones jurisdiccionales que determinan la aplicación de la norma tradicional, se

ejercen dentro del ámbito territorial de la respectiva Ronda Campesina. **No respetar esta autonomía jurídica importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación.** Sin embargo, a los elementos citados, se le une el denominado *factor de congruencia*, que implica que el derecho consuetudinario que debe aplicar las Rondas Campesinas no puede vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Se trata de una condición de legitimidad y límite material para el ejercicio de la función jurisdiccional especial comunal – ronderil.

iii) Agrega que el primer nivel de análisis que debe realizarse en sede penal una imputación contra integrantes de rondas campesinas –o Comunidades Campesinas o Nativas- por la presunta comisión de un hecho punible con ocasión de su actuación como rondero –o comunero-, consiste en establecer si resulta de aplicación el artículo 149° de la Constitución Política, es decir, si es de aplicación el denominado “fuero especial comunal”, en tanto en cuanto el reconocimiento de una jurisdicción especial constituye un límite objetivo a la jurisdicción penal ordinaria.

iv) Como segundo nivel de análisis, se encuentra el factor de congruencia, que exige que la actuación de las Rondas Campesinas –o Comunidades Campesinas o Nativas- basadas en su derecho consuetudinario, no vulneren el núcleo esencial de los derechos fundamentales –se trata de aquellos derechos fundamentales en los que existe suficiente consenso intercultural-, entendiendo por tales, como pauta general, los derechos fundamentales que no pueden derogarse ni siquiera en situaciones de máximo conflicto o estados de excepción.

v) Asimismo, se expresa en el citado Acuerdo, que el derecho a la identidad cultural y el ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario está pues, limitado a las reservas que dimanar

del propio texto constitucional y de su interrelación con los demás derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos.

Así las cosas, los alcances de un tipo legal pueden restringirse en dos casos: **a)** Cuando la interpretación de los elementos normativos del tipo lo permita [interpretación del tipo conforme a la Constitución], y **b)** Cuando sea aplicable una causa de justificación [en especial, la prevista en el artículo 20°, inciso 8, del Código Penal, esto es, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho].

V. Del análisis al caso planteado.

Séptimo: En el caso de autos, para poder determinar si tal apartamiento realizado al Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, afectó el derecho a la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas y su autonomía jurídica, se debe efectuar un test de proporcionalidad, a efectos de ponderar los bienes jurídicos comprometidos con la conducta ejecutada por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique –en su calidad de comunera–, que de un lado, se encuentra en relación con el derecho a la identidad cultural y al fuero comunal rondero, y de otro lado, el derecho al libre tránsito; en el que debe prevalecer siempre los intereses de más alta jerarquía, que se deben determinar para cada caso en concreto, pues el análisis de validez constitucional no puede limitarse a un mero control formal o adjetivo, es necesario un control constitucional de razonabilidad y proporcionalidad sobre el contenido de lo que engloba cada uno de los derechos que colisionan entre sí.

Octavo: Que, como punto de partida, podemos señalar que en el caso *sub examine* como en muchos otros casos de la realidad cotidiana, se

constata al menos dos cosas bastante evidentes: Primero, que es recurrente que tanto entidades públicas como privadas adopten medidas que restringen el disfrute de derechos fundamentales con una real o aparente buena justificación; y, segundo, que al evaluar la constitucionalidad de esa clase de medidas, los órganos que ejercen jurisdicción pueden generar decisiones contradictorias, debido a las dudas que se tiene al momento de preferir a uno de los dos derechos que se encuentran enfrentados. Como sostiene el jurista chileno Díaz García: *"el cruce de estas dos constataciones evidencia una serie de problemas que no pueden dejar indiferente al ciudadano común, al abogado litigante a los propios jueces y menos al jurista". Entonces cabe aquí hacernos la siguiente pregunta: ¿cómo obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales?"*¹.

Noveno: Para enfrentar el problema procedimental planteado, resulta imprescindible resolver previamente, un problema conceptual: qué se entiende por decisión jurídica correcta cuando se trata de evaluar una medida restrictiva de derechos fundamentales. Al respecto, podemos afirmar que uno de los principios relevantes del ordenamiento constitucional peruano es el respeto y protección de los derechos fundamentales; empero, al mismo tiempo, resulta evidente que con frecuencia la autoridad debe establecer restricciones al ejercicio de tales derechos con la finalidad de satisfacer otros intereses². Es así que el cruce de estas dos variables permita afirmar, en buena cuenta, que una decisión judicial que evalúa la constitucionalidad de una medida

¹ Díaz García, L. Iván (2011) *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, pág. 169.

² Alexy, Robert (2011) *Teoría de los derechos fundamentales*, pág. 267.

restrictiva de derechos fundamentales es correcta si permite el disfrute de los derechos fundamentales en el mayor grado posible, dentro de las posibilidades que confieren las justificaciones en que se funda la medida que pretende su restricción. Para obtener decisiones judiciales correctas cuando se trata de evaluar medidas restrictivas de derechos fundamentales que presentan una real o buena justificación es necesario contar con instrumentos adecuados para ello, siendo uno de estos el denominado "test de proporcionalidad", pues se trata de un mecanismo al servicio del juzgador que persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales con otros bienes constitucionales, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada -no excesiva- respecto al fin que se persigue. En otras palabras, se trata de una herramienta que permite examinar la evaluación realizada por el juzgador a la hora de ponderar distintos intereses constitucionales que entran en conflicto.

Décimo: Al respecto, se debe tener en cuenta que para un mejor desarrollo del test de proporcionalidad en el caso *sub examine*, se dividirá en tres apartados, cada uno relativo a la aplicación de las reglas que estructuran el examen de proporcionalidad. En consecuencia, en tales apartados se tratará, sucesivamente: **i)** de la regla de idoneidad; **ii)** de la regla de necesidad, y **iii)** de la regla de proporcionalidad en sentido estricto o también llamada regla de ponderación.

VI. De la regla de idoneidad en el Test de proporcionalidad.

Undécimo: Como punto de partida, podemos señalar que la regla de idoneidad evalúa la constitucionalidad de una medida que afecte el

disfrute de derechos fundamentales en dos sentidos: Por una parte, analiza si la medida o su finalidad son legítimas³ [*idoneidad teleológica*], y por otra parte, analiza si la medida es adecuada para promover esa finalidad [*idoneidad técnica*]. Sólo si la medida es admisible en estos dos sentidos se podrá afirmar que ha superado el estándar exigido por esta primera regla.

Duodécimo: En la práctica, la aplicación de la regla de idoneidad exige realizar cuatro operaciones sucesivas, los cuales se desarrollarán de la siguiente manera: **i)** se identificará la medida sometida a control; **ii)** se determinará él o los fines perseguidos por la misma; **iii)** se evaluará su idoneidad teleológica; y **iv)** se analizará su idoneidad técnica. Para efectos de esta evaluación se debe tener presente que el examen de proporcionalidad sólo se aplica si la medida implica la lesión de un derecho fundamental. Pues bien, estando a que en el caso de autos, la medida afecta el derecho al libre tránsito, corresponde determinar si pasa por este primer filtro del test de proporcionalidad.

i) Identificación de la medida sometida a control: La medida sometida a evaluación se expresa en el hecho de que la acusada Payaba Cachique en su condición de miembro de la Junta Directa Comunal mandó a construir una caseta de control y colocó unas tranqueras en la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas – Diamante. Dicha medida consistió en controlar el ingreso de las personas que pasaban por la trocha carrozable aludida, a través de una tranquera y una caseta de control.

³ Al respecto, se debe precisar que el jurista Bernal Pulido, en su libro “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*” [En Madrid, 2005, 2° Edición, pág. 189], explica que la regla de idoneidad impone, como primera exigencia, que la medida de intervención en los derechos fundamentales “tenga un fin constitucionalmente legítimo”.

ii) Identificación de las finalidades de la medida sometida a control:

Según se estableció en el caso de autos, las finalidades de esta medida fueron dos: Primero, disminuir la contaminación ambiental que afecta a la Comunidad Nativa Tres Islas; y, segundo, impedir el acceso de personas desconocidas que estaban ingresando a la Comunidad Nativa Tres Islas a realizar trabajos de minería ilegal, que trajo como consecuencia: prostitución, trata de personas y tala ilegal de árboles.

iii) Evaluación de idoneidad teleológica de la medida: La pretensión de disminuir la contaminación ambiental en la Comunidad Nativa Tres Islas es, claramente, una finalidad legítima. Se trata de una intención que busca proteger y promover el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, al que se refiere el artículo 2, inciso 22, de nuestra Carta Magna. En consecuencia, esta finalidad supera el examen de idoneidad teleológica; por tanto, corresponde evaluar su idoneidad instrumental.

Ahora bien, la pretensión consistente en controlar el libre tránsito de las personas que pasaban por la trocha carrozable Teniente Acevedo – Tres Islas – Diamante como medida de protección de los miembros de su Comunidad y de control para evitar el ingreso de personas que se dedicaban a la tala ilegal, minería informal y prostitución que dañaban sus bienes jurídicos colectivos, es también una finalidad legítima, en tanto que no se impedía el derecho al libre tránsito sino sólo se controlaba en atención a un interés mayor, esto es, la protección del medio ambiente y de vivir en un ambiente de paz y tranquilidad. Por tanto, se trata de una finalidad legítima, consistente en una restricción constitucional, atendiendo al derecho a la identidad cultural y su autonomía jurídica.

iv) Evaluación de idoneidad técnica de la medida: Para el caso de autos, se debe tener en cuenta que la medida evaluada será

teleológicamente idónea si la propia medida o los fines perseguidos con la misma son legítimos. Al respecto, se tiene que la medida de restricción del derecho al libre tránsito supera el examen de idoneidad técnica debido a que presenta coherencia con la finalidad de proteger la vida e integridad de los miembros la Comunidad Nativa, así como también, favorecer un medio ambiente libre de contaminación.

Por tanto, estando a que la medida y su finalidad son legítimas -pues ambas cuentan con justificación constitucional que se sustenta en el principio de autonomía jurídica de la que gozan las Comunidades Nativas-, resulta pertinente continuar su examen bajo las reglas de necesidad y ponderación.

V. De la regla de necesidad en el Test de proporcionalidad.

Décimo Tercero: Al respecto, debemos precisar que la regla de necesidad evalúa la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales en dos niveles. En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación -lo que se denominará necesidad teleológica-; y, en segundo lugar, se debe analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales -lo que se denomina necesidad técnica-. Por tanto, si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta segunda regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales⁴.

⁴ Benal Pulido, Carlos (2005) *El derecho de los derechos*. Bogotá, Cordillera S.A.C., pág. 136.

Décimo Cuarto: Ahora bien, en la práctica, para evaluar la medida de que se viene tratando bajo la regla de necesidad, se debe proceder de la siguiente manera:

i) Identificación de los medios alternativos: Este examen busca establecer la existencia de otras posibilidades distintas o semejantes a la decisión del medio adoptado para conjurar el peligro al bien jurídico que se pretende resguardar.

En el caso *sub examine*, la finalidad de protección de la autonomía jurídica de las Comunidades Campesinas a través del resguardo del bien jurídico colectivo -medio ambiente- y, paralelamente a ello, la búsqueda de tutela de la integridad territorial, la salud y a una vida digna -bienes jurídicos intermedios que se encuentran ínsitos en el bien jurídico institucional, medio ambiente- en el seno de una Comunidad determinada, no han podido ser alcanzados mediante el uso de otros medios alternativos que no sean la colocación de una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo - San Jacinto - Diamante; esto, tomando en cuenta, el contexto espacio temporal de producidos los hechos y los medios de los que disponía en el momento la procesada Payaba Cachique para evitar el ingreso de grupos de personas dedicadas a la comisión de actividades delictivas -taladores, mineros ilegales y sujetos dedicados a la trata de personas-; que, aun cuando la identificación de la comisión sistemática de estos hechos delictivos y la de sus autores no haya sido específicamente determinada, nada obsta a la citada encausada, en la búsqueda del mantenimiento de la tranquilidad de su Comunidad, desplegar acciones destinadas a evitar la perturbación de su grupo comunal dentro de su espacio territorial de influencia. En consecuencia, no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto y al momento de los hechos, resulte menos gravoso a la restricción de la

libertad de tránsito como lo es la colocación de los citados objetos en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante. La identificación o determinación de otros medios alternativos que hayan podido conseguir el mismo resultado –evitar el ingreso de personas ajenas a la Comunidad que perturben su tranquilidad y pongan en peligro el medio ambiente–, a la luz del caso concreto, puede llevar a la especulación y admisión de cualquier otra alternativa que la imaginación pueda crear –colocación de avisos que impidan el tránsito de personas o hasta inutilización de la vía carrozable–, sin embargo, la admisión e idoneidad del medio restrictivo del libre tránsito se encontrará siempre en función al contexto espacio – tiempo, y a las posibilidades concretas de las que disponía la procesada Payaba Cachique en el momento de los hechos.

ii) Identificación del grado de afectación de derechos fundamentales:

Este tipo de examen se encuentra destinado a determinar la intensidad que causa la medida que limita un derecho fundamental.

En ese sentido, la medida sometida a evaluación puede afectar la libertad de tránsito de las personas ajenas a la comunidad, esto es, afectar un derecho fundamental individual o subjetivo que tiene toda persona de desplazarse libremente por el territorio nacional –derecho conexo a la libertad individual, y por ende íntimamente vinculado a la facultad locomotora, prevista en el numeral 24 del artículo 2º de la Constitución Política-. No obstante, el derecho al libre tránsito no se limita a la circulación de las personas por la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante, más aún si tenemos en cuenta la prevalencia del derecho de las Comunidades Campesinas a resguardar su ámbito territorial y/o proteger sus espacios geográficos rurales -que se desprende del artículo 89º de nuestra Carta Magna–, así como a ejercer funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia en el ámbito territorial de sus

comunidades –previsto en el artículo 149° de la Constitución Política y el artículo 1° de la Ley N° 27908–. Por tanto, el libre tránsito no se ve gravemente afectado por la colocación de una caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto - Diamante, que colinda y/o permite el acceso al territorio de la Comunidad donde ésta ejerce su jurisdicción; por tanto, no se advierte una vulneración al núcleo central del derecho constitucional al libre tránsito. En consecuencia, la regla de necesidad se satisface con la verificación de la falta o ausencia de medios alternativos al concretamente empleado –utilización de caseta de control y tranqueras en la vía carrozable Teniente Acevedo – San Jacinto – Diamante–, por lo que seguidamente corresponde analizar la regla de ponderación.

VI. De la regla de ponderación en el Test de proporcionalidad.

Décimo Quinto: Al respecto, la regla de ponderación exige evaluar en función al caso concreto la importancia o prevalencia de los intereses constitucionales en conflicto, donde uno precede o tiene más valor que el otro, es decir, se busca determinar el bien jurídico que es preferido y el que debe ceder en atención a las circunstancias propias de cada caso. Nuestra Carta Magna reconoce como uno de los derechos fundamentales de primer orden el derecho a la identidad y al libre desarrollo y bienestar de la persona –artículo 2°, inciso 1, de la Constitución Política–, a la igualdad ante la ley y con ello, a no ser discriminado por motivo de origen, raza o de cualquier otra índole –artículo 2°, inciso 2, de la norma constitucional–, así como a la identidad étnica y cultural, a la autonomía de las Comunidades Campesinas en su organización, en el trabajo comunal, y en el uso y libre disposición de sus tierras –artículo 89° del texto constitucional– y, finalmente, la potestad de las Comunidades

Campesinas y Nativas, con apoyo de las Rondas Campesinas, de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario –artículo 149° de la Constitución-; todo lo cual se traduce en un margen amplio de derechos referidos a las Comunidades Campesinas y sus miembros, derechos de los cuales se desprende el derecho a la autonomía jurídica o jurisdiccional de dichas comunidades, esto es, la potestad de resolver sus propios conflictos conforme a la reglas del derecho consuetudinario que el Estado acepta y le reconoce legalmente. Que, en la jerarquía de valoración de los intereses en conflicto conforme a lo previsto por las normas constitucionales: el derecho de las Comunidades a resolver con autonomía los conflictos que se producen en su jurisdicción frente al libre tránsito de las personas en general, se concluye que éste debe ceder a favor del primero de los citados derechos.

VII. Diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos.

Décimo Sexto: Estando a que este Supremo Tribunal, mediante Ejecutoria Suprema de fojas sesenta y dos -del cuadernillo de casación- de fecha veinte de abril de dos mil doce, consideró necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que "se establezca la diferencia entre vulneración de derechos y restricción de derechos, de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116", este Colegiado Supremo considera que no debe confundirse "vulneración de un derecho" -que es una limitación arbitraria e ilegítima de un derecho reconocido constitucionalmente-, con "restricción de derechos" -que es la limitación válida o constitucional de un derecho fundamental, que encuentra sustento en la potestad que tiene toda autoridad jurisdiccional cuando media una ponderación de derechos

fundamentales⁵, pues si bien los derechos fundamentales no deben ser condicionados en cuanto a su ejercicio, están sujetos a límites, explícitos o no, esto debido a que se trata de atributos que jamás tienen alcance absoluto.

Así las cosas, el ejercicio de los derechos fundamentales se encuentra restringido por determinadas exigencias propias de la vida en sociedad.

Ello no se contrapone a la convicción de entender que el ser humano ha de ser el centro de toda comunidad organizada, sino, muy por el contrario, se vincula con un reforzamiento de las garantías de una existencia plena, pacífica y respetuosa por los derechos y la dignidad humana. Es por ello, que este Supremo Tribunal considera que reconocer, por tanto, que los derechos están sujetos a restricciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.

Décimo Séptimo: En efecto, cuando una autoridad jurisdiccional ordinaria limita un derecho de modo razonable y ponderado, ello no configura una vulneración de derechos sino una restricción válida o constitucional. Lo mismo ocurre con una autoridad jurisdiccional especial o indígena, quien puede restringir derechos válidamente si lo hace de modo razonable y proporcional⁶. En este sentido, a la luz del test de proporcionalidad, se evidencia que en determinadas circunstancias es legítima la restricción de algunos derechos.

⁵ Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0048-2004-PI/TC.

⁶ Espinoza Saldaña, Eloy (2005) El test de proporcionalidad es una técnica para la composición de conflictos entre derechos fundamentales. En: "*Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*". Lima, Jurista Editores, pág. 46.

Décimo Octavo: En consecuencia, en el caso materia de autos, resulta evidente que los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas hayan tomado la decisión de controlar el ingreso de las personas mediante una caseta de control, sobre la base de la autonomía territorial y organizativa, y la potestad jurisdiccional que le reconoce la Constitución Política en los artículos 89° y 149°. La autoridad comunal –en Asamblea- al tomar la decisión de controlar el ingreso de invasores o terceros no autorizados en su territorio comunal, ponderó la posible restricción del libre tránsito con la protección de su medio ambiente –integridad territorial, física y biológica-, que eran afectadas por las actividades de tala ilegal, minería informal y prostitución, con lo que se tomó una decisión razonable –necesaria y adecuada- y proporcional, pues se trata de una restricción válida o constitucional de un derecho, y no de un supuesto de vulneración de un derecho.

Décimo Noveno: En definitiva, de los fundamentos jurídicos precedentes, se colige fehacientemente que el apartamiento del Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116, que efectuó la Sala Penal de Apelaciones al momento de dictar la resolución recurrida, vulneró el derecho a la autonomía comunal, facultad constitucional otorgada a las Comunidades Campesinas y Nativas que se encuentra reconocida por el artículo 89° y materializada en el artículo 149° de nuestra Carta Magna, de las que se desprende que las Comunidades tienen derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en el presente caso se manifiesta en la capacidad de ejercer un control sobre quienes ingresan a su territorio. En efecto y, como ya se expuso, la función jurisdiccional reconocida a las Comunidades Campesinas es una expresión de la autonomía

reconocida a éstas, empero, no es la única manifestación, pues por el contrario existen otras formas en que esta autonomía es manifestada, como por ejemplo la manera en que usan o disponen de sus tierras, lo que incluye la determinación de quienes ingresan al territorio de la Comunidad, pues debe entenderse que esta protección a la propiedad a la tierra comunal permite el desarrollo de la identidad cultural de las Comunidades Nativas y Campesinas pues brinda un espacio material indispensable para el sostenimiento de la Comunidad, con lo que se colige que la conducta realizada por la acusada Juana Griselda Payaba Cachique se encuentra justificada a la luz del derecho a la identidad cultural de las Comunidades Nativas y Campesinas, y a su existencia legal, personería jurídica y autonomía dentro de la ley.

-**Vigésimo:** Que, finalmente, estando a que mediante sentencia de fecha once de septiembre de dos mil doce, el Tribunal Constitucional declaró FUNDADA la acción de habeas corpus interpuesta por la Comunidad Nativa Tres Islas, contra la resolución emitida por la Sala Superior Mixta y de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios -que ordenó el retiro inmediato del cerco de madera y de la vivienda construida en el centro del camino vecinal Fitzcarrald – Teniente Acevedo – Diamante, y dispuso que se remita lo actuado al representante del Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones-, declaró Nula la resolución emitida por la Sala Penal de Apelaciones, que dio origen al presente proceso penal, y ordenó la cesación de todos los actos que limiten la autonomía de la aludida Comunidad Nativa; se advierte que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política, expresó que si bien en reiteradas jurisprudencias se ha dejado sentado que la función jurisdiccional debe entenderse como aquel fin primario del Estado consistente en dirimir los conflictos interindividuales, también lo es que el artículo 149° de la

Constitución Política ha reconocido el ejercicio de la función jurisdiccional a las Comunidades Campesinas y Nativas, indicando que se trata de una jurisdicción especial, la cual se ejerce dentro de su ámbito territorial y con el límite de no vulnerar los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, sostuvo que también se debe tener en cuenta lo establecido en el artículo 7° del Convenio OIT N° 169 que expresa: *"Los pueblos interesados deberán tener derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico y cultural, lo que desde luego puede verse materializado a través del ejercicio de su autonomía.* En tal sentido, el Tribunal Constitucional consideró que al no haberse permitido ejercer su derecho a controlar el ingreso de terceros a su comunidad, estimó que el ámbito de su autonomía de la Comunidad Nativa Tres Islas había sido vulnerado. Por consiguiente, como se puede apreciar, este Tribunal concluyó que la decisión de la construcción de la caseta de control y del cerco de madera fue legítima porque se llevó a cabo en virtud de su autonomía comunal reconocida en el artículo 89° de la Constitución Política; razones por las cuales no puede ser considerada delictiva la conducta realizada por los miembros de la Comunidad Nativa Tres Islas, toda vez que actuaron en el ejercicio regular de su derecho a la autonomía comunal - constitucionalmente reconocida-, tanto más si se busca tutelar bienes jurídicos colectivos superiores como la protección del medio ambiente; por consiguiente, debe estimarse el recurso de casación interpuesto.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. Declararon FUNDADO el recurso de casación por la causal referida a "si el auto se aparta de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema" -prevista en el artículo cuatrocientos veintinueve, apartado cinco, del nuevo Código Procesal Penal- interpuesto por la encausada JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE contra la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once, que confirmando la de primera instancia de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, declaró Infundada la Excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del Estado; en consecuencia: **NULA** la resolución de vista de fojas ciento veinticuatro, del trece de abril de dos mil once.

Actuando en sede de instancia, y pronunciándose sobre la articulación de improcedencia de la acción: **REVOCARON** la resolución apelada de fojas sesenta y seis, del veinticuatro de febrero de dos mil once, que declaró Infundada la Excepción de improcedencia de acción formulada por la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE; Reformándola: **II. Declararon FUNDADA** la Excepción de improcedencia de acción deducida por la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUE en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito contra la seguridad pública – delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en la modalidad de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos en agravio del

Estado; en consecuencia: **ORDENARON** el archivo definitivo de la investigación seguida contra la recurrente JUANA GRISELDA PAYABA CACHIQUÉ por el referido delito, y se anulen los antecedentes penales y judiciales que la señalada investigación penal hubiere generado.

III. **MANDARON** que la presente sentencia casatoria sea leída en Audiencia Pública.

IV. **ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior, a efectos de que sean remitidos al Órgano Jurisdiccional competente, y se notifique a las partes procesales.

Interviniendo los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo y Neyra Flores por goce vacacional y licencia de los señores Jueces Supremos Pariona Pastrana y Salas Arenas.-

S.S.

VILLA STEIN

BARRIOS ALVARADO

TELLO GILARDI

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

PT/mist.

27 SEP 2013

30

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

EXP. N.º 5970-2005-PHC/TC
CONO NORTE DE LIMA
PEDRO EMILIANO HUAYHUAS CCOPA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 9 días del mes de diciembre de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Emiliano Huayhuas Ccopa contra la resolución de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 63, su fecha 14 de julio de 2005, que declara improcedente la demanda de hábeas corpus de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 10 de junio de 2005, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra los señores Roger Molina Blas, María Elena Carhuachín Benites y Jacinta Fernández Granda, a fin de que se ordene el retiro de los puestos que obstaculizan el libre tránsito hacia su propiedad. Alega que los demandados se encuentran en posesión de la vía pública mediante "puestos" en los cuales expenden diversos productos, los mismos que obstaculizan el ingreso a su propiedad.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Con fecha 13 de junio de 2005, el Juez del Juzgado Penal del Módulo Básico de Justicia de Condevilla de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima ordenó la realización de la investigación sumaria de hábeas corpus. Para tal efecto dispuso que se reciba la declaración indagatoria del demandante y de los demandados; estos últimos hicieron caso omiso no obstante ser debidamente notificados tal como se aprecia de autos (fojas 14 a 16). Con fecha 13 de junio de 2005 se recibió la declaración indagatoria del demandante, Pedro Emiliano Huayhuas Ccopa (fojas 29), quien manifiesta que si bien los demandados no le impiden transitar por el jirón Gregorio VII, cuadra tres, cada uno de ellos tiene un "puesto" instalado frente al portón de su propiedad; y que ello impide que le dé uso como playa de estacionamiento, para lo cual cuenta con la autorización de la Municipalidad respectiva y paga sus arbitrios respectivos, pese a lo cual no puede usar dicho bien inmueble.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3. Resolución de primera instancia

Con fecha 13 de junio de 2005, el Juzgado Especializado en lo Penal del Módulo Básico de Justicia de Condevilla (fojas 27), declaró infundada la demanda, argumentando que el derecho fundamental a la libertad de tránsito del demandante no ha sido vulnerado por cuanto, del propio contenido de la demanda y de la declaración del recurrente, se aprecia que el motivo de la interposición de la demanda de hábeas corpus obedece a la necesidad del actor de utilizar el terreno adquirido con fines comerciales, lo cual no tiene nada que ver con la afectación directa del derecho fundamental invocado.

4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 14 de julio de 2005, la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima (fojas 63), revocó la apelada y, reformándola, la declaró improcedente, aduciendo que la demanda de hábeas corpus ha sido promovida porque la Municipalidad de San Martín de Porres no efectuó el retiro oportuno de los “puestos” mencionados, por lo que la pretensión del demandante está vinculada con la expectativa de desarrollar una actividad económica y con la dilación del trámite administrativo. En tal sentido, añade, que el motivo de la demanda no está vinculado directamente con un acto u omisión que amenace o vulnere el derecho a la libertad de tránsito.

III. FUNDAMENTOS

Hábeas corpus restringido: objeto y alcances

1 En anterior pronunciamiento (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC), este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido “(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir, que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, ‘se la limita en menor grado’. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”. Entonces, siendo que el objeto del hábeas corpus restringido consiste en atender no aquellos supuestos en los cuales el derecho a la libertad personal es afectado totalmente, sino los casos en los cuales existe una restricción menor en la libertad física de la persona, se convierte en el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental a la libertad de tránsito.

El derecho fundamental a la libertad de tránsito

2. La Constitución en su artículo 2°, inciso 11 (también el artículo 25°, inciso 6 del Código Procesal Constitucional) reconoce el derecho de todas las personas “(...) a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”. Esta disposición constitucional procura reconocer que todo nacional o extranjero con residencia establecida puede circular libremente o sin restricciones por el ámbito de nuestro territorio patrio, habida cuenta de que, en tanto sujetos con capacidad de autodeterminación, tiene la libre opción de disponer cómo o por dónde desplazarse, sea que dicho desplazamiento suponga facultad de ingreso hacia el territorio del Estado, circulación o tránsito dentro del mismo, o sea que suponga simplemente salida o egreso del país.
3. El derecho a la libertad de tránsito también se manifiesta en la facultad de toda persona para desplazarse, sin impedimentos, en las vías públicas. No obstante, como ha establecido este Colegiado (Exp. N.º 4453-2004HC/TC), si bien la libertad de tránsito suele manifestarse en el desplazamiento de la persona a través de autopistas, avenidas, calles, veredas, plazas o vías con similar característica, ello no significa que dentro de espacios semiabiertos e, incluso, ámbitos de carácter particular, no puedan darse manifestaciones vinculadas al ejercicio de este derecho.

Límites al derecho a la libertad de tránsito

4. Por otro lado, por mandato expreso de la propia Constitución, el derecho a la libertad de tránsito se encuentra sometido a una serie de restricciones en su ejercicio (Exp. N.º 2876-2005-PHC/TC). Dichas restricciones, por de pronto, pueden ser de dos clases: *explícitas* o *implícitas*. Las *restricciones explícitas* se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11 del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).
5. El primer supuesto explícito implica que ninguna persona puede ser restringida en su libertad individual, salvo que exista un mandato formal emitido por autoridad judicial. En dicho contexto, y aunque toda persona tiene la opción de decidir el lugar al cual quiere desplazarse y el modo para llevarlo a efecto, queda claro que cuando ella es sometida a un proceso, sus derechos, en buena medida, pueden verse afectados a instancias de la autoridad judicial que lo dirige. Aunque tal restricción suele rodearse de un cierto margen de discrecionalidad, tampoco puede o debe ser tomada como un exceso, ya que su procedencia, por lo general, se encuentra sustentada en la ponderación efectuada por el juzgador de que, con el libre tránsito de tal persona, no

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

puede verse perjudicada o entorpecida la investigación o proceso del que tal juzgador tiene conocimiento. No es, pues, que el derecho se restrinja por un capricho del juzgador, sino por la necesidad de que el servicio de justicia y los derechos que ella está obligada a garantizar, no sufran menoscabo alguno y, por consiguiente, puedan verse materializados sin desmedro de los diversos objetivos constitucionales.

6. El segundo supuesto, mucho más explicable, y obvio, desde que el derecho de locomoción solo le corresponde a los nacionales o extranjeros con residencia establecida, supone que quien, sin pertenecer a nuestro Estado, pretende ingresar, transitar o salir libremente de su territorio, se expone a ser expulsado bajo las consideraciones jurídicas que impone la Ley de Extranjería. La justificación de ello se sustenta en que si bien los derechos fundamentales son reconocidos universalmente, cuando se trata de aquellos cuyo ámbito de ejecución trastoca principios esenciales, como la soberanía del Estado o la protección de sus nacionales, el ordenamiento jurídico, sobre la base de una equilibrada ponderación, puede hacer distinciones entre quienes forman parte del mismo (del Estado) y aquellos otros que carecen de tal vínculo. En tales circunstancias, no es que se niegue la posibilidad de poder gozar de un derecho a quienes no nacieron en el territorio o no poseen la nacionalidad, sino que resulta posible o plenamente legítimo imponer ciertas reglas de obligatorio cumplimiento a efectos de viabilizar el goce de dichos atributos. Supuesto similar ocurre en el ámbito de los derechos políticos, donde el Estado se reserva el reconocimiento y la obligación de tutela de derechos fundamentalmente para el caso específico o preferente de los nacionales, sin que con ello se vea perturbada o desconocida la regla de igualdad.
7. El tercer supuesto explícito tiene que ver con otra situación perfectamente justificada. Como resulta evidente, por razones de sanidad también puede ser restringido el derecho de tránsito, esencialmente porque, en tal caso, de lo que se trata es de garantizar que el ejercicio de dicho atributo no ponga en peligro derechos de terceros o, incluso, derechos distintos de los derechos de la persona que intenta el desplazamiento. Tal contingencia, de suyo, podría ocurrir en el caso de una epidemia o grave enfermedad que se detecte en determinada zona o sector del territorio del país. En tales circunstancias, la restricción del derecho de tránsito se vuelve casi un imperativo que el ordenamiento, como es evidente, está obligado a reconocer y, por supuesto, a convalidar.
8. Un cuarto supuesto explícito, aunque este último de naturaleza extraordinaria, se relaciona con las situaciones excepcionales que la misma norma constitucional contempla bajo la forma de estados de emergencia o de sitio y que suelen encontrarse asociados a causas de extrema necesidad o grave alteración en la vida del Estado, circunstancias en las que es posible limitar en cierta medida el ejercicio de determinados atributos personales, uno de los cuales es el derecho de tránsito o de

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

locomoción. En dicho contexto, lo que resulta limitable o restringible no es el ejercicio de la totalidad del derecho o los derechos de todos los ciudadanos, sino de aquellos aspectos estrictamente indispensables para la consecución de los objetivos de restablecimiento a los que propende el régimen excepcional, para cuyo efecto ha de estarse a lo determinado por referentes tan importantes como la razonabilidad y la proporcionalidad.

9. Las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no por ello carecen de base constitucional. Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes, a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de todos ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer.

Análisis del caso concreto

10. Del mismo modo como se ha procedido en anterior oportunidad (Exp. N.º 3482-2005-HC/TC), conviene precisar que en el hábeas corpus restringido, si bien no se origina en una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. Por el contrario, en estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de merituar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta. Ello por el imperativo de tutelar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional)
11. Según consta en el acta de constatación de fecha 13 de junio de 2005 (fojas 19), los “puestos” de los demandados obstaculizan totalmente el ingreso a la propiedad del demandante. “El 301 de la Calle Gregorio VII está ocupada por puestos de venta de diferentes productos, no hay forma de poder ingresar por esa dirección ni se puede transitar en todo el frontis de la mencionada dirección que está ocupada por puestos comerciales”; lo cual ha sido también señalado oportunamente por el demandante en su declaración de fecha 13 de junio de 2005 (de fojas 25). A mayor abundamiento, el demandante ha aportado vistas fotográficas (de fojas 73 a 75) en las cuales se aprecia que los “puestos” de los demandados están ubicados de tal forma que impiden completamente el ingreso a la propiedad del demandante.
12. Para este Colegiado, a excepción de los ámbitos de lo que constituye el dominio privado, todo aquel espacio que desde el Estado haya sido estructurado como referente para el libre desplazamiento de personas puede ser considerado una vía de tránsito

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

público. Dentro de tales espacios (avenidas, calles, veredas, puentes, plazas, etc.), no existe, en principio, restricción o limitación a la locomoción de los individuos, esto es, no existe la necesidad de pedir autorización alguna ni ante el Estado ni ante particular alguno, pues se presume que la vía pública pertenece a todos y no a determinada persona o grupo de personas en particular.

13. En ese sentido, las vías de tránsito público sirven no sólo para permitir el desplazamiento peatonal, sino para facilitar otros ámbitos de autodeterminación de la persona o el ejercicio de otros derechos fundamentales (trabajo, salud, alimentación, descanso, etc.); y como tales, se constituyen en un elemento instrumental sumamente importante del cual depende la satisfacción plena o la realización de una multiplicidad de objetivos personales. Sin embargo, siendo las vías de tránsito público libres en su alcance y utilidad, puede ser, en determinadas circunstancias, objeto de regulaciones y aun de restricciones. Cuando estas provienen directamente del Estado, se presumen acordes con las facultades que el propio ordenamiento jurídico reconoce en determinados ámbitos (como ocurre, por ejemplo, con las funciones de control de tránsito efectuadas por los gobiernos municipales); pero cuando provienen de particulares, existe la necesidad de determinar si existe alguna justificación sustentada en la presencia, o no, de determinados bienes jurídicos.

14. En el caso concreto, esa justificación no existe; más aún, los demandados no cuentan con la autorización respectiva de la Municipalidad Distrital del Rímac y se ha ordenado el retiro de la vía pública de los comerciantes informales que se ubican en la cuadra 3 del jirón Gregorio VII, según dispone la Resolución Gerencial N.º 018-2005-GPDEL/MDSMP, de fecha 18 de enero de 2005 (de fojas 20). Ahora, si bien es cierto que los demandados, personal y físicamente, no restringen la libertad de tránsito del demandante, también lo es que, a través de sus "puestos", le impiden al demandante desplazarse libremente, esto es, entrar y salir, sin impedimentos, de su propiedad. Y es que el derecho a la libertad de tránsito se vulnera no sólo cuando una persona, por sí misma, impide el libre desplazamiento a otra, sino también cuando coloca, injustificadamente, obstáculos materiales que restringen el ejercicio del derecho al libre tránsito. Por ello, el hábeas corpus restringido, como reconoce la doctrina (Sagüés, Néstor Pedro. *Derecho procesal constitucional. Hábeas Corpus*. Vol. 4. Buenos Aires: Astrea, 2.ª edición actualizada y ampliada, 1988, p. 207), también tutela aquellos supuestos en los cuales se impide, ilegítima e inconstitucionalmente, el acceso a ciertos lugares, entre ellos, el propio domicilio.

IV. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

EXP. N.º 5970-2005-PHC/TC
CONO NORTE DE LIMA
PEDRO EMILIANO HUAYHUAS CCOPA

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus de autos.
2. Disponer que don Roger Molina Blas, doña María Elena Carhuachín Benites y doña Jacinta Fernández Granda se abstengan de impedir, a través de sus “puestos” de venta ambulatoria, el libre ingreso y salida del demandante de su propiedad.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BARDELLI LARTIRIGOYEN
GONZALES OJEDA
VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneira
SECRETARIO RELATOR (e)