

# ¿Derecho a la protesta?

## DE LOS DERECHOS (IMPLÍCITOS) FUNDAMENTALES, SU REGULACIÓN Y LIMITACIÓN

### I. El escenario de las protestas

Parte fundamental de la vida en común es la participación en la decisión de los asuntos colectivos.

Esta participación política toma diversas formas, siendo la más relevante el voto, pero, por supuesto, no se reduce a ella. La deliberación pública y la expresión de la opinión de las personas de las más variadas formas, es parte fundamental de la experiencia democrática. Dentro de ellas, las protestas o manifestaciones han sido muy relevantes.

Las manifestaciones surgidas desde octubre de 2019 no son un fenómeno aislado en nuestra historia reciente –ni solamente de nuestro país–, más bien, en los últimos 15 años hemos sido testigos de la proliferación de algunas formas de la política informal que tensionan el orden público, por ejemplo, por atropellar los derechos de terceros o incluso el Estado de Derecho. Allí caben todo tipo de protestas, movilizaciones, y otras formas de manifestación. Dicha intensificación se debe, al menos en parte, a los avances tecnológicos, en tanto la tecnología y las redes sociales han simplificado y acelerado la posibilidad de convocar a otros o auto convocarse<sup>1</sup>.

Como ya hemos dicho, existen diversas formas de manifestarse, dentro de las cuales, ciertamente hay algunas que tensionan la vida en común más que otras. El estallido social, por ejemplo, estuvo marcado por diferentes tipos de actos públicos, algunas sin duda cruzados por la violencia, como las barricadas o la destrucción de la infraestructura pública, y otras, más bien simbólicas. Por su parte, la respuesta de las

*Hay quienes se preguntan si debería consagrarse explícitamente el derecho a la protesta en el nuevo texto constitucional, mientras que otros cuestionan sus limitaciones, o incluso, si es susceptible de limitación alguna*



<sup>1</sup> En ese sentido, para el estallido social, las redes sociales fueron muy protagonistas y articuladoras. También lo fueron durante el movimiento estudiantil del 2011 y otros. Sobre este respecto, ver, por ejemplo, Tufekci y Wilson (2012).

Fuerzas de Orden Público y de Seguridad al momento de contenerlas fue puesta en tela de juicio, terminando seriamente cuestionada bajo la lógica de la criminalización de la protesta y del excesivo uso de la fuerza<sup>2</sup>.

Así fueron surgiendo interesantes debates: por una parte, hay quienes se preguntan si debiera consagrarse explícitamente el derecho a la protesta en el nuevo texto constitucional, mientras que otros cuestionan sus limitaciones, o incluso, si es susceptible de limitación alguna<sup>3</sup>. Estas aristas son de gran relevancia. En definitiva, se trata de la ampliación del lenguaje de los derechos; de comprender los derechos como absolutos; de la posibilidad –y, a veces, hasta de la legitimidad– de limitarlos o regularlos, y, al mismo tiempo, de cómo hacerlo sin perjudicar el tejido social y su participación en los asuntos políticos.

Con todo, nuestra posición es la siguiente: es en pos de un tejido social robusto y fortalecido que ningún derecho puede entenderse como absoluto. No somos islas, vivimos y nos desarrollamos naturalmente con otros, y es en razón de esa interdependencia que se hace necesario limitar, regular y ponderar los derechos, por fundamentales que estos sean.

En este documento, abordaremos brevemente los temas ya enunciados, para proponer una reflexión final para el escenario actual.

## **II. Primero lo primero: la definición y sus complejidades**

Las manifestaciones pueden ser definidas, según señala Massó (2016), como “reuniones de carácter dinámico en las que se produce el desplazamiento de personas en un lugar de tránsito público”. La protesta, sin embargo, no es una reunión pública más, sino que se diferencia de otras al tener como fundamento la búsqueda de objetivos concretos; una denuncia, una reivindicación, un mecanismo de presión, entre otros. En palabras de Niculescu, lo fundamental de estas es “generar solidaridad al ligar los intereses y emociones individuales a un sentir e interés colectivo” (2019), y así, las manifesta-

---

<sup>2</sup>Un Sobre el detalle, ver por ejemplo el Informe Anual del INDH: Sobre la situación de esto son los derechos humanos en Chile en el contexto del estallido social (17 octubre – 30 noviembre, 2019) Disponible aquí: [<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>]. En la misma línea, intervenciones de diputados de centro izquierda y del Frente Amplio quienes, al comentar sobre esta materia en el Congreso, caracterizaron como actos de protesta a las barricadas.

<sup>3</sup> Recordemos, por ejemplo, que el Diputado Daniel Núñez (Partido Comunista) usa el término respecto de la Ley Anti barricadas. También, la Coordinadora 8M ha expresado que interpondrá un recurso de protección para garantizar su derecho a manifestarse. La alcaldesa de Viña del Mar, Virginia Reginato, mencionó que todos tienen el derecho a manifestarse, pero que no de cualquier manera.

ciones se han reconocido como mecanismos de política informal<sup>4</sup>.

Los fines que estas manifestaciones pueden perseguir son diversos. Por ejemplo, llamar la atención de las autoridades o de la ciudadanía respecto de alguna situación pública o privada –como es el caso de una huelga–, o bien, visibilizar una postura determinada cuando el manifestante siente que los mecanismos institucionales no le responden (Cox, 2010, p. 76). Aquí nos centraremos en aquellas reuniones masivas de carácter político que buscan llamar la atención a la ciudadanía y autoridades sobre situaciones públicas.

*Se ha hecho común que se identifiquen las banderas como derechos (que están siendo vulnerados o que se promueven) lo que lleva, casi indefectiblemente, a que estas discusiones se den en términos absolutos, legalistas y, a ratos, simplistas.*



Ahora bien, del reconocimiento en tratados internacionales, en doctrina y jurisprudencia nacional e internacional, de la posibilidad de manifestarse como parte de la capacidad de expresión de la ciudadanía en democracia, se discute en base al “derecho a la protesta”. En particular, sobre la necesidad de consagrar constitucionalmente este como derecho fundamental. Como bien ilustra Mary Ann Glendon, no es casual que se hable de “derechos” de manera cotidiana en la discusión pública, pues existe una tendencia –habitual en política– de poblar el lenguaje de derechos. Las demandas y causas ya no son solo eso, sino que se han transformado en derechos exigibles directamente al

Estado. En sus palabras: “individualmente considerado, el lenguaje jurídico no solo se ha convertido en el coadyuvante más importante del discurso político, sino que ha penetrado furtivamente en el lenguaje que [...] se utilizan comúnmente en torno a la mesa familiar, en el barrio y en sus distintas comunidades” (p. 80).

Así, se ha hecho común que se identifiquen las banderas como derechos (que están siendo vulnerados o que se promueven) lo que lleva, casi indefectiblemente, a que estas discusiones se den en términos absolutos, legalistas y, a ratos, simplistas. Quien invoca un derecho intenta zanjar una discusión, ya que la postura contraria a la suya desconocería–y en consecuencia vulneraría– tal derecho. ¿Será esto lo que ocurre?

---

<sup>4</sup> Recomendamos sobre esto el informe de IdeaPaís “Juventud y Política” (2020). Ver acá: <https://bit.ly/37OJtX>

### III. ¿Existe un derecho a manifestarse?

En este marco, no es de sorprenderse que cuando surgen problemas de seguridad y orden público en torno a diversas manifestaciones, se señale casi intuitivamente que existe un derecho a manifestarse y que la restricción de este sea vista como una vulneración ilegal.

Esta fue la discusión que se dio en el marco del estallido social chileno de 2019: ¿hasta qué punto es legítima la restricción o represión de la manifestación y cuándo comienza a ser una vulneración ilegal? Por eso causó revuelo la aparente indefensión que generaría el texto constitucional vigente, en tanto no hace un reconocimiento expreso a este derecho y cuya regulación se da en disposiciones reglamentarias<sup>5</sup>. Con esto a la vista, analizaremos si existe o no un derecho a manifestarse y cuáles serían las consecuencias que se sigan de esto.

*El Tribunal Constitucional ha dicho que “lo establecido en las bases de la institucionalidad, los tratados internacionales y los derechos constitucionales expresamente reconocidos permiten extraer otros derechos que gozan de protección implícita en la Constitución*



En el constitucionalismo –chileno e internacional– la doctrina ha ampliado el reconocimiento de los derechos fundamentales, no supeditándolo necesariamente a su presencia en el texto expreso. Así se ha ido desarrollando la teoría de los “derechos implícitos”, como una forma expansiva de interpretar los derechos expresos que permite colegir de ellos la existencia de otros derechos y su consecuente esfera de resguardo<sup>6</sup>. En este sentido, deja de ser absolutamente necesario que un derecho esté expresamente consagrado en la Constitución formal o en el derecho internacional para que pueda ser considerado esencial, humano o fundamental (Nogueira, 2007). Por esto, el Tribunal Constitucional ha dicho que “lo establecido en las bases de la institucionalidad, los tratados internacionales y los derechos constitucionales expresamente reconocidos permiten extraer otros derechos que gozan

<sup>5</sup> Solo por dar algunos ejemplos; “Sobre la democracia, la tolerancia cero y el derecho a manifestarse” por Jorg Stippel (23/12/2019) en CIPER Chile. La nota “El derecho a la manifestación en la Constitución: La discusión por el ‘insostenible’ decreto 1086” de La Tercera.

<sup>6</sup> En efecto, un factor en la tendencia amplificadora de los derechos, la doctrina de la “incorporación” que ha sostenido la Corte Suprema de Estados Unidos según Glendon (1998).

de protección implícita en la Constitución, como el derecho al acceso a la información, el derecho a la identidad y el derecho a la presunción de inocencia” (STC 634, c.9 y c. 10).

Cabe decir que esta teoría no está exenta de tensiones, ya que ha ido acompañada de un marcado activismo judicial. Esto se da por el hecho de que, en la práctica, esta doctrina ha funcionado como un mecanismo para ampliar el ámbito de decisión de los jueces, y a veces incluso, permite llegar a modificar subrepticamente el texto constitucional (Candía, 2014).

Por su parte, en ciertos países como Portugal y Nicaragua se reconoce en el texto constitucional, junto con el derecho de reunión, un derecho explícito a manifestarse. En otros países, como Alemania, España, Perú y México, a pesar de no aparecer explícito, se hace una regulación específica dentro del derecho de reunión, respecto de aquellas que ocurran en lugares de uso público como calles y plazas. En esta regulación se opta por restringir el ejercicio de este derecho estableciendo, en general, el deber de pedir autorización a una autoridad que la ley indica, bajo ciertas causales específicas; tales como la no alteración del orden público, la libre circulación, la salubridad pública, la dignidad y moral de las personas, el uso de armas, entre otras.

En nuestro ordenamiento constitucional, se ha ido dibujando en la jurisprudencia y en la doctrina un “derecho a manifestarse”, reconociéndolo a pesar de no estar expresamente consagrado en el texto constitucional vigente. Por una parte, hay quienes lo consideran como derecho implícito en nuestra Constitución que se colige a partir de los derechos de la libertad de expresión y del derecho a reunión, y, por otra, sabemos que este derecho está consagrado en tratados internacionales vigentes y ratificados por Chile que hace mandatoria considerar su esfera de protección<sup>7</sup>.

Adicionalmente, en las actas de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución<sup>8</sup> (CENC), posteriormente conocida como Comisión Ortúzar, cuando discurren sobre el citado artículo se puede observar que se discutió, específicamente, sobre la diferencia que habría entre reuniones en espacios privados (cerrados) y en espacios públicos. Siendo relevante que, en el caso de estos últimos, la reunión que tomare carácter de multitudinario debe poder ser regulado para que no entorpezca el derecho de terceros y el orden público. Aún más, según uno de los miembros de la comisión, un cariz relevante de este derecho es la posibilidad de expandir, a través de estas reuniones, las ideas y ban-

---

7 Estos tratados son la Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En general, existe discusión sobre el rango que tienen los Tratados Internacionales que versan sobre derechos humanos; si son infra constitucionales (y, por ende, supeditados a la Constitución), mismo rango que la Constitución o supraconstitucionales.

8 Comisión que redactó y propuso el texto original de la Constitución de 1980 y cuyas actas sirven para ilustrarnos del sentido que el constituyente buscó dar a las normas.

deras que tienen las personas sobre determinados problemas, “de allí la extraordinaria importancia que mantiene este derecho en la democracia moderna” (Historia de la ley: Constitución Política de la República de Chile, Artículo 19nº16, p. 7). En este sentido, podemos decir que aún cuando no esté expresamente consagrado, el constituyente lo tenía en mente cuando esta disposición fue regulada.

*Esto los llevaría a concluir que la protesta no puede ser conducida por el Derecho y, por ende, no puede ser regulada por este. Lo contrario sería una protesta “juridificada” y modelada según el arbitrio de una autoridad política y en última instancia, estar frente a una neutralización del acto de protesta. No estamos de acuerdo con esa visión.*



colectiva. Sin embargo, sí reconoce que el derecho reside primariamente en cada persona individualmente considerada y de las comunidades en las que se organizan, no en una colectividad por sobre las personas, y como tal, es susceptible de regulación. Más aún, parece razonable concluir que de ese razonamiento se desprenden muchas de las argumentaciones que se ven en el espacio público para deslegitimar la posibilidad de regular los actos de manifestaciones, en tanto cualquier forma de regulación es un atropello a derechos fundamentales. Sobre esto, volveremos más adelante.

#### **IV. Derechos de lo absoluto**

Ahora bien, despejada la cuestión sobre su existencia, la segunda gran discusión que ya adelantábamos es sobre la posibilidad de regular las manifestaciones y la protesta, y hasta qué punto. Como veíamos, hay quienes en la doctrina plantean que la protesta sería un fenómeno ajeno al derecho y su regulación, ya que esto implicaría una neutralización ilegítima. Esta postura se ha visto replicada

Aún así, ciertos autores, como Bassa y Moncada (2019), han expresado su reticencia a entender la protesta social como un derecho, en tanto esta sería más bien “una práctica política y social que no puede ser categorizada dentro de los límites que impone el aparato teórico de los derechos fundamentales: un individualismo liberal”. Esto los llevaría a concluir que la protesta no puede ser conducida por el Derecho y, por ende, no puede ser regulada por este. Lo contrario sería una protesta “juridificada” y modelada según el arbitrio de una autoridad política y en última instancia, estar frente a una neutralización del acto de protesta.

No estamos de acuerdo con esa visión. Que la posibilidad de manifestarse se vea reconocida y consecuentemente consagrada en relación a libertades individuales no necesariamente la cercenan de su expresión

en el espacio público, cuando cualquier tipo de regulación es desconocida o cuando la represión de actos violentos se ve equiparada a reprimir la “legítima protesta social”<sup>9</sup>. Por supuesto, mucho de esto tiene que ver con la amplificación de los derechos que señala Mary Ann Glendon, una amplificación que además va acompañada de una mirada en términos absolutos, ya que los sabemos universales, inalienables e inviolables (1998).

Por eso, la mayor discusión que se ha dado en Chile desde que comenzó el estallido social ha sido, hasta qué punto es una manifestación legítima, cuándo puede ser o no regulada, si la represión de una manifestación (injusta o no) es justa, y qué hacer cuando la manifestación se rodea de violencia.

La pregunta que cae de cajón es: en una democracia sana y plural, que reconoce y permite a las personas manifestarse y exteriorizar sus ideas, reunirse y asociarse para promoverlas, organizarse y todo lo relativo a ello, **¿es cualquier forma de regulación o limitación de estas necesariamente un atentado contra estos principios? Creemos que no.**

Es posible distinguir que, no solo en abstracto, sino también en concreto, el ejercicio de una legítima forma de expresarse como lo es la manifestación necesariamente entrará en conflicto con los derechos de terceros que se vean, queriéndolo o no, entre medio de dicha manifestación. Por dar algunos ejemplos, cualquier movilización que transite por las grandes avenidas de cualquier ciudad necesariamente coarta el derecho del resto de las personas, quienes legítimamente no deseen participar de dicha manifestación, al libre tránsito. O, por otro lado, cuando la manifestación se ve acompañada de hechos de violencia, poniendo en peligro la seguridad de terceros, definitivamente vemos una colisión de derechos relevante.

Más todavía ocurre con aquellas formas de manifestación que se identifican con mecanismos violentos, como las tomas. Estos, sin embargo, no están amparados por la libertad de expresión y derecho a reunión en tanto, por definición, transgreden derechos de otros a tal punto, que no es posible justificarlo. Siguiendo en esto a Humberto Nogueira, dado que la dignidad humana es fuente y fundamento de los derechos fundamentales, no es posible aceptar el ejercicio de un derecho que atente

*Dado que la dignidad humana es fuente y fundamento de los derechos fundamentales, no es posible aceptar el ejercicio de un derecho que atente contra ella.*



<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, Giorgio Jackson disculpándose por votar a favor de la ley que tipificaba a las barricadas, señalando que se equivocaron porque “porque con la excusa de los saqueos el gobierno hizo un proyecto que crea sanciones a varias de las formas de protesta” (5/12/2019) en T13móvil.

contra ella. Así, constituye una “barrera insuperable en el ejercicio de los derechos fundamentales” (2007). Más aún la vida en comunidad exige concesiones, una de ellas la renuncia a la violencia como mecanismo para lograr fines. Por eso, sabemos que cualquier mecanismo de acción política que se abriguen en la violencia son contrarios a la democracia, la cual, recordemos, no es un fin, sino un medio, que es por definición diálogo, deliberación y búsqueda de consensos, no imposición<sup>10</sup>.

La política se extiende hacia la pregunta sobre el bien, la virtud y el desarrollo comunitario. Y dado que, como ya decíamos, la vida en común exige hacer concesiones, es razonable y necesario hacer un balance entre derechos o principios. Entonces, a pesar de que los derechos fundamentales y los principios asociados a ellos son la esfera de lo indecible, como dice Ferrajoli (2002), su regulación no es por definición una vulneración. Más bien esta es legítima en tanto el ejercicio de un derecho supondrá –o podría suponer– la restricción de otro. Por dar un ejemplo, el derecho a la propiedad de una empresa podrá colisionar con el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación de una comunidad, o el derecho a la libertad de opinión de alguien podrá enfrentarse al derecho a la honra de otro.

Desde esta arista se desprende una gran tensión; ¿cuándo una limitación se configura como una violación a los derechos humanos?<sup>11</sup>. Esta es una discusión relevante que se da en relación a todos los derechos fundamentales, en efecto, la discusión en relación a este derecho en particular es muy ilustrativa; ¿son absolutos los derechos? Si entendemos que no lo son, ¿cómo pueden ser regulados y limitados?, ¿cuándo sabemos que uno prevalece sobre otro?, ¿hay una regla general?

Es posible jerarquizar entre los derechos fundamentales para lograr una composición justa en situaciones concretas. Así lo señala Cea (2013) cuando establece que, a pesar de que el conjunto de derechos es necesario para la vida digna de las personas, no es posible desconocer que en la práctica –y no solamente en la teoría– surgen conflictos en el ejercicio de dos o más de ellos. En el fondo, esto nace del reconocimiento que la vida se da en comunidad, no somos una suma de individuos aislados que simplemente ejercen derechos que le son reconocidos. Sino todo lo contrario, el ejercicio de mis derechos necesariamente se encontrará enfrentado a los derechos de otros.

Luego, habrá que distinguir según cada situación. En las acciones de las personas puede haber una

---

10 Ahora bien, no siempre se hace la misma apreciación sobre los mismos hechos. Para algunos, toda forma de manifestación es válida mientras transmita un objetivo o fin determinado y otros, son más tajantes al diferenciar entre actos violentos y medios válidos de manifestación. Muy ilustrativo de esto fue la discusión dada en el marco de la ley “Anti Barricadas y Saqueos” N° 21.208 en el Congreso.

11 Sobre este punto, cabe ser considerado por ciertos autores como toda forma de limitación una violación, en tanto la protesta por su naturaleza quedaría fuera del límite legal. Ciertamente, no comulgamos con esta visión.



colisión de derechos, lo que podrá ser alegado y visto en sede de protección<sup>12</sup>. En estas ocasiones hay diferentes herramientas para resolver el conflicto jurídico, una de ellas siendo la ponderación de los derechos, desarrollada por Robert Alexy. Por otro lado, al momento de tomar decisiones la autoridad o enfrentarse a un problema social que requiere de regulación, también podrá verse ante la disyuntiva de coartar, limitar o regular derechos fundamentales. Aquí la pregunta radica en ¿de qué manera?, ¿son todas las regulaciones iguales?

## V. Regular los derechos fundamentales

El derecho a la protesta o a la manifestación, al igual que los demás derechos fundamentales, no debe entenderse como absoluto. Se reconoce y se busca proteger la posibilidad de su expresión, siempre con la posibilidad de limitar las acciones que de este deriven.

Ahora bien, para responder la pregunta sobre la limitación, primero hay que reconocer e identificar cuál es el contenido esencial de este. Qué es lo que se ve protegido por la esfera que este establece y qué es lo que se verá limitado o restringido. En esta línea, es necesario señalar que no todo es una legítima manifestación propia de la libertad de expresión en democracia. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado, al pronunciarse sobre las tomas de colegios, que estas son “por definición, un acto de fuerza que no constituye un medio legítimo de emitir opinión ni forma parte del contenido del derecho a manifestarse.”

*El derecho a la protesta o a la manifestación, al igual que los demás derechos fundamentales, no debe entenderse como absoluto. Se reconoce y se busca proteger la posibilidad de su expresión, siempre con la posibilidad de limitar las acciones que de este deriven.*



Aún más, ahonda en esto señalando que “la plausibilidad de los motivos que se invoquen para explicar o justificar el apoderamiento [...] no puede tornar en lícitas las vías de hecho a las que se acude con tal propósito. No se debe confundir la licitud de la protesta social, que como la mayoría de las expresiones públicas de la ciudadanía puede ser relevante para generar debates en la opinión pública, con el empleo de mecanismos que se caracterizan por el uso de la fuerza y, que, en este

<sup>12</sup> Recordemos el objeto del recurso de protección.

*No cualquier acto está amparado por el vocablo “manifestación” y, segundo, que el uso de la fuerza es una caracterización de permite distinguir aquellos actos ilegítimos de aquellos que sí lo son, y, tercero, que el fin buscado no muda en legítimo aquello que no lo es en principio*



caso, vulnera el derecho de los estudiantes a recibir educación, y el de sus padres, de que ésta les sea impartida a sus hijos”<sup>13</sup>. En otras palabras, no es admisible el uso de la fuerza como medio legítimo para alcanzar un fin, y, entonces, esta nunca podrá ser el ejercicio legítimo de un derecho.

De esto se sigue que; no cualquier acto está amparado por el vocablo “manifestación” y, segundo, que el uso de la fuerza es una caracterización de permite distinguir aquellos actos ilegítimos de aquellos que sí lo son, y, tercero, que el fin buscado no muda en legítimo aquello que no lo es en principio (“el fin no justifica los medios”).

### **Luego, ¿hasta dónde puede llegar la regulación?**

En nuestro ordenamiento se recoge el principio de la reserva legal en la regulación de los derechos. Esto significa que solo una norma de rango legal tiene la facultad de regular o limitar derechos fundamentales. En nuestra Constitución está recogido específicamente en su artículo 19 N° 26, el que establece que “los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”<sup>14</sup>.

La doctrina explica que esto se debe a que la ley es una norma más objetiva que los decretos supremos, los reglamentos y las instrucciones, que son desarrollados solo por el Ejecutivo, en cuanto nace de la discusión que se da en el proceso de formación de la ley –uno con garantías y pensado para evitar arbitrariedades– y en el cual participan tanto el Poder Ejecutivo (como colegislador) como el

<sup>13</sup> Sentencia Corte Suprema. Rol 23.540/2014.

<sup>14</sup> Constitución Política de la República [CPR]. Artículo 19 número 26. 17 de septiembre, 2005.

Congreso Nacional. De esta manera, se busca evitar que se ejerza una potestad discrecional de un poder en específico, como lo sería si emanara de un solo poder o sin procesos que busquen eliminar esas posibilidades. Asimismo, se ha entendido que cuando se refiere a la libertad de las personas, en sus diversos ámbitos, se entiende que es más democrático y legítimo que la regulación fuere realizada por sus representantes (Pica, 2013).

Ahora bien, la forma en que se regula constitucionalmente el derecho de reunión en nuestro país presenta una particularidad, en cuanto expresa que las reuniones en espacios públicos se rigen por las disposiciones generales de policía. Estas corresponden a la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros y, especialmente, al Decreto Supremo N° 1.086 del año 1983. En la primera no se mencionan las reuniones en lugares de uso público, en razón de lo cual las manifestaciones y protestas se rigen enteramente por el segundo. En él se establecen las siguientes ideas:

- Los organizadores deben dar aviso con dos días hábiles de anticipación. Las reuniones o manifestaciones no avisadas pueden ser impedidas o disueltas.
- El aviso debe indicar quiénes organizan, qué objeto tiene, dónde se inicia, cuál es el recorrido, dónde se hará uso de la palabra, quienes lo harán y dónde se disolverá.
- El Intendente o Gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público, aplicándose también para reuniones en plazas o parques en horas de descanso o esparcimiento. Es decir, habría una dudosa expresión de causa al poder declinar una petición de manifestación, solo señalando el lugar en el cual se desarrollará.

En relación al contenido y la naturaleza de la norma que regula esta materia (un decreto supremo y no una ley) que, ya hemos dicho, es de derecho fundamental, se han levantado diversos cuestionamientos. Por un lado, que la norma hay quienes la consideran abiertamente inconstitucional en tanto ninguna regla que no sea de rango legal puede regular derechos fundamentales y, por otro, en razón de que las reglas serían tan extensivas que se vería afectado el contenido esencial del derecho.

No obstante, lo anterior, la Contraloría General de la República<sup>15</sup>, en su dictamen n° 78143, declaró el 14 de diciembre de 2011 que tal decreto es constitucional. Esto lo explicaría basándose en la historia de la norma, en la cual se le ha dado un carácter especial de regulación reglamentaria y no legal, y el artículo 19 N° 26 solo se refiere a aquellos derechos en que su regulación sea legal. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así lo refrenda, señalando que el principio general de la

---

<sup>15</sup> Quien tiene el mandato de revisar la constitucionalidad de este tipo de regulación

reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales tiene como excepción única la referente al derecho de reunión en lugares de uso público (STC 239, c.9).

Sin embargo, esto no deja de ser a lo menos extraño, ya que por otro lado hay amplia jurisprudencia del mismo tribunal señalando que es de reserva legal, es decir, “es de competencia exclusiva y excluyente del legislador el establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos” (STC 185, c.12).

En este marco, el Decreto Supremo (DS) N° 1.086, genera ciertas tensiones no deseables bajo las cuales incluso se podría llegar a alegar que se ve vulnerada la esencia misma del derecho, en expresa contravención de lo que señala el texto constitucional en su artículo 19 N° 26. Lo anterior, porque en vez de que la limitación y regulación del ejercicio de este derecho fundamental se haga por medio de normas de rango legal, por las razones ya expuestas, simplemente se ve regulado por un Decreto Supremo, una norma que es de rango infralegal y que por expreso mandato constitucional no debiera regular. Ya que, ¿en qué se diferenciaría este de todos los otros derechos para que, no se excluya su regulación por ley, pero si se amplíe a otras regulaciones de menor “estándar” de legalidad e imparcialidad?

*Ninguna limitación o regulación puede llegar a vulnerar o privar absolutamente del derecho, ya que no pueden afectar el contenido esencial del mismo.*



Sobre el contenido de la regulación, cabe decir que ninguna limitación o regulación puede llegar a vulnerar o privar absolutamente del derecho, ya que no pueden afectar el contenido esencial del mismo. En palabras del Tribunal Constitucional, para determinar el contenido esencial siempre debe considerarse el momento histórico (en tanto los derechos y sus contenidos pueden evolucionar) y luego, no cualquier requisito para el ejercicio de un derecho será necesariamente inconstitucional. Más todavía dice “a la ley debe reconocérsele autonomía suficiente para reglar, en forma prudente y dentro de las latitudes razonables, el ejercicio de un derecho” (STC 2917).

Aquí entonces, volvemos a la pregunta original: ¿hasta dónde puede llegar la regulación? En este punto, la jurisprudencia internacional puede iluminar ciertos aspectos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos ha dicho que los Estados pueden fijar requisitos de autorización para una manifestación, así como también establecer sanciones en el evento que hagan caso omiso de las indicaciones entregadas por la autoridad (CEDH, First Section, en “Case of Berladir and others v. Russia”, application no. 34202/06, 19/06/2012). Por otro lado, el Tribunal Constitucional de Austria ha señalado que no

es posible prohibir una manifestación salvo como medida de última ratio. Y, en ese caso, las suposiciones de las autoridades policiales en cuanto se puedan repetir eventos anteriores, no justifican la supresión del ejercicio del derecho (Tribunal Constitucional Austríaco, Rol B1037/11-8, 14/03/2013). De ambas sentencias podemos desprender que los requisitos son válidos, pero, que la prohibición de una manifestación debe ser una medida usada excepcionalmente.

En particular sobre el decreto que hoy día regula las reuniones y manifestaciones, hay quienes interpretan la obligación de informar que actualmente impone el DS N°1.086, como una transgresión excesiva. Esto, ya que incluso como se señale en las actas de la CENC, en un régimen democrático la regla que regule esta situación pareciera que debiera ser de represión, no de prevención del ejercicio. De esta manera, este deber de informar estaría afectando la esencia del derecho, al imponer requisitos que impidan su libre ejercicio (Hernández, 2014, p. 351). Los países analizados anteriormente, incluso los que reconocen explícitamente el derecho, establecen causales específicas en las cuales se puede no autorizar una manifestación, por ejemplo, respecto al orden público o la libre circulación de las personas, o la dignidad e integridad física de las mismas. Esto permite que la autoridad ejecutiva disminuya su poder discrecional, el cual, sin las causales, podría afectar la esencia del derecho de reunión en lugares de uso público y la libertad de expresión.

## **VI. Ideas finales**

Sea o no un derecho, es indudable que las acciones de movilización y manifestación son consecuencias inmediatas de los derechos de libertad de expresión, de reunión e inclusive de otros más como el derecho de asociación. Aún más, puede ser invocado en razón de que forma parte de tratados internacionales ratificados por Chile. Por tanto hay una cierta esfera de protección necesaria y que busca abrigar aquella parte de la dignidad humana que se expresa como la posibilidad de participación en la conformación política de la sociedad y el Estado, fundamento necesario de la democracia y que da lugar a derechos políticos y una ciudadanía activa (Nogueira, 2007).

Sin embargo, como ya vimos, el fenómeno de los derechos amplificadas en el lenguaje ha ido acompañada también por una noción exageradamente absoluta de ellos. Noción que no guarda mucha relación con la realidad, “hay una enorme diferencia [...] entre nuestra tendencia a proclamar los derechos de una manera rígida e ilimitada y las restricciones de sentido común que se deben aplicar a los derechos de una persona cuando chocan con los de otra” (Glendon, 1998, pp. 100). Por esto, es fundamental abordar la legítima cuestión sobre la regulación y limitación del llamado “derecho a la protesta”, teniendo a la vista que las consecuencias de estas pueden ser una intromisión a ciertas libertades.

Con respecto al contenido, la regulación debe realizarse para garantizar el derecho de reunión, pero, también con las legítimas limitaciones que sean necesarias según sea el caso. Esto, ya que los derechos no son absolutos y, por ende, pueden entrar en colisión con los derechos de terceros u otros principios como el orden público. Para lo anterior, es fundamental contar con criterios para rechazar manifestaciones o terminarlas legítimamente, y que sean conocidas de antemano, siguiendo el ejemplo español y otros países europeos que restringen, utilizando criterios tales como la alteración del orden público, la libre circulación ponderada con el derecho de reunión, la dignidad e integridad moral de las personas y el uso de armas (Massó, 2016, pp. 111-115).

*La pretensión de regulación y limitación de esta forma de expresión, para la protección de otros derechos y principios fundamentales, no es la negación en sí misma de la posibilidad de manifestarse.*



Finalmente, no es irrelevante el tipo de norma que regula el derecho de reunión en lugares públicos. Un derecho fundamental que en la práctica se rige por un decreto y no por ley, otorga un poder discrecional alto a la autoridad ejecutiva para regular ámbitos relacionado con la libertad de las personas. Además, que fuera regulado por medio de legislación le otorgaría una mayor legitimidad social, en tanto pasaría por los canales ya establecidos del proceso de formación de la ley que tienen por objeto una doble revisión con dos actores relevantes –Congreso y Ejecutivo–.

En suma, la pretensión de regulación y limitación de esta forma de expresión, para la protección de otros derechos y principios fundamentales, no es la negación en sí misma de la posibilidad de manifestarse. Más todavía, bajo el reconocimiento de que el fortalecer la sociedad civil requiere de su politización, es decir, de hacer que cada uno de sus miembros nos preocupemos por las decisiones sobre los asuntos comunes –el buen sentido de la politización–, para que sea patente la responsabilidad que tenemos con nuestro destino común, es relevante que se resguarde el derecho a manifestarse. Pero, también pasa por entender que esa corresponsabilidad con la vida democrática significa que nuestras pulsiones individuales, como puede ser el querer ser parte de una manifestación o protesta colectiva, requiere necesariamente respetar también los derechos de los demás (como el libre tránsito, la moral e integridad física, etc.). Aún más, debemos cuidarnos de categorizar todo bajo el concepto de protesta y hacer valer que hay medios que simplemente son incompatibles con la democracia.

Al final, una sociedad civil fuerte es aquella que puede manifestar sus ideas políticas con pleno respeto a los derechos de los demás, ya que lo contrario, es decir, buscar resguardar las sensaciones y banderas individuales frente a problemas sociales, al fin y al cabo, es lisa y llanamente otra forma de individualismo.

## VII. Bibliografía

- Alexy, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Bassa, Jaime, y Mondaca, Daniel (2019). Protesta social y derecho: una tensión irresoluble. *Izquierdas*, 46. Santiago. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-50492019000200105&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-50492019000200105&script=sci_arttext).
- Candía, Gonzalo (2014). "Analizando la tesis de los derechos implícitos: comentario a la sentencia del tribunal constitucional recaída sobre el requerimiento de inaplicabilidad rol n° 2.408-2013 de 6 de marzo de 2014". En *Revista de Derecho (Coquimbo)*, RDUCN vol.21 no.1. Disponible en: [<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000100017>].
- (2015). "Derechos implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una reflexión a la luz de la noción de Estado de Derecho". *Revista Chilena del Derecho*, Vol. 42, no.3 Dic. 2015. Disponible en: [<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300006>].
- Cea, José Luis (2013). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo II*. Santiago, Chile: Ediciones UC.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Informe Anual Sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social*. Santiago, Chile: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Contraloría General de la República, 14 de diciembre de 2011.
- Cox, Francisco (2010). Criminalización de la protesta social: No tiene derecho a reunirse donde le plazca. En Bertoni, Eduardo (edit.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina* (pp. 75-99). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo.
- Ferrajoli, Luigi (2002). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Glendon, Mary Ann (1998). El lenguaje de los derechos. *Revista de Estudios Públicos*, 70, 77-150.
- Hernández, Domingo (2014). Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitu-

cionales. El caso chileno. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 343-358. Bogotá.

Massó, Marcos Francisco (2016). El derecho de reunión y manifestación en el nuevo marco regulatorio de la ley de protección de seguridad ciudadana lo 4/2015 de 30 de marzo. *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 64(2), 101-126.

Nogueira, Humberto (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamento y caracterización. *Revista Ius et Praxis*, 13 (2): 245-285, 2007

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, E.E.U.U., 16 de diciembre de 1966.

Pica, Rodrigo (2013). Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de derechos fundamentales. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(1), 193-228.

Tufekci, Zeynep, Wilson, Christopher (2012). Social Media and the Decision to Participate in Political Protest: Observations From Tahrir Square. *Journal of Communication*, 62(2), 363-379.

### **Normas citadas**

Constitución Política de la República de Chile, [CPR]. Santiago, Chile, 17 de septiembre de 2005.

Decreto Supremo N°1086, Ministerio del Interior, 16 de septiembre de 1983, sobre "Reuniones Públicas".

Historia de la ley: Constitución Política de la República de Chile de 1980. Artículo 19 n° 13, de la Libertad de Reunión. Disponible en: [<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/43566/1/HLArt19Nro13CPR.pdf>] Fecha de consulta: 21 de octubre, 2020.

### **Jurisprudencia citada**

Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol N° 239, de fecha 16 de julio de 1996.