

TOMA DE COLEGIOS (Y PROTESTAS). COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 23.540-2014, DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2014

DOMINGO LOVERA PARMO*

INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema revocó en parte –como se dirá, en la parte más relevante– una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago recaída sobre dos recursos de protección presentados por apoderados del Instituto Nacional (IN) José Miguel Carrera. En términos generales, los apoderados del IN reclamaron ante la Corte de Apelaciones que la toma del establecimiento educacional llevada adelante por un grupo de estudiantes del IN, no obstante haber sido votada favorablemente, constituía una afectación ilegal y arbitraria de su derecho a la libertad de enseñanza, y los derechos a la educación e integridad síquica de sus hijos.

El siguiente comentario revisa (1) el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Santiago para acoger, sin reservas, los recursos presentados, y se detiene –con algo más de detalle– en la (2) sentencia de la Corte Suprema que los rechaza.

1) LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO¹

La primera acción estaba dirigida en contra de dos recurridos distintos. De una parte, contra diez estudiantes individualizados por los apoderados como los dirigentes y líderes de la toma, y, de otra, en contra de la Municipalidad de Santiago, sostenedora del IN. Un segundo recurso de protección, acumulado para su vista por la Corte de Apelaciones, se dirigió en contra del rector del establecimiento.

Los primeros, sostuvieron los recurrentes, han ocupado ilegal y arbitrariamente el establecimiento por cerca de un mes y medio. Dicha toma,

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (CHILE), LL.M. Columbia University (EE.UU.). Profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales (CHILE). Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl. Agradezco los comentarios que Francisco Cox, Rodolfo Figueroa, Constanza Salgado y José Luis Ugarte formularan a una versión preliminar de este trabajo.

¹ Los hechos y argumentos de derecho que se exponen en esta sección, han sido tomados de la descripción de los mismos efectuada en la sentencia de la Corte de Apelaciones. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 18 de agosto de 2014. Rol N° 39.022-2014.

se insistió, afectaba el derecho a la educación de sus hijos², al tiempo que el procedimiento de adopción de la toma, una votación realizada por los estudiantes, carecía de valor jurídico. Las votaciones, además, se adujo en el recurso presentado, se habían convertido en campo propicio para la amenaza y el acoso –“bullying,” según se dijo en estrados– de aquellos estudiantes que, como los hijos de los recurrentes, se manifestaban en contra de la toma.

De la segunda se reclamó haber validado la ocupación ilegal del IN, al haber elaborado un “protocolo” que establecía condiciones y requisitos para las tomas. Dicho “protocolo,” esgrimieron los recurrentes, importaba un acuerdo entre la autoridad y los estudiantes para permitir la ocupación ilegal del establecimiento. Ello equivalía, en otras palabras, a consentir en la comisión de un acto ilegal. Los argumentos dirigidos contra los estudiantes y la Municipalidad finalmente, fueron reproducidos respecto del rector del IN.

La Corte de Apelaciones de Santiago acogió los recursos. Sostuvo, en primer término, que las tomas son siempre actos de fuerza³. Reprochó a los estudiantes haber adoptado la toma fuera de sus facultades reglamentarias. Así, tratando a los centros estudiantiles como si fueran órganos de derecho público, afirmó que ni la Ley General de Educación ni y el Reglamento sobre Consejos Escolares “contempla[n] en ninguna parte la realización de votaciones para decidir paralizaciones o tomas del establecimiento”⁴. Lo propio ocurría con el Reglamento Interno del Instituto Nacional. Sobre esa misma base afirmó que la obligación de la autoridad municipal es la de asegurar la continuidad del servicio educacional de conformidad a lo establecido en la Ley General de Educación⁵, razón suficiente para estimar que el “protocolo” denunciado se encontraba al “margen de la ley”⁶. No hubo mención expresa a la forma en que el rector afectaba los derechos invocados.

¿Cómo los actos (y omisiones) que la Corte de Apelaciones consideró ilegales y arbitrarios afectaban los derechos reclamados? El tribunal fue de la opinión que la sola “imposibilidad fáctica que impone una toma de asistir a clases y recibir educación conculca[ba] las garantías constitucionales de libertad de enseñanza, derecho de propiedad en relación con el derecho a la educación y la integridad psíquica y física de los recurrentes”⁷. No debiera resultar sorpresiva, aunque no inmune a la críti-

² Existe una “imposibilidad de cumplir con los contenidos mínimos de enseñanza que establece la Ley General de Educación,” lo que empujaría a los apoderados a buscar nuevos establecimientos).

³ CA. Rol N° 39.022, considerandos 2° y 4°.

⁴ CA. Rol N° 39.022, considerando 2°.

⁵ CA. Rol N° 39.022, considerando 2°.

⁶ CA. Rol N° 39.022, considerando 2°.

⁷ CA. Rol N° 39.022, considerando 4°.

ca, la referencia al derecho de propiedad sobre el derecho a la educación⁸. Ella se utiliza para capear la falta de amparo del derecho a la educación por vía de protección⁹. Lo que sí llama la atención es la forma en que la Corte de Apelaciones estima que se vulneran la integridad síquica de los estudiantes y la libertad de enseñanza de los apoderados. De la lectura del considerando 4° se desprende que la Corte estima que los estudiantes ven afectados su derecho a la integridad síquica ante la “imposibilidad fáctica que impone una toma de asistir a clases y recibir educación”¹⁰, en circunstancias que sus apoderados habían reclamado que dicha afectación era producto de las amenazas y acoso escolar con objeto de su voto en contra de las tomas. Tampoco resulta evidente que la “imposibilidad fáctica que impone una toma de asistir a clases y recibir educación” afecte la libertad de enseñanza que reclamaron los apoderados. No sostengo que esto no pueda ocurrir; solo que en el caso concreto no se advierte –porque la Corte de Apelaciones no lo exhibe– el nexo causal entre la toma y la obligación fáctica a que se ven empujados los apoderados de tener que optar por otro establecimiento, máxime cuando se trata de tomas transitorias –como luego quedaría en evidencia en la sentencia de la Corte Suprema–, la toma finalizó al día siguiente de presentado el recurso¹¹.

Finalmente, la Corte de Apelaciones no solo reprochó, como se ha visto, la toma en contra de la que se interpusieron las acciones, sino que fue más allá y estimó que existía “una amenaza real de nuevas tomas del Instituto Nacional pues es un hecho de público conocimiento los diversos llamados a paros y tomas que están realizando para lo que resta del año diferentes organizaciones estudiantiles en las cuales participan los estudiantes recurridos”¹². Por ello, ordenó la adopción de una serie de medi-

⁸ Véase, en general, GÓMEZ, Gastón (2005) *Derechos Fundamentales y Recurso de Protección*. Santiago: Universidad Diego Portales, 665 pp., pp. 43-4, explicando cómo la propiedad sobre bienes incorporeales (de derechos fuera del marco de protección del artículo 20 de la Constitución, por caso), contribuyó a la expansión de la acción, “y a su descuadre”. CORDERO, Eduardo (2006). “La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX N° 1, pp. 125-148. Otros han argumentado que derechos como el de propiedad, han servido para que las personas recurran “ante los tribunales contra cualquier acto ilegal o arbitrario que ponga en entredicho un beneficio particular.” FERRADA, Juan Carlos; BORDALÍ, Andrés; Y CAZOR, Kamel (2003). “El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos de la administrativos: una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIV, pp. 67-81, pp. 76-77. También en BORDALÍ, Andrés (2006). “El recurso de protección entre exigencias de de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XIX N° 2, pp. 205-228, p. 206.

⁹ Esto es lo que indica el considerando 1° de disidencia.

¹⁰ CA. Rol N° 39.022, considerando 4°.

¹¹ Nótese, por caso, que la afectación a la libertad de elección del sistema de salud que se reclama en los innumerables recursos de protección en contra de las Isapres, se construye sobre la base de medidas permanentes (el alza del precio base u otro de los planes de salud).

¹² CA. Rol N° 39.022, considerando 5°.

das futuras que, por la amplitud y relevancia para la decisión de alzada, conviene citar en su integridad:

I. Que los estudiantes recurridos deberán abstenerse de organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones de las actividades escolares como así también que se materialicen las mismas.

II. Que se deja sin efecto el “Protocolo” a que se ha hecho referencia (...), suscrito por la Dirección de Educación Municipal de la I. Municipalidad de Santiago y los estudiantes, debiendo además la autoridad edilicia y todo otro órgano municipal, abstenerse de firmar cualquier documento que fije condiciones o requisitos para la procedencia y mantenimiento de tomas o paralizaciones referido al establecimiento educacional.

III. Que la señora alcaldesa doña Carolina Tohá Morales o quien ejerza sus funciones, deberá en caso de futuras tomas que afecten al Instituto Nacional José Miguel Carrera adoptar oportunamente, en su calidad de sostenedora del mismo, todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Educación en cuanto a “garantizar la continuidad del servicio educacional durante el año escolar” lo que implica, entre otras cosas, mantener el establecimiento educacional en funciones y en condiciones tales que permitan la continuidad y normal realización de las actividades escolares correspondientes al presente año escolar 2014¹³.

2) LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA

La Corte Suprema, como se ha indicado al comienzo de este comentario, revocó en parte importante la sentencia de la Corte de Apelaciones. En términos generales, ello obedece a dos hechos. En primer lugar, como advierte la propia Corte, la toma en contra de la que se recurre había finalizado al día siguiente de interpuesto el recurso de protección. Por esta razón el tribunal se encontraba en la imposibilidad fáctica de acceder a lo solicitado, a saber: el inmediato desalojo por medio de la fuerza pública¹⁴. En segundo lugar, el “protocolo” que los recurrentes afirmaron se había suscrito entre la Municipalidad de Santiago y los estudiantes, se consideró inexistente al no haber sido acompañado a la causa¹⁵.

¹³ CA. Rol N° 39.022.

¹⁴ CORTE SUPREMA. 4 de noviembre de 2014. Rol N° 23.540-2014, considerando 3°.

¹⁵ La Corte advierte, además, que incluso de haber sido acompañado, este carecía de vigor para el presente recurso, toda vez que la propia Municipalidad había decidido no aplicar sus términos –tal y como los presentaron los recurrentes– al constatar daños al establecimiento durante la toma en cuestión. CS. Rol N° 23.540, considerando 3°.

La Corte Suprema, así, razona sobre la base de las órdenes dictadas por la Corte de Apelaciones. En concreto, discurre a propósito de la solicitud de medidas preventivas que, como ella misma explica, se refieren:

- a) a los estudiantes: “*que se abstengan de efectuar incitaciones o llamados a tomarse el Instituto Nacional*”;
- b) a la Municipalidad de Santiago y (c) al rector del IN: “que ordenen las medidas pertinentes, oportunas y eficaces –sin precisarlas– que asegure la debida protección de los afectados”¹⁶.

Es en este entendido, es decir, asumiendo que la Corte Suprema se pronuncia sobre las medidas preventivas ordenadas por la Corte de Apelaciones, que esta sección repasa, brevemente, el razonamiento del tribunal. Para ello se divide la sentencia de la Corte Suprema en sus consideraciones respecto de la toma (2.1.) y la protesta social (2.2.).

2.1) LA TOMA

Esta sección analiza el razonamiento de la Corte Suprema respecto de la toma de establecimientos educacionales. Lo hace distinguiendo (2.1.1.) las referencias a la toma como acto de fuerza, (2.1.2.) anotando la deferencia política que la Corte muestra frente a la autoridad municipal, la que queda habilitada para decir por sí el curso de acción frente a la toma, y (2.1.3.) la especial obligación que pesa sobre el rector.

2.1.1) La toma como acto de fuerza

Respecto de la toma de establecimientos educacionales, el objeto del recurso de protección presentado, el voto de mayoría de la Corte Suprema las considera actos de fuerza que, por ello, se encuentran al margen de la cobertura de la libertad de expresión. En palabras de la Corte:

*“la toma de una escuela es, por definición, un acto de fuerza que no constituye un medio legítimo de emitir opinión ni forma parte del contenido del derecho a manifestarse. Es un comportamiento antijurídico que no respeta los derechos de los demás”*¹⁷.

La toma de escuelas es un acto de fuerza y una conducta antijurídica, prosiguió la Corte Suprema, con independencia del mecanismo conforme al cual se ha adoptado. Recuérdese que, en el caso en comento, los estudiantes esgrimieron en su defensa la realización de consultas y votaciones

¹⁶ CS. Rol N° 23.540, considerando 5°.

¹⁷ CS. Rol N° 23.540, considerando 6°.

al estudiantado¹⁸. Quizá la Corte va aquí demasiado rápido y permítame explicar qué quiero decir con esto. Lo que sostengo es que, aun cuando la toma sea considerada un acto de fuerza¹⁹, de ahí no se sigue que esta carezca de valor expresivo. En una serie de casos a propósito de la ocupación de plazas y parques públicos en diferentes ciudades de Canadá, los tribunales reconocieron valor expresivo a lo que son, no otra cosa, que la toma de espacios públicos²⁰. Esto, sin embargo, no obstó a que los tribunales, de igual forma, consideraran que las órdenes de desalojo –cubiertas por ordenanzas municipales– fueran regulaciones razonables de dichas actividades expresivas. Esto, como se advierte, es un camino distinto al adoptado por la Corte Suprema en el caso en comento, pues aquí se principia restando valor expresivo a la toma por el solo hecho de ser un acto que carece de regulación legal²¹.

¹⁸ CS. Rol N° 23.540, considerando 6°.

¹⁹ Esto es algo que podría discutirse y que la Corte no aclara de modo satisfactorio. La Corte Suprema, en efecto, despacha el punto con un simple “*la toma de una escuela es, por definición, un acto de fuerza ...*” Pero la Corte no explica qué definición. Es posible que la Corte haya pensado, como parece fluir de su sentencia, que la toma es un acto de fuerza en la medida que un sector de los estudiantes, digamos, los que votaron contra la toma, se ven impedidos de ingresar al establecimiento mientras se desarrolla la misma, caso en el que la fuerza es contra esos otros estudiantes. Pero esto es consecuencia de haber perdido una votación, como ocurre con los trabajadores que votan contra una huelga y pierden. ¿Podría decirse que en ese caso los trabajadores que paralizan el trabajo actúan con fuerza luego de haber ganado la votación en que se preguntaba cómo proceder? En una columna de opinión sostuvimos, con un colega, que las votaciones, si bien no transformaban a las tomas en actos legales, al menos debían ser consideradas como un elemento que podía matizar la calificación de las ocupaciones como actos *per se* violentos o de fuerza. LOVERA, Domingo y CONTESSÉ, Jorge (2014). “Tomas en el Instituto Nacional: legalidad y política”. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2014/08/22/tomas-en-el-instituto-nacional-legalidad-y-politica/> [fecha de visita 12 de noviembre de 2014]. O podría pensarse en una hipótesis distinta de fuerza, una que mira a las cosas, esto es, a la propiedad del establecimiento. En este caso la fuerza no va dirigida contra otros estudiantes, sino contra las cosas (al poner candados, bloquear acceso, remover sillas y mesas de las salas, etc.) y su propietario. De hecho, si la forma en que se arriba a la conclusión de proceder a una toma es irrelevante, y por ende si toda toma es, por definición, un acto de fuerza, uno debiera concluir esta es la hipótesis de fuerza en la que pensó la Corte, pues es la única forma de fuerza (de serlo) que se concilia con la posibilidad (difícil, pero no imposible) de proceder a una toma bajo el acuerdo unánime de todo el estudiantado. Dicho esto, pareciera ser que para la Corte la toma es un acto de fuerza en tanto es un acto que carece de regulación legal (más que ser, en estricto rigor, ilegal), y no, en consecuencia, un acto de fuerza “*por definición*”. Esto es aún más claro si se advierte la situación de la huelga laboral, que el profesor Gamonal señala, acertadamente, que se ha definido como “*un uso mínimo de la fuerza*”. Dicho uso mínimo de la fuerza tiene la ventaja, frente a la fuerza ‘desnuda’ de la toma, de estar regulada (y por eso limitada) legalmente. Sergio Gamonal (2013). “El derecho de huelga en la Constitución chilena”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* N° 1 Año 20, pp. 105-127, p. 110.

²⁰ Véase, por ejemplo, *Calgary (City) v. Bullock (Occupy Calgary)*, 2011 ABQB 764. A similar conclusión llegaron algunas cortes de los Estados Unidos, pronunciándose sobre casos similares. KUNTLER, Sarah (2011-2012). “The right to occupy – Occupy Wall Street and the First Amendment”. *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 39, pp. 989-1019, pp. 1012-18.

²¹ Como he sostenido en la nota 19.

2.1.2) Deferencia política a la autoridad municipal

Ahora bien, la pregunta que debe responderse inmediatamente, y la que fue objeto de controversia al anotarse las órdenes dispuestas por la Corte de Apelaciones, es si acaso la autoridad municipal está obligada a adoptar un curso de acción específico frente a la toma de establecimientos educacionales²². La Corte Suprema respondió negativamente. Anotando la inexistencia de alguna disposición legal que ordene las medidas precisas que debe adoptar la Municipalidad²³, sostuvo que *“en ningún caso cabe sustituir a la Administración imponiéndole la manera en que debe abordar los conflictos estudiantiles que se susciten en su comuna”*²⁴. Considerando las especiales circunstancias en que se produce la toma²⁵, exhibe una deferencia a la autoridad política cuyo escrutinio debe ser, igualmente, político²⁶.

De allí, entonces, que los sostenedores –la Municipalidad de Santiago, en este caso– pueden echar mano a una variopinta gama de medidas que tengan por norte garantizar la continuidad del servicio educacional. De esto no se sigue que la autoridad no pueda solicitar el desalojo por medio de la fuerza pública, pero sí que esa medida ni es la única (ni necesariamente la más adecuada), ni puede ser ordenada por un tribunal. Hacerlo, sostuvo la Corte, equivale a invadir el ámbito de decisiones respecto de las cuales la autoridad municipal tiene exclusivas competencias²⁷. En efecto, ese ámbito de discreción coloca al municipio en la mejor posición para evaluar variables que ante un tribunal, como indica la experiencia, oscurecen: cómo se acordó la toma, cuánto apoyo tiene la misma, cómo se han comportado los estudiantes durante su desarrollo, etc.

²² Esta idea fue sugerida, a propósito de la sentencia de la Corte de Apelaciones, en una columna de opinión. ATRIA, Fernando (2014). “Una sentencia insólita”. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/09/11/una-sentencia-insolita/> [fecha de visita 12 de noviembre de 2014].

²³ CS. Rol N° 23.540, considerando 12°.

²⁴ CS. Rol N° 23.540, considerando 9°.

²⁵ De la misma opinión había sido el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, don Juan Escobar, quien estuvo por rechazar los recursos en primera instancia. En su parecer, las *“solicitudes de los recurrentes deben ser resueltas por otros órganos del Estado y no a través de un estamento jurisdiccional como es este Tribunal de Alzada”*. CA. Rol N° 39.022, considerando 3° de la disidencia.

²⁶ En efecto, sostuvo la Corte Suprema, la Municipalidad, *podrá revisar y modificarlas en el tiempo [las acciones adoptadas], y respecto de las cuales, además, deberá rendir cuenta ante los ciudadanos. No es posible aceptar que los tribunales entren en ese espacio a través de una decisión judicial que fije de un modo inalterable o inmutable cómo debe ser la respuesta del ente municipal frente a esos acontecimientos.*

²⁷ CS. Rol N° 23.540, considerando 9°.

²⁷ CS. Rol N° 23.540, considerando 10°.

En otras palabras, y para efectos de rechazar los recursos con respecto a la Municipalidad, no se advierte, sostuvo la Corte Suprema, que aquella haya obrado ilegal o arbitrariamente²⁸.

2.1.3) Las obligaciones del rector

Distinto, aunque no totalmente, es el caso del rector del IN. La situación del rector es distinta por tanto la Corte advierte que los recurrentes tuvieron éxito al mostrar que aquel no había adoptado medida alguna tendiente a revertir la toma o prevenir ocupaciones futuras²⁹. Lo que se reclama con respecto al rector del IN, por lo tanto, es su inacción en tanto autoridad “*más directamente vinculada con el quehacer de los alumnos*”³⁰. Finalmente, sobre el rector pesan normas legales y reglamentarias que lo obligan a actuar frente a actos que, como la toma, interrumpen o impidan de facto el normal desarrollo de las actividades educacionales³¹.

Donde la situación del rector no es muy distinta a la de la Municipalidad, es en el tipo de medidas que *debe* adoptar frente a una toma. Es decir, si bien el rector del IN debió adoptar medidas eficaces para revertir la situación producida, la Corte Suprema es clara en advertir que este, así como la Municipalidad, goza de discrecionalidad para decidir cuál es el curso de acción más adecuado³².

2.2) PROTESTA

La Corte Suprema expuso una concepción completamente distinta para la protesta social³³. En primer lugar, la Corte sostuvo que no cabe

²⁸ “*Que la decisión municipal de establecer vías de persuasión antes de proceder a los desalojos, podrá compartirse o no, cuestionarse su eficacia, pero no se advierte que la actuación del Municipio de Santiago se aparta de la normativa jurídica que la rige desde que no existe disposición legal ni reglamentaria alguna que, de manera imperativa, prescriba las acciones precisas que debe adoptar frente a las tomas estudiantiles, ni aparece revestida de arbitrariedad administrativa o carente de racionalidad tal postura, pues además de encontrarse debidamente justificada, ha sido apoyada mayoritariamente por los presidentes de los Subcentros de Padres y Apoderados del Instituto Nacional que representan a cada uno de los cursos del establecimiento*”. CS. Rol N° 23.540, considerando 12°.

²⁹ CS. Rol N° 23.540, considerando 14°. Esto puede explicarse, en parte, porque el rector careció de representación jurídica para su defensa.

³⁰ CS. Rol N° 23.540, considerando 16°.

³¹ CS. Rol N° 23.540, considerando 16°.

³² La Corte Suprema se refiere a la obligación del Rector de adoptar medidas eficaces (considerando 14°) o medidas que se encuentra reglamentariamente facultado para disponer, “*las que no oscilan únicamente entre el proceso de diálogo y el desalojo con fuerza pública*” (considerando 17°). CS. Rol N° 23.540.

³³ La Corte de Apelaciones, cabe advertir, trazó una distinción similar. En efecto, al disponer que las tomas eran actos de fuerza que “*no tienen cabida en el Instituto Nacional ni en ningún otro establecimiento educacional*”, sostuvo que estas debían diferenciarse de otras formas de participación política y estudiantil, entre las que expresamente mencionó las protestas:

confundir la toma, un acto de fuerza, con la *“licitud de la protesta social”*³⁴. La protesta social, sostuvo la Corte acertadamente, *“puede ser relevante para generar debates en la opinión pública”*³⁵. Lleva razón aquí la Corte. Como se ha apuntado desde la filosofía política, la democracia representativa presupone una relación estrecha entre las instituciones formales de toma de decisión, como el parlamento, y los espacios informales de formación de la opinión³⁶. La legitimidad de los primeros, de hecho, depende de qué tan abiertos se muestran a ser permeados por la opinión pública³⁷. La protesta es, en este contexto, uno de los medios –y para algunos y algunas, el único medio disponible³⁸– a través del cual la ciudadanía concurre a la formación de la opinión pública frente a la cual, luego, el Estado y sus instituciones responden.

En efecto, como ha sugerido Robert Post, hay múltiples medios para intervenir en el proceso de formación de la opinión pública. Algunas veces individuos y grupos tomarán parte de dicho proceso comunicativo por medio del discurso, otras, en cambio –y las movilizaciones estudiantiles son prueba de ello– por medio de protestas, piquetes y la quema de banderas³⁹. En resumen, como el Tribunal Federal alemán sostuvo en *Brokdorf*,

*“el derecho de los ciudadanos a participar en la formación de la voluntad política no solo se expresa votando en las elecciones, sino también ejerciendo influencia en el proceso continuo de formación de la opinión política, la que en un Estado democrático debe ser libre, abierta, sin regulaciones y en principio ajena a la intervención estatal”*⁴⁰.

La Corte Suprema se expresó en términos similares. Advirtiendo que el derecho a la protesta se construye, entre otros, con la concurrencia de la libertad de expresión y el derecho de reunión⁴¹,

“La participación estudiantil se puede manifestar de las más diversas formas tales como marchas, jornadas de reflexión u otras con tal que no impliquen algún grado de fuerza o violencia que en especial en un establecimiento educacional donde se forma a los jóvenes no pueden ser admitidas” (CA. Rol N° 39022, considerando 2°).

³⁴ CS. Rol N° 23.540, considerando 6°.

³⁵ CS. Rol N° 23.540, considerando 6°.

³⁶ URBINATI, Nadia (2014) *Democracy Disfigured*, Cambridge: Harvard University Press, 320 pp.

³⁷ GUINIER, Lani (2008). “Beyond Electocracy: Rethinking the political representative as powerful stranger”. *The Modern Law Review*, Vol. 71, pp. 1-35.

³⁸ GARGARELLA, Roberto (2007) *El derecho a la protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 265 pp., pp. 205-7.

³⁹ POST, Robert (2012) *Democracy, expertise, academic freedom: a first amendment jurisprudence for the modern state*. New Haven: Yale University Press, 192 pp., p. 15.

⁴⁰ Federal Constitutional Court (First Senate) 14 May 1985, 1 BvR 233, 341/81.

⁴¹ CS. Rol N° 23.540, considerando 7°.

“no puede[] ser objeto de limitación alguna antes que sean ejercidas, toda vez que por mandato constitucional se prohíbe la censura previa, ni requieren de permiso anticipado por parte de la autoridad –sin perjuicio de la regulación por el organismo competente de las reuniones que se efectúen en espacios públicos”⁴².

La prohibición de censura previa, misma que llevó al máximo tribunal a revocar la orden de la Corte de Apelaciones con respecto a los estudiantes⁴³, permite entender en mejor luz los alcances de las regulaciones a que se sujeta el derecho constitucional de reunión. A diferencia de lo que suele afirmarse con respecto de las regulaciones que se imponen en el D.S. 1.086/83, el deber de comunicar a la autoridad la realización de una protesta es solo eso, una notificación que permitirá a la autoridad adoptar las medidas que estime convenientes para mejor servir los intereses que debe servir, pero en caso alguno un permiso que opera como condición para el ejercicio del derecho de reunión⁴⁴. De otra forma, como la Corte alemana advirtió en *Brokdorf*, *las protestas espontáneas estarían siempre prohibidas*.

CONCLUSIÓN

La toma, advierte la Corte Suprema, aunque sin entregar demasiadas razones, es “*por definición*” un acto de fuerza y una conducta antijurídica. De ello se sigue que las autoridades vinculadas al establecimiento educacional de turno –en este caso el IN– deban adoptar medidas que permitan restablecer el ejercicio de los derechos afectados. La sentencia de la Corte Suprema, como he dicho, logra ponderar adecuadamente las competencias y obligaciones de los diversos actores que concurren al caso concreto.

En efecto, qué medidas específicas deben adoptar las autoridades involucradas es algo que la Corte deja a discreción de estas. En el caso de

⁴² CS. Rol N° 23.540, considerando 7°.

⁴³ “[L]a petición de los recurrentes de ordenar a los estudiantes del Instituto Nacional a abstenerse de ‘organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones’, equivale a decretar por vía judicial una prohibición absoluta de que incluso deliberen una votación cuando diga relación con tomas o cualquier clase de paralizaciones, por lo que se trata de una pretensión que no puede ser atendida.” CS. Rol N° 23.540, considerando 7°.

⁴⁴ He sostenido esta comprensión del derecho de reunión en LOVERA, Domingo (2011). “Protesta Social y Derechos Humanos”. En: CONTESSE, Jorge (editor). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2011*. Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 55-81, pp. 70-2, y con mayor detalle en LOVERA, Domingo (en prensa). “Protesta social, instituciones y Constitución en Chile”. En: CORVALÁN, Alejandro y SOTO, Francisco (editores). *La Participación Política en Chile después de Pinochet*. Santiago: LOM Ediciones.

la Municipalidad –sostenedora del IN– la Corte advierte un espacio de acción que queda a resguardo del control judicial y cuya evaluación corresponde, en cambio, a la propia ciudadanía al evaluar el comportamiento edil. En el caso del rector del IN –la “*autoridad más directamente vinculada con el quehacer de los alumnos*”–, si bien este tiene la obligación de adoptar medidas que impidan perturbaciones a los derechos reclamados por los recurrentes, también goza de espacios reglamentarios que le confieren flexibilidad práctica para decidir qué hacer. Como he señalado antes, la Corte reconoce que la Municipalidad y el rector están mejor posicionados para determinar cuáles son las medidas más adecuadas. Este espacio de discrecionalidad, además, se abre para que consideraciones que la Corte deja fuera, como la forma en que se adoptó la toma, sean evaluadas.

Finalmente, debe destacarse sin ambivalencias la forma en que la Corte Suprema construye el estatus constitucional de la protesta. Mientras la toma es, a decir de la Corte, un acto de fuerza, la protesta es manifestación de un ejercicio legítimo de derechos constitucionales. La protesta social, afirma la Corte Suprema, al estar fundada (en parte, agregaría) sobre la libertad de expresión y el derecho de reunión, no puede someterse a censura previa. De esta forma, expresa la Corte, las regulaciones de la autoridad no son una forma de permiso, lo que aparece como una novedad en el tratamiento de la protesta a nivel local. Es la misma prohibición de censura previa la que impide que la Corte ordene a los estudiantes abstenerse de deliberar sobre cursos de acción que deseen desarrollar para avanzar sus demandas políticas, incluso cuando dichos cursos de acción involucren actos de fuerza, como la toma. Esta decisión, así, se presenta como corolario de diversas decisiones anteriores en que la Corte no dibujó, al menos no con la claridad con que ahora lo hace, a la protesta como ejercicio de derechos protegidos constitucionalmente.