

APROXIMACIONES CRÍTICAS AL DERECHO A LA PROTESTA SOCIAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

José Saldaña Cuba
*Departamento Académico de Derecho, PUCP**

Categoría profesores

En este artículo se desarrollan perspectivas críticas al derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En primer lugar, se hace una sistematización del estado actual de la jurisprudencia señalando los aspectos más tratados: la situación de vulnerabilidad de las defensoras y los defensores de derechos humanos, su relación con otros derechos, los estándares para el uso de la fuerza estatal en contextos de disturbios y las condiciones para la responsabilidad estatal por actos de terceros. Seguidamente, se presentan distintas teorías de la democracia para analizar el derecho a la protesta, lo que permite mostrar algunas de las insuficiencias de la jurisprudencia de la Corte. La crítica gira en torno a la incapacidad del sistema interamericano por garantizar plenamente este derecho, el mismo que es ejercido de manera colectiva por lo movimientos sociales en defensa del territorio, apelando a acciones que combinan estrategias legales e ilegales, así como medios pacíficos y violentos.

I. Introducción

En este artículo me propongo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con el derecho a la protesta social. Desde un marco teórico-crítico, intento mostrar las insuficiencias que presenta dicha jurisprudencia (y de alguna manera toda la institucionalidad vigente de derechos humanos) para garantizar adecuadamente el ejercicio de este derecho.

En primer lugar, se afirma la protesta social como un derecho autónomo, más allá de su relación con otros derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se da cuenta de la situación de criminalización que viven los movimientos sociales en América Latina y se ensaya una justificación axiológica para el reconocimiento de un nuevo derecho.

* Docente del Departamento Académico de Derecho de la PUCP. Es miembro del Grupo de Investigación en Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional. El autor quisiera agradecer a Julia Romero Herrera, egresada de Derecho de la UNMSM, por el apoyo brindado en la recopilación y sistematización preliminar de jurisprudencia presente en el artículo. Asimismo, a Jorge Portocarrero Salcedo y a Julio Salazar Delgado, ambos miembros del mismo grupo de investigación, por las fructíferas discusiones sostenidas que han permitido construir el marco teórico que sirve de análisis. No obstante, el autor reconoce que los errores e insuficiencias que puedan hallarse son atribuibles a su persona.

En segundo lugar, se presenta una sistematización de la jurisprudencia interamericana en todos los casos relacionados con la protesta social. Se identifican y ordenan los distintos aspectos desarrollados por la Corte IDH: la categoría de defensoras y defensores de derechos humanos, su relación con otros derechos, la responsabilidad de los Estados frente a violaciones cometidas por terceros y los estándares para un uso razonable de la fuerza estatal, especialmente en contextos de disturbios sociales.

Por último, se recurre al aludido marco teórico para sustentar la hipótesis de que, si bien la Corte IDH ha desarrollado un marco de garantías para la protesta social, este resulta insuficiente por ser incapaz de abarcar algunas de las expresiones más importantes de los movimientos sociales en la actualidad. Por un lado, la exigencia de que lo protegido debe ser un derecho ejercido pacíficamente entra en contradicción con algunas estrategias desplegadas por los movimientos, y consolida la idea de que solo el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza. Por otro lado, existe una tendencia a invisibilizar estas estrategias que combinan acciones legales con ilegales, haciendo de las leyes una especie de fetiche, pese a que la promesa de los derechos humanos apela a valores morales universales más allá de las normas positivas.

2. ¿Por qué afirmar el derecho a la protesta social?

Afirmar el derecho a la protesta social implica reconocer su autonomía más allá del reconocimiento expreso en un instrumento internacional y más allá de su vinculación con otros derechos humanos. La necesidad de hacerlo en la actualidad pasa por identificar su ejercicio en la dinámica de los movimientos sociales que se alzan por todo el mundo en contra del abuso de poder; sea de parte del poder público o privado.

América Latina atraviesa una crisis política generada por el desborde de la corrupción, una crisis económica por las contradicciones del modelo de desarrollo que no ha reducido sustancialmente la desigualdad social e incluso una crisis ecológica como consecuencia del cambio climático y la presión sobre las tierras, en especial por parte de las industrias extractivas. Ante la ineficacia institucional, la protesta social en espacios públicos sirve para visibilizar las demandas por acceso a bienes y servicios públicos, en defensa del medio ambiente y del territorio, para pedir justicia y reparaciones por violación de derechos, o exigir condiciones de vida digna como el cese de la violencia contra las mujeres (CELS, 2016).

Por ejemplo, en el caso de las protestas por el medio ambiente durante las últimas décadas, nuestra región ha presenciado la emergencia de un nuevo actor político: el movimiento socioterritorial contra el avance del modelo capitalista de acumulación por despojo de tierras, es decir, la expansión económica de Estados y del capital transnacional a través de la sobreacumulación de tierras, valiéndose de mecanismos legales e ilegales para desposeer a las comunidades indígenas de su territorio histórico. Se trata, ciertamente, de una novedad relativa, pues al mismo tiempo es necesario que se entienda dentro de un proceso histórico de resistencias como respuesta a los cambios del modelo capitalista (Harvey citado por Moraes Valensa, 2013, p. 135). En ese sentido:

También han aparecido mecanismos completamente nuevos de acumulación por desposesión. El énfasis en los derechos de propiedad intelectual en las negociaciones de la OMC (el denominado acuerdo TRIPS) marca los caminos a través de los cuales las patentes y licencias de materiales genéticos, plasma de semillas, y cualquier forma de otros productos, pueden ser usadas contra poblaciones enteras cuyas prácticas de manejo ambiental han jugado un papel

crucial en el desarrollo de estos materiales. La biopiratería es galopante, y el pillaje del stock mundial de recursos genéticos en beneficio de unas pocas grandes empresas multinacionales está claramente en marcha. La reciente depredación de los bienes ambientales globales (tierra, aire, agua) y la proliferación de la degradación ambiental, que impide cualquier cosa menos los modos capital-intensivos de producción agrícola, han resultado de la total transformación de la naturaleza en mercancía [...]. (Harvey, 2005, p. 114)

La emergencia de nuevos sujetos sociales en el centro de estas protestas, organizados de manera autónoma, apelando a una identidad indígena, han sido vistos en muchos casos como amenazantes. Se vienen desplegando diversas formas de resistencia que son reprimidas por los Estados bajo la justificación del restablecimiento del orden público (Saldaña y Portocarrero, 2017). Como señala Maristella Svampa (2012), los Estados en América Latina han promovido un endurecimiento de las políticas represivas o una criminalización de las protestas (inclusive los llamados «gobiernos progresistas»), priorizando el mantenimiento de un modelo económico extractivo.

Como contrapartida, afirmar el derecho a la protesta social significa denunciar su criminalización:

La criminalización de la protesta es un fenómeno multidimensional que consiste en el despliegue de acciones y discursos dirigidos a desaparecer y deslegitimar la disidencia política. Los actos de represión pueden abarcar asesinatos, ejecuciones, desapariciones forzadas, agresiones, amenazas, hostigamientos, actividades de inteligencia y persecución a través de procesos penales en contra de una persona o grupo de personas (Saldaña y Portocarrero, 2017, p. 313).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recibido cientos de denuncias de actos similares contra defensoras y defensores de derechos humanos de la mayoría de Estados del hemisferio (CIDH, 2015a). Según Global Witness, al menos 185 personas defensoras de derechos humanos¹ fueron asesinadas en el 2015 en el mundo, de las cuales 122 fueron asesinadas en América Latina. Además, según Front Line Defenders, el 41 % de asesinatos en la región están relacionados con la defensa del medio ambiente y el territorio de pueblos indígenas, la mayoría a propósito de oposición a megaproyectos mineros, forestales y energéticos (Oxfam, 2016, pp. 2-4).

El derecho a la protesta social responde también a nuevas formas de acción colectiva vigentes en nuestro tiempo. Los actores de las movilizaciones ya no son solo obreros; actúan en la cotidianeidad y el corto plazo y sus organizaciones no son necesariamente instrumentales (Flores, 2011, pp. 24-25). Para Melucci (1999), no obstante, los movimientos sociales son una forma específica de acción colectiva que se basan en la solidaridad, desarrollan un conflicto y rompen con los límites en que ocurre la acción. Se activan en el encuentro entre la existencia estructural de un conflicto y las condiciones coyunturales en las que se encuentra el sistema; es

¹ En este punto resulta pertinente una aclaración. La categoría de defensoras y defensores de derechos humanos es utilizada prioritariamente en el presente artículo por haber sido acogida por el sistema interamericano de derechos humanos, en especial por la CIDH. Sin embargo, en América Latina la protesta social es un derecho ejercido por una variedad de sujetos sociales que no necesariamente caben en dicha categoría: líderes populares (sociales, barriales, ambientales), activistas, luchadoras y luchadores, etc.

decir; no se puede comprender su existencia exclusivamente como una determinante estructural ni como acciones de carácter aislado y únicamente agregativo (p. 9).

Las ciencias sociales en América Latina han caracterizado a los «nuevos» movimientos sociales en torno a algunos ejes centrales: (a) la territorialidad de los conflictos, es decir, la centralidad que tienen los territorios en las disputas sociales de las últimas décadas; (b) la identidad indígena que ha estado en el centro de los discursos emancipadores; (c) la construcción de autonomías como horizonte de luchas; (d) una nueva relación con el Estado en el que la cuestión del poder es reinterpretada y replanteada desde la acción directa, no institucional y de base (Modonesi e Iglesias, 2016, pp. 100-108).

De esta manera, el contexto actual da cuenta de un momento diacrónico: el surgimiento de un nuevo derecho como consecuencia de la aparición de nuevas necesidades que configuran paulatinamente un desarrollo de la comunidad política. En términos de Enrique Dussel (2010):

«Nuevos derechos» son aquellos que son ignorados por el derecho vigente, y, aún más, que serán durante un cierto tiempo (de la crisis de legitimidad del derecho vigente correspondiente y el crecimiento de la legitimidad del nuevo derecho) negados y aún condenados por el sistema de las leyes y los jueces (cómplices de un derecho vigente en crisis). Como es evidente, el derecho vigente es el *a priori*, y el nuevo derecho se revela *a posteriori* en el tiempo y por su contenido [...]. (p. 231)

La cobertura jurídica para el reconocimiento de nuevos derechos viene dada por las cláusulas abiertas de derechos, como el artículo 3º de la Constitución peruana («La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno»). El Tribunal Constitucional ha señalado que un derecho nuevo «tiene una configuración autónoma, una textura propia, que la distingue de los otros derechos fundamentales a los cuales se encuentra vinculado, debido tanto al objeto protegido, como al *telos* que con su reconocimiento se persigue alcanzar» (Fundamento 14, Expediente 02488-2002-HC/TC).

Aunque en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no existe una cláusula idéntica, su artículo 29º, sobre normas de interpretación, deja un margen para una interpretación cada vez más amplia:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...]

- b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

3. El derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte IDH

La Corte IDH nunca ha condenado a ningún Estado por violación del derecho a la protesta debido a que, como se ha dicho, no se encuentra reconocido expresamente en ningún instrumento del sistema interamericano de derechos humanos. Sin embargo, en diversas sentencias

se han tratado casos que involucran a defensoras y defensores de derechos humanos, y/o que están relacionados con protestas en contextos de convulsión social, en los que la Corte IDH ha establecido conexiones con otros derechos humanos tales como la libertad de asociación, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la presunción de inocencia, los derechos políticos, entre otros.

Con una fórmula que evita el uso del término «protesta social», se ha reconocido la existencia de un derecho a defender los derechos humanos en la Declaración de los Defensores de los Derechos Humanos (adoptada por Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1998) y en la Resolución sobre Defensores de los Derechos Humanos en las Américas (aprobada por la Asamblea General de la OEA el 7 de junio de 1999). En dichos instrumentos, catalogados como *soft law*, se ha establecido que todas las personas tienen derecho, individual o colectivamente, a promover los derechos humanos. Sin embargo, en el presente artículo se distingue parcialmente lo que denomino el derecho a la protesta social puesto que abarcan aspectos diferentes.

En lo que viene, intento reconstruir el marco de garantías que ha brindado la Corte IDH al derecho a la protesta a través de su jurisprudencia, es decir, por medio de su labor interpretativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para estos efectos, sirve recordar que se discute en el ámbito académico los alcances del control de convencionalidad y los posibles efectos *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH², es decir, incluso para los Estados que no sean parte en un caso concreto. Aun adoptando un enfoque restrictivo, es innegable que se trata de una jurisprudencia que debe entrar en diálogo con el derecho interno para una adecuada labor hermenéutica y la elaboración de políticas públicas con enfoque de derechos humanos al interior de los Estados.

La selección de sentencias que va a ser presentada guarda relación casi en su totalidad con hechos de protestas sociales, sea a través de organizaciones sociales o de individuos defensores de derechos humanos. En los casos en que esta vinculación no es tan evidente, justificamos su inserción expresamente o nos remitimos a su inclusión en los distintos informes elaborados por la CIDH acerca de la criminalización de la protesta social en América Latina.

Existen tres tipos de sentencias que resultan relevantes para comprender las garantías de las que goza el derecho a la protesta social de acuerdo con la Corte IDH: el primero, que establece la especial protección que merecen las defensoras y los defensores de derechos humanos en condición de grupo vulnerable; el segundo, que liga íntimamente a la protesta social con los derechos humanos a la libertad de asociación, a la libertad de expresión, a la participación política, entre otros; y, por último, los estándares interamericanos para un uso adecuado de la fuerza estatal en el marco de protestas sociales.

3.1. Las defensoras y los defensores de derechos humanos.

La labor de defensoras y defensores de derechos humanos ha sido reconocida como fundamental para el fortalecimiento de las democracias, según la CIDH (2015a, p. 23). Por esa razón, se vienen aprobando instrumentos de derecho internacional sobre el particular (Borrás, 2013, pp. 298-303) e implementando relatorías especializadas tanto en el ámbito universal de las Naciones Unidas (mandato de la Comisión de Derechos Humanos en el año 2000) como en el sistema interamericano (mandato de la CIDH en marzo del 2011).

2 Véanse Sagüés (2010, pp. 449-468) y Bandeira Galindo (2013, pp. 255-273).

Pese a estos esfuerzos, se trata de una actividad que genera riesgos severos como la criminalización:

Las autoridades enjuician a los defensores, atribuyéndoles cargos civiles y penales injustificados, con la pretensión de detener la protesta social y que el movimiento ambientalista se enfoque en la excarcelación de sus líderes. Así, los defensores ambientales se encuentran en una situación particular de doble vulnerabilidad: por enfrentarse a los intereses del propio Estado y a poderosos grupos económicos, que en la mayoría de los casos cuentan con la connivencia del Estado (Borrás, 2013, p. 298).

En la jurisprudencia de la Corte IDH se ha abordado numerosos casos de violaciones contra defensoras y defensores de derechos humanos, entre ellos: Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005), Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006), Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007), Valle Jaramillo vs. Colombia (2008), Escher y otros vs. Brasil (2009), Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009), Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), Lysias Fleury y otros vs. Haití (2011), entre otros.

Uno de los casos contra activistas del medio ambiente que ha implicado vulneraciones a los derechos a la vida y a la integridad personal es el de Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009). Se trata de una reconocida activista, presidenta de la Fundación PROLANSATE, asesinada por disparo de arma de fuego en su residencia. En Honduras, es uno de los primeros casos conocidos de asesinatos por defender los recursos naturales, lo que ha develado el clima de impunidad generado por las omisiones y la falta de diligencia en las investigaciones a cargo del Estado. La Corte IDH reconoció la especial situación de vulnerabilidad que se vive como defensora y defensor del medio ambiente:

El reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor³.

Otro de los casos que involucran activistas ambientalistas es el de Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010). Los hechos se desarrollaron en 1999, época en la que el Gobierno tomó la decisión de desplegar a las fuerzas armadas en los Estados donde operaban el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Ejército Popular Revolucionario (EPR), asumiendo funciones de seguridad pública y orden interno. En el marco de un operativo militar, se realizó la detención y tortura de los señores Cabrera y Montiel, activistas de la Organización de Campesinos Ecológicos de la Sierra de Petatlán y Coyuca (OCESP), y se les abrió investigación por la comisión de los presuntos delitos de portación de armas de fuego y siembra de amapola y marihuana.

La Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado mexicano en la violación a sus derechos a la libertad personal, integridad personal, a la prohibición de torturas y a las garantías judiciales. Sin embargo, no reconoció que su condición de activistas ambientalistas los ponía en tal situación de vulnerabilidad, debido a que la CIDH no había realizado alegatos específicos en el informe correspondiente:

3 Blanca Kawas Fernández vs. Honduras (2009, párr. 149).

Por todo lo anterior; el Tribunal considera que no le corresponde pronunciarse respecto a hechos alegados por los representantes que no fueron planteados como hechos en la demanda de la Comisión, esto es, respecto a las amenazas que habrían sufrido los señores Cabrera y Montiel antes de su detención y después de su salida de la cárcel, la presunta represión que habrían sufrido por su trabajo en defensa del medio ambiente y el sufrimiento que habrían tenido los familiares de las presuntas víctimas. En similar sentido, no procede pronunciarse respecto a las alegadas violaciones a los artículos 5 y 16 de la Convención Americana en relación con dichos hechos⁴.

Los dirigentes sindicales también han sido objeto de amenazas y atentados contra sus derechos, como ha señalado la Corte IDH en Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007) y Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005). En ambos casos, se reconoció que los atentados contra la vida de los dirigentes mineros y de la Central General de Trabajadores del Perú (CGTP) habían sido perpetrados por grupos de exterminio a causa de su actividad en defensa de los derechos laborales y por sus opiniones críticas contra el Gobierno.

Algunos casos que involucran abogados activistas de derechos humanos también han merecido pronunciamientos. El caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006) se trataba de un abogado activista que se dedicó a denunciar la existencia de un grupo de exterminio denominado los «muchachos de oro» en el Estado de Rio Grande do Norte, que estaba compuesto por agentes policiales. A razón de ello, fue víctima de amenazas y finalmente asesinado. La Corte IDH reconoció en el caso el papel que juegan las defensoras y los defensores de derechos humanos y el deber de los Estados de garantizar sus derechos:

[...] en una sociedad democrática, el cumplimiento del deber de los Estados de crear las condiciones necesarias para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos⁵.

Y en *Lysias Fleury y otros vs. Haití* (2011), la Corte IDH se pronuncia sobre el caso de un defensor de derechos humanos, que ejercía la representación de víctimas de violencia doméstica, de agresiones sexuales, de secuestros de niños y de detenciones ilegales en todo el territorio haitiano. Fue detenido cuando se encontraba en su casa, denunciado por haber adquirido supuestamente una bomba de agua robada; tras identificarse como defensor de derechos humanos, fue víctima de malos tratos por parte de los policías (lo amenazaron y golpearon) y fue retenido por más de 17 horas sin alimentos. Al respecto se señala lo siguiente:

En las circunstancias del presente caso, el análisis de una violación a la libertad de asociación, alegada por los representantes, debe ubicarse en el contexto de la relación que tiene el ejercicio de dicho derecho con el trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos. El Tribunal tuvo por probado que los funcionarios que llevaron a cabo la detención le infligieron torturas y malos tratos de particular severidad aludiendo a su condición de defensor a los derechos humanos, y que el señor Fleury fue obligado a esconderse y a huir por temor a las represalias de sus agresores, luego de que éste los denunciara e identificara⁶.

4 Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010, párr: 60)

5 Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil (2006, párr: 74)

6 *Lysias Fleury y otros vs. Haití* (2011, párrs. 101-102)

De esta manera, se puede decir que la Corte IDH ha tenido en consideración el aporte que implica la labor de defensoras y defensores de derechos humanos para la democracia en la región. Ha reconocido su especial situación de vulnerabilidad a causa de las violaciones que sufren y el fenómeno de la criminalización, salvo por falta de pruebas o cuando los alegatos no fueron incorporados oportunamente por la CIDH.

3.2. Su vinculación con otros derechos.

El derecho a la protesta social, pese a su falta de reconocimiento expreso, se encuentra vinculado al ejercicio de otros derechos humanos; entre ellos, encontramos la libertad de asociación, la libertad de expresión, el honor y buena reputación, la presunción de inocencia, la participación política, el acceso a la información, etc.

En cuanto al derecho a la libertad de asociación, en *Pedro Huilca Tecse vs. Perú* (2005) se reconoció lo siguiente sobre el derecho a la libertad de asociación, artículo 16 de la Convención Americana («Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales culturales, deportivos o de cualquier otra índole»):

Tal y como fue establecido anteriormente, el asesinato de la presunta víctima fue motivado por su carácter de líder sindical opositor y crítico de las políticas del entonces gobierno en turno. [...] Por lo tanto, la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor; de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación⁷.

Algo similar ocurre en el caso *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú* (2007), en el que se condena al Estado por vulnerar los derechos a la vida, integridad personal y libertad de asociación de dos sindicalistas mineros. Saúl Cantoral fue quien dirigió la primera huelga nacional minera del 17 de julio al 17 de agosto de 1988, mientras que Consuelo García era encargada de capacitar a los comités de amas de casa en los campamentos mineros del país, además de atender necesidades de las familias mineras. Estas fueron las razones que los colocaron como blanco de las acciones represivas que venía tomando el Gobierno. La CIDH, en su Informe de Fondo, expresó:

[...] que «de acuerdo a las actividades que venían realizando las víctimas, al contexto de la situación de conflicto interno en el Perú para la época de los hechos y de la naturaleza del grupo ejecutor, es evidente que el móvil del crimen fue el de “controlar” la actividad de agitación sindical en el conflicto laboral, derecho garantizado por la Constitución peruana, a través de “neutralizar” a la dirigencia sindical, a fin de desmotivar la protesta social [énfasis añadido]»⁸.

En cuanto al derecho de reunión (artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Se reconoce el derecho a la reunión pacífica y sin armas»), en *Baena Ricardo*

⁷ Pedro Huilca Tecse vs. Perú (2005, párrs. 68-69).

⁸ Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú (2007, párr. 81)

y otros vs. Panamá (2001) la Corte IDH condenó al Estado panameño por violar este derecho así como la libertad de asociación de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, quienes fueron despedidos en aplicación de la Ley 25 que castigaba a los que participaran de protestas contra las políticas del Gobierno. La Corte IDH declaró que dicha ley violaba el principio de legalidad y, con ello, varios derechos de los trabajadores. Al mismo tiempo, señaló que el derecho a la libertad de asociación tiene un contenido particular cuando se trata de sindicatos, ligado a reivindicaciones sociales:

Consta en el acervo probatorio del presente caso que al despedir a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la Ley 25, siguiendo las órdenes del Poder Ejecutivo, se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector⁹.

En cuanto al derecho a la libertad de expresión (artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión»), también se pueden mencionar varios casos. Luego del golpe de Estado de 2002 en Venezuela, se generó un ambiente de intimidación a los medios de comunicación privados, entre ellos RCTV, acusados de ser enemigos del Gobierno, «golpistas» y «fascistas», y de causar «un gravísimo daño psicológico al pueblo venezolano»¹⁰, lo que finalmente devino en la no renovación de sus concesiones sobre el espacio radioeléctrico. Estos hechos motivaron un pronunciamiento de la Corte IDH en el caso Granier y otros vs. Venezuela (2015), donde se habló de «la prohibición de discriminación basada en las opiniones políticas de una persona o un grupo de personas»¹¹, señalando que no cabe discriminación por una determinada línea editorial, aun cuando sea contraria al oficialismo y apoye medidas de protesta tales como los paros nacionales.

Otro caso relevante es Kimel vs. Argentina (2008). El conocido periodista, escritor e investigador publicó el libro *La masacre de San Patricio*, en el que denunciaba la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios contra cinco religiosos. Uno de los jueces lo denunció penalmente, logrando una condena de un año de prisión y el pago de una multa por delito de calumnia. Ante la Corte IDH, el señor Kimel alegó la utilización de los delitos contra el honor con el claro propósito de limitar la crítica a un funcionario público. Si bien el caso no está vinculado directamente a un asunto de protesta u organización social, resulta pertinente pues el estándar desarrollado trata del derecho que tienen los ciudadanos para expresarse críticamente de sus autoridades. Al respecto, la Corte IDH señaló la importancia de la libertad de expresión para que las personas puedan emitir opiniones críticas y ejercer un adecuado control democrático de los funcionarios:

En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas

9 Baena Ricardo y otros vs. Panamá (2001, párr: 160)

10 Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (2015, párr: 61)

11 Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela (2015, párr: 226)

que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas¹².

En cuanto al derecho a la honra (artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad»), se presentó el caso *Escher y otros vs. Brasil* (2009), el mismo que es citado por la CIDH como un caso en el que funcionarios públicos usan indebidamente el derecho penal para hostigar organizaciones sociales (CIDH, 2015a pp. 39-40). El señor Arlei José Escher y las demás víctimas eran miembros de las organizaciones sociales Asociación Comunitaria de Trabajadores Rurales (ADECON) y Cooperativa Agrícola de Conciliación Avante (COANA), cuyos objetivos son integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de productos. La Corte IDH estableció que miembros de la policía realizaron operaciones de interceptación y monitoreo de una línea telefónica instalada en la sede de COANA en el marco de investigaciones penales; no obstante, algunas cintas de grabación fueron utilizadas para dañar el honor de las personas y la buena reputación de las organizaciones:

[...] [E]l Tribunal encuentra acreditado que el monitoreo de las comunicaciones telefónicas de las asociaciones sin que fueran observados los requisitos de ley, con fines declarados que no se sustentan en los hechos ni en la conducta posterior de las autoridades policiales y judiciales y su posterior divulgación, causaron temor, conflictos y afectaciones a la imagen y credibilidad de las entidades. De tal manera, alteraron el libre y normal ejercicio del derecho de asociación de los miembros ya mencionados de COANA y ADECON, implicando una interferencia contraria a la Convención Americana¹³.

Por último, en el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014), se establece una conexión fuerte entre la protesta social del pueblo mapuche y los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la libertad de pensamiento y de expresión, y a los derechos políticos. Se trata de hechos en un contexto de intensa conflictividad debido a afectaciones a derechos territoriales indígenas, lo que dio lugar a manifestaciones públicas, acciones directas de protesta y a una respuesta estatal que consistió en la apertura de procesos penales por delitos de terrorismo y amenaza de terrorismo contra los líderes mapuche.

Entre los derechos analizados por la Corte IDH, merece especial atención el derecho de presunción de inocencia, el principio de igualdad y no discriminación, la libertad de expresión y los derechos políticos pues guardan relación con la criminalización de la protesta social. Los jueces debían determinar: (i) si la ley antiterrorista era aplicada selectivamente a los miembros de la comunidad mapuche, (ii) si existió un efecto inhibitorio en el ejercicio de su libertad de expresión tras la persecución penal, y (iii) la legitimidad de la inhabilitación política a consecuencia de las condenas por terrorismo.

Pese a que por falta de pruebas no se determinó una aplicación discriminatoria de la ley antiterrorista, se reconoció el uso de «razonamientos que denotan estereotipos y prejuicios

12 *Kimel vs. Argentina* (2008, párr: 88)

13 *Escher y otros vs. Brasil* (2009, párr: 180)

en la fundamentación de las sentencias»¹⁴ condenatorias contra los líderes. Dichas sentencias prohibían su participación en cualquier medio de comunicación y su inhabilitación política para postular a cargos de elección popular; de ahí que la Corte IDH consideró que se vulneraron el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos.

Como puede verse, la protesta social como derecho es ejercida por los ciudadanos de los Estados para pedir el reconocimiento de sus derechos y criticar las distintas formas de abuso del poder existentes en la región. La Corte IDH ha protegido estas actividades vinculando a la protesta social con los derechos humanos expresamente reconocidos en los instrumentos internacionales. Así, la interpretación que hiciera sobre el derecho a la vida e integridad personal ha buscado reparar a las víctimas; la libertad de asociación ha servido para proteger las libertades sindicales; la libertad de expresión, para proteger al periodismo crítico de las autoridades; la presunción de inocencia, para revocar sentencias condenatorias en contra de indígenas; y la protección de la honra, para impedir abusos de poder en investigaciones policiales contra activistas.

3.3. Estándares para garantizar el derecho a la protesta social frente a terceros.

Debido a que las protestas sociales pueden ser limitadas o vulneradas tanto por el Estado como por particulares, la Corte IDH ha desarrollado estándares para prevenir, investigar y sancionar violaciones contra las defensoras y los defensores de derechos humanos cometidas por terceros, y también para garantizar un uso razonable de la fuerza estatal frente a disturbios.

El deber de protección de los derechos humanos, reconocido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se ha extendido a las actuaciones de particulares, ya que «puede generarse responsabilidad internacional del Estado por atribución a éste de actos violatorios de derechos humanos cometidos por terceros o particulares, en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos»¹⁵. En tal sentido, los Estados están obligados a (i) prevenir vulneraciones a los derechos de las defensoras y los defensores de derechos humanos, y de cualquier otra persona que manifieste su derecho a la protesta, (ii) investigar los hechos sucedidos en torno a las vulneraciones de derechos humanos, y (iii) sancionar a los responsables por los hechos cometidos.

En situaciones de vulneración realizadas por particulares, la Corte IDH ha desarrollado la teoría del riesgo real e inmediato, a través de la cual se evalúa el cumplimiento de una debida diligencia estatal para prevenir violaciones de derechos. Además, desde el caso *Campo Algodonero vs. México* (2009), se ha establecido que si el grupo de individuos determinado o determinable puede calificar como en situación de discriminación estructural, se debe ser más estricto para evaluar esta debida diligencia (Vásquez, 2011, pp. 537-538). Este estándar es aplicable al caso de las defensoras y los defensores de derechos humanos toda vez que la situación de vulnerabilidad en la que viven ha quedado probada en diversos informes de la Comisión (véanse CIDH, 2006; CIDH, 2011; CIDH, 2015a).

Dado que las transgresiones más graves que padecen las defensoras y los defensores se producen contra su derecho a la vida e integridad personal, el Estado tiene el deber de garantizar la realización de una investigación de oficio, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, para sancionar a los responsables:

14 Norín Catrimán y otros vs. Chile (2014, párr: 228)

15 Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia (2006, párr: 113).

Al respecto, la Corte ha advertido que esta obligación se mantiene «cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado»¹⁶.

Este criterio ha sido confirmado en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* (2009), en el que se señaló que «los fiscales [deben actuar] con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado»¹⁷.

Por último, las garantías también incluyen la necesidad de identificar y sancionar a los responsables de actos cometidos contra los derechos humanos de defensoras y defensores, como se ha señalado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003).

Los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encauzar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones¹⁸.

3.4. Estándares para el uso de la fuerza estatal en contextos de disturbios.

La CIDH conoce el contexto actual de restricciones a la protesta social en la región de América Latina y ha señalado que las manifestaciones populares son afectadas por el despliegue excesivo y desproporcionado de la fuerza estatal, normalmente por parte de policías y militares. Ha advertido sobre las restricciones al uso de los espacios públicos por medio de regulaciones legales y el empleo de medios desproporcionados con inusitada frecuencia:

En el caso de las armas menos letales utilizadas en el contexto de protestas sociales, la Comisión advierte su frecuente efecto indiscriminado. Este es el caso de los gases lacrimógenos y de los dispositivos de disparos a repetición que, en ocasiones, son utilizados para disparar proyectiles de goma, recubiertos de goma, de plástico o caucho. El uso de este tipo de armas debe ser desaconsejado, debido a la imposibilidad de controlar la dirección de su impacto. La Comisión considera importante impulsar estudios para profundizar el conocimiento médico disponible respecto de los impactos en la salud y en la integridad de cada una de las armas existentes. Además, deben desarrollarse estudios que especifiquen cuáles son las formas seguras de uso de cada tipo de arma. (CIDH, 2015b, p. 557)

Desde diversos países de América Latina se viene advirtiendo acerca de la forma en que los Estados controlan las protestas sociales, haciendo uso desproporcionado de la fuerza

16 *Blanca Kawas Fernández vs. Honduras* (2009, párr: 78).

17 *Tristán Donoso vs. Panamá* (2009, párr: 165).

18 *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003, párr: 211).

y con métodos poco democráticos como, por ejemplo, la represión violenta, convenios que ponen a la Policía Nacional al servicio de empresas privadas, así como la participación de las Fuerzas Armadas en conflictos sociales y la aplicación excesiva de sanciones penales (Gamarra, 2010, p. 202).

Sin referirse directamente a protestas sociales, la Corte IDH ha apuntado en la misma dirección al desarrollar una serie de estándares para el uso de la fuerza estatal, incluyendo casos de disturbios. La evolución de esta jurisprudencia ha ido desde los estándares sobre el uso de la fuerza en el marco de detenciones y de las condiciones de las personas privadas de su libertad, ha pasado por hacer aproximaciones a los límites del uso de la fuerza enfatizando su carácter excepcional, y, en los últimos años, ha establecido como principios fundamentales: la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad en el uso de la fuerza.

Entre las sentencias en la materia, encontramos tres casos relacionados con situaciones carcelarias [Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006), Montero Aranguren y otros vs. Venezuela (2006)], tres casos relacionados con abusos policiales en detenciones [Familia Barrios vs. Venezuela (2011), Uzcátegui y otros vs. Venezuela (2012) y Juan Humberto Sánchez vs. Honduras (2003)], un caso sobre abuso policial [caso del Caracazo vs. Venezuela (1999)] y un caso sobre operativo militar bajo suspensión de garantías [Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (2007)] (Calderón, 2013, pp. 1-2).

En el caso Neira Alegría y otros vs. Perú (1995), la Corte IDH reconoció que «el Perú tenía el derecho y el deber de ejecutar la debelación del motín del Penal San Juan Bautista (El Frontón), más aun cuando no se produjo en forma súbita sino que parece haber sido preparado con anticipación»¹⁹ pero concluyó que el uso de la fuerza en el caso fue desproporcionado pues «la fuerza militar utilizada [no correspondía con el] peligro realmente existente y las formas de ataque implementadas tampoco revelaron precaución alguna por reducir los costos humanos de la debelación»²⁰.

En el caso Montero Aranguren y otros vs. Venezuela (2006), agentes de la Guardia Nacional y de la Policía Metropolitana intervinieron el centro penitenciario Retén de Catia para terminar con un motín. En el operativo se produjeron heridos de gravedad, desaparecidos y muertes, por lo que la Corte IDH señaló que «los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción»²¹. Estableció también un derecho del individuo a no ser víctima del uso desproporcionado de la fuerza, resaltando su carácter excepcional, para lo cual apeló a los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer Cumplir la Ley (adoptado por el Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente el 27 de agosto de 1990):

Según los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por parte de Oficiales Encargados de Hacer cumplir la Ley, las armas de fuego podrán usarse excepcionalmente en caso de «defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su

19 Neira Alegría y otros vs. Perú (1995, párr. 61).

20 Neira Alegría y otros vs. Perú (1995, párr. 62).

21 Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003, párr. 66).

fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida».

Además de ello, solicitó al Estado venezolano la creación de un marco normativo que regule el uso de la fuerza, capacitación y entrenamiento a los agentes estatales en control adecuado y verificación de la legalidad de sus acciones.

En el caso del *Caracazo vs. Venezuela* (2002), se concluyó que el Estado realizó un uso desproporcional de la fuerza estatal en el control de disturbios, lo que afectó los derechos a la vida e integridad personal de decenas de víctimas. El caso se refiere al segundo periodo de gobierno de Carlos Andrés Pérez (1989-1993), en el que se vivía una crisis por la escasez y acaparamiento de productos de primera necesidad, como consecuencia de reformas económicas. Diversas protestas que iniciaron en Guaremas (a 15 kilómetros de Caracas) se convirtieron en quema de unidades de transporte y continuaron con saqueos de supermercados y pequeños abastos donde se podía encontrar leche, azúcar, harina, entre otros.

El Gobierno implementó el plan «Ávila», que ordenó a la Guardia Nacional y al Ejército contener la revuelta haciendo uso de armas de fuego y una brutal represión. El presidente decretó el estado de emergencia suspendiendo durante casi 10 días las garantías constitucionales y envió a las calles a soldados equipados con fusiles y tanquetas, quienes dispararon contra la población e incluso contra algunas casas de las zonas más pobres de la ciudad, produciendo una enorme cantidad de violaciones a los derechos humanos: no menos de 276 muertos y una cifra hasta ahora indeterminada de desaparecidos (Saldaña y Aranda, 2017). La Corte IDH declaró al Estado venezolano responsable de violaciones de derechos humanos y ordenó investigar los hechos del caso, identificar a los autores materiales e intelectuales, y sancionarlos administrativa y penalmente. Además, ordenó reparaciones a favor de las víctimas y medidas concretas:

El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. [...] Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal²².

En el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (2007), en el marco de un ambiente de inseguridad, se dictó el Decreto No. 86, el cual establecía la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. El 6 de marzo de 1993, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional llevaron a cabo un operativo en «Barrio Batallón» (Guayaquil), con el propósito de capturar de delincuentes, narcotraficantes y terroristas. Durante el operativo, agentes del Estado encapuchados con pasamontañas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e

22 Caso del *Caracazo vs. Venezuela* (1999, párr: 127).

ingresar a los domicilios, teniendo como resultado la muerte de tres personas. La Corte IDH se pronunció sobre los criterios que determinan un uso legítimo de la fuerza con base en el principio de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad. Asimismo, señaló que hubo una «falta de explicación satisfactoria y convincente por parte del Estado acerca de la justificación del uso letal de la fuerza con armas de fuego; y el incumplimiento de la obligación de garantizar efectivamente el derecho a la vida por la vía de una investigación de lo ocurrido, [por lo que] la Corte considera que las presuntas víctimas fueron ejecutadas extrajudicialmente por agentes estatales»²³.

Por último, en el caso *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012), la Corte IDH sistematiza los estándares desarrollados hasta el momento y define de manera precisa los principios de legalidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en el uso de la fuerza estatal. El caso se refiere a la actuación de las fuerzas militares en contra de un grupo de haitianos en el que murieron siete personas. Si bien se abrió una investigación, esta se dio en la jurisdicción militar y tuvo como resultado la absolución de los militares involucrados (Calderón, 2013, p. 2). La Corte IDH estableció lo siguiente respecto de los estándares:

A fin de observar las medidas de actuación en caso que resulte imperioso el uso de la fuerza, ésta debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad:

i. Legalidad: el uso de la fuerza debe estar dirigido a lograr un objetivo legítimo; en este caso detener el vehículo que desató un alto en un puesto de control. Frente a ello, la legislación y entrenamiento debían prever la forma de actuación en dicha situación, lo cual no existía en el presente caso [...].

ii. Absoluta necesidad: es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger; de conformidad con las circunstancias del caso. El Tribunal Europeo ha señalado que no se puede concluir que se acredite el requisito de «absoluta necesidad» para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, «inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura». [...]

iii. Proporcionalidad: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda²⁴.

Hasta este punto, se ha presentado una jurisprudencia interamericana que ha desarrollado estándares que permiten combatir la criminalización de la protesta social. El primer aporte relevante es la determinación de la categoría de defensores y defensoras de derechos humanos como grupo vulnerable, lo que obliga a los Estados a establecer garantías específicas para que su labor pueda ser realizada adecuadamente. Un segundo aporte es la responsabilidad internacional de los Estados por actos cometidos por terceros cuando se cumplan ciertas condiciones;

23 Caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (2007, párr. 110).

24 *Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana* (2012, párr. 85).

esto resulta fundamental en casos de criminalización de defensoras y defensores ambientales pues, con frecuencia, son empresas privadas las que los persiguen, agreden y asesinan. Por último, la Corte IDH impone restricciones al uso de la fuerza en contexto de disturbios sociales, propiciando que la fuerza estatal sea usada solo en casos de extrema gravedad, bajo un marco legal predeterminado y solo en la medida en que sea necesaria.

4. Tres enfoques de democracia para analizar la protesta social en la jurisprudencia

Siguiendo a Benente (2015), podemos hablar de tres enfoques para comprender a la protesta social: primero, un enfoque conservador o democrático débil, en el que la protesta social es entendida como una disfuncionalidad del sistema democrático y se pone el énfasis en los perjuicios que ocasiona a la sociedad; segundo, un enfoque democrático deliberativo, en el que se presenta como el último medio posible de expresión de grupos vulnerables ante la ineficacia de las vías institucionales para atender a sus demandas; y, por último, un enfoque democrático radical, en el que la protesta no es solo una voz intentado ser audible al debate democrático, sino una demostración de fuerza, la generación de un espacio de violencia no tolerada jurídicamente, cuyo objetivo es presionar a las autoridades y hacer prevalecer sus demandas.

El enfoque conservador o democrático débil de la protesta social no le reconoce su carácter de derecho ni encuentra una vinculación importante con el funcionamiento de la democracia. Suele plantear una visión disminuida del ejercicio de la protesta al exigirle que se haga respetando el orden público de manera estricta, sin causar el menor perjuicio a nadie. Cuando sale de estos parámetros «ideales», apela a argumentos formalistas para catalogar a la protesta como excesiva, violenta o incluso delictiva cuando se trata de manifestaciones que ocupan el espacio público o impiden el libre tránsito. La respuesta que demanda del Estado normalmente es el uso de la fuerza y la criminalización.

Como hemos visto, la Corte IDH ha rechazado este enfoque débil de la protesta social y en reiteradas ocasiones se ha pronunciado garantizando el derecho a la vida e integridad de defensoras y defensores de derechos humanos, su libertad de expresión, su libertad de asociación, etc. Especialmente en los estándares para el uso de la fuerza estatal, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina para evaluar su razonabilidad mostrando que, incluso en contextos de disturbios sociales, las fuerzas policiales y militares deben actuar haciendo un uso excepcional de la fuerza y solo en la medida necesaria. A la luz de su jurisprudencia, es posible decir que el sistema interamericano de derechos humanos se adscribe parcialmente al enfoque democrático deliberativo de la protesta social.

Roberto Gargarella defiende una idea de protesta social robusta, ligada íntimamente a los valores democráticos. Para el profesor argentino, las protestas sociales son necesarias para un adecuado proceso de discusión colectiva pues, a través de ellas, pueden manifestarse demandas ausentes hasta ese momento. Cuando se trata de protestas realizadas por grupos desaventajados, estructuralmente discriminados, el valor democrático de la protesta es todavía mayor y acorde con los principios constitucionales. En sus palabras:

Esta visión alternativa de la democracia vendría a sugerirnos [...] que cuidemos hasta el último momento posible a esa persona que critica al poder público, porque, justamente [...] nos preocupa que el poder político no abuse de los extraordinarios poderes que le hemos dado. Nos debe interesar proteger hasta al último crítico, aunque sea uno sólo, y ello así, muy

especialmente, si esta persona critica al poder público, si no tiene recursos, si tiene dificultades para expresarse (Gargarella, 2006, p. 144)

La Corte IDH se ha acercado a esta postura cuando ha establecido la importancia de la libertad de expresión para el desenvolvimiento de un debate democrático, haciendo énfasis en las posturas críticas del poder público. Y ha reconocido también la existencia de grupos especialmente vulnerables que requieren mayores garantías, como en los casos de los dirigentes sindicales asesinados por su labor crítica y en general en los casos de activistas de derechos humanos que han sido perseguidos por el aparato estatal.

Sin embargo, las limitaciones procesales (competencia, plazos, etc.) y la insuficiente actividad probatoria de la Comisión y de las víctimas han impedido un mayor desarrollo, como en los casos de *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (2010) y *Norín Catrimán y otros vs. Chile* (2014) en los que omitió pronunciarse acerca del contexto de criminalización de la protesta que hizo posible graves violaciones de derechos humanos. En ambos casos, como reconoce la Corte IDH en las sentencias, existían numerosos indicios en el sentido de una persecución contra defensoras y defensores ambientales y pueblos indígenas en lucha por su territorio.

Finalmente, bajo el enfoque democrático radical de la protesta social, la jurisprudencia de la Corte IDH viene siendo insuficiente para garantizar el derecho. Este enfoque parte de una visión que conceptualiza el poder más allá de la soberanía del Estado, en línea con la tesis de la biopolítica de Foucault, y la democracia más allá del consenso, en la lucha política por hacer prevalecer determinadas demandas sobre otras.

Para Foucault, el poder toma las formas más diversas entre la violencia y el consenso, y la mayoría de las veces en innumerables combinaciones entre ambas. En las múltiples relaciones de poder dentro de una sociedad se despliegan estrategias basadas en una racionalidad destinada a obtener ventaja sobre el otro en la consecución de determinados intereses (Foucault, 1988) y dado que donde hay poder hay resistencia, las protestas sociales pueden ser conceptualizadas como expresiones de resistencia a la dominación, y no solo como parte de la política del consenso democrático.

De esta manera, lo que está en juego en las protestas actuales en la región no se circunscribe al poder representado en el Estado como una totalidad, ya que «después de todo, el Estado solo es quizá una realidad artificial, una abstracción mitificada cuya importancia es mucho más reducida de lo que se cree» (Foucault, 1994, p. 196). Si se quiere garantizar la protesta social como un derecho, debe pensarse en las diversas formas de poder que intentan dominarlo, incluidas por supuesto las formas de poder gubernamental, entendido como el conjunto de técnicas, disposiciones y estrategias que se despliegan para controlar a la población.

En tanto la Corte IDH se limite a garantizar la protesta social solo frente al Estado y solo bajo ciertas condiciones procesales y marcos conceptuales, debemos ser cautelosos respecto del carácter emancipador de su jurisprudencia. El lenguaje de la legalidad constitucional y de derechos humanos podría paradójicamente servir, como ha ocurrido en otros tiempos, a encubrir la violencia ejercida por el poder de clase, de raza o de género. Podría contribuir a ilusionarnos, falsamente, con una democratización del funcionamiento del poder (Benente, Ferrando Koziki, Panissa, Petrone, Ramallo, Unger, y Wechselblatt, 2013, p. 270).

Mauro Benente realiza una fuerte crítica a la democracia deliberativa afirmando que la protesta no solo intenta ingresar al debate público de argumentos (si es que existe en todos

los casos) sino que realiza una demostración de fuerza para que las demandas sean atendidas en desmedro del poder dominante. Además, al autor le parece un problema «la reducción de una protesta a una simple “voz”, que incluso se enuncia en singular; como si los piquetes no tuvieran por detrás organizaciones políticas y sociales» (Benente, 2015, p. 34). En sus términos:

Pareciera que la perspectiva deliberativa propone a la democracia como un procedimiento de toma de decisiones en el cual no hay intereses en juego, no hay disputas, no hay relación de fuerzas, sino simplemente diálogo e intercambio de razones. Asimismo, las innumerables y hasta infinitas decisiones parciales y defensoras de determinados intereses que sistemáticamente se adoptan en la arena política latinoamericana no se explican porque unos intereses triunfan sobre otros, ni porque determinados sectores poseen mayor capital económico y simbólico que otros, sino que se explican, ingenuamente, por un mero desconocimiento de determinadas razones, de ciertos puntos de vista. El registro de la política parece no ser el de las fuerzas, el de los intereses en juego y las disputas de poder; sino que se juega en la dimensión celestial de los buenos y malos argumentos. (Benente, 2015, pp. 31-32)

A mi modo de ver, la democracia radical devela un tratamiento limitado del derecho a la protesta social en la jurisprudencia de la Corte IDH. Estas constricciones vienen dadas por la insistencia en tratar a la protesta social disociada absolutamente de su carácter violento y eventualmente ilegal.

5. Las protestas sociales y las luchas de nuestro siglo: entre la violencia y la ilegalidad

Quizás la Corte IDH no debería ser evaluada sino por la aplicación estricta e interpretación de los instrumentos jurídicos vigentes en el derecho internacional de los derechos humanos; en cuyo caso, este apartado del artículo pierde su razón de ser. Sin embargo, dado que las luchas por la emancipación social en la actualidad recurren con frecuencia a la gramática de los derechos humanos, considero importante plantear los límites de su jurisprudencia en relación con el derecho a la protesta social.

La violencia se presenta como el límite para proteger el derecho a la reunión en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15º: «Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas»). De hecho, si bien la Corte IDH ha condenado a los Estados por violar derechos humanos, no ha dejado de reconocer su monopolio en el uso de la fuerza, es decir, del uso de la violencia legítima. Cuando ha tratado casos de violaciones contra presos por terrorismo o delincuentes de alta peligrosidad, no ha intentado justificar ni cercanamente el uso de métodos violentos para conseguir la satisfacción de demandas, sino que se ha limitado a señalar el exceso cometido por el Estado.

Sin embargo, la violencia se ejerce en las relaciones de poder existentes entre los Estados y los pueblos. No es suficiente con señalar cuando la violencia estatal deviene en ilegítima para garantizar el derecho a la protesta social, hay que reconocer que en las protestas conviven fuerzas violentas y de consenso porque así funcionan las relaciones de poder. Es necesario desmitificar la violencia y establecer un criterio para distinguir cuándo es legítima y cuándo deviene en ilegítima, tomando en cuenta que el ejercicio del derecho a la protesta puede ser violento.

Para Walter Benjamin, el establecimiento de un criterio tal pasa necesariamente por evaluar los medios empleados y su impacto en términos morales. Para el Estado, toda violencia

no ejercida por sí mismo es peligrosa y lo pone en cuestión. Así se explica que el Estado use altos niveles de violencia cuando se trata de opositores, aun más altos que contra delincuentes. El derecho actual teme a la violencia individual, la considera *a priori* ilegítima. El autor compara la huelga política con la huelga proletaria, señalando que la primera es una forma de violencia menor dentro del sistema y la segunda una violencia que cuestiona todo orden y busca imponer un nuevo orden. Más que la injusticia, el Estado teme desaparecer él mismo (Benjamin, 1998).

Por eso, todo el nuevo aparato de ejercicio del monopolio de la violencia que se construyó con los Estados modernos del siglo XVIII (leyes, parlamentos, policías, jueces, etc.) no fueron formas más emancipadoras de lidiar con el conflicto sino el resultado de toda una transformación política. Ese nuevo orden político estatiza/formaliza la idea «justicia», se apropia de la violencia y se arroga con exclusividad el poder de castigar (Ganon, 2017, p. 46).

Cuando la Corte IDH desarrolla estándares para un uso razonable de la fuerza estatal, establece un criterio para evaluar la legitimidad de los medios empleados, lo cual resulta en una crítica de la violencia que sirve para garantizar el derecho a la protesta social. Sin embargo, si nos guiamos por la jurisprudencia conocida hasta el momento, la protección de las protestas no alcanzaría al empleo de medios violentos por parte de los movimientos sociales, aunque estos sean legítimos bajo un determinado criterio moral. De esta manera, el sistema de protección de los derechos humanos encuentra un obstáculo difícil o imposible de superar para una adecuada garantía. Por ejemplo, el grupo vulnerable protegido es denominado por la Corte IDH como «defensoras y defensores de derechos humanos», pero cabría preguntarse si es que la cobertura del derecho a la protesta social alcanzaría a quienes no ingresan en esa categoría, ya sea por los medios que emplean o por los fines que persiguen.

Y es aquí donde ingresa el criterio de la legalidad para evaluar la legitimidad de las violencias en el contexto actual de criminalización de las protestas sociales. Las democracias de nuestra región vienen aprobando leyes que criminalizan la protesta y desplegando acciones policiales de inteligencia en contra de activistas de derechos humanos, especialmente contra los pueblos indígenas. Con demasiada facilidad se está legalizando la arbitrariedad y la impunidad a favor de los agentes estatales que cometen estos actos. Para Boaventura de Sousa Santos, esta situación solo puede cambiar con medidas desde los movimientos sociales que pasan por la combinación de estrategias legales e ilegales:

No me parece que pueda ser de otra forma que a través de una presión desde abajo. Esto viene de los movimientos, y tiene otra característica: debe ser legal e ilegal. No puede ser una lucha institucional solamente, tiene que ser una lucha institucional y una lucha directa. Además, en algunos contextos tiene que ser cada vez más directa, porque con la criminalización de la protesta se está reduciendo la posibilidad de una lucha institucional y si esta se reduce tenemos que abrir espacios para la posibilidad de una lucha directa, ilegal y pacífica. Lo que estoy tratando de sugerir es que tenemos que crear una dialéctica entre legalidad e ilegalidad, que de hecho es la práctica de las clases dominantes desde siempre: usan la legalidad y la ilegalidad cuando les conviene. (De Sousa Santos, 2006, p. 84)

Es evidente que la Corte IDH tiene limitaciones para garantizar la protesta social cuando incluye acciones ilegales, aunque es posible que en el marco de la doctrina del control

de convencionalidad sea capaz de desarrollar jurisprudencia en esta dirección. Como señala Enrique Dussel, reconstruyendo una dialéctica de la comunidad política, todo reconocimiento legal de un nuevo derecho pasa por diversas etapas comenzando por su ilegalidad, gana progresivamente una cierta legitimidad en desmedro de la legalidad vigente y transforma el derecho al punto de estabilizar la nueva situación (Dussel, 2010, p. 232).

En realidad, si se asumiera una mirada histórica de los derechos, se tendría que reconocer que estos son conquistas sociales realizadas en campo político antes que en un campo jurídico teóricamente autónomo. No obstante, la imaginación jurídica de la Corte IDH no ha llegado tan lejos hasta el momento.

6. Conclusiones

Es necesario afirmar un derecho a la protesta social frente a la realidad que atraviesa América Latina en la actualidad. Para eso, hay que identificar su contenido autónomo de otros derechos humanos reconocidos en los instrumentos jurídicos. En particular, los pueblos indígenas en defensa de sus territorios vienen sufriendo persecución y criminalización por sus actividades en defensa de los derechos humanos. La situación actual es preocupante ya que se trata de cientos de muertos y miles de heridos cada año.

A pesar de que la Corte IDH nunca ha condenado a ningún Estado específicamente por la violación del derecho a la protesta, se ha pronunciado en varias oportunidades sobre violaciones en el marco de protestas sociales en contra de defensoras y defensores. Algunos de estos derechos ligados a la protesta son la vida, la integridad personal, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la presunción de inocencia, el derecho de reunión, entre otros.

Asimismo, la Corte IDH ha desarrollado una doctrina que permite responsabilizar a los Estados por la violación de derechos cometidos por terceros, cuando no hayan realizado acciones diligentes de investigación. Y ha establecido determinados estándares para el uso razonable de la fuerza estatal que incluyen el respeto por el principio de legalidad, la excepcionalidad de las acciones, la necesidad y la proporcionalidad.

Esta jurisprudencia se inserta en la perspectiva de la democracia deliberativa, bajo la que resulta importante proteger las expresiones de protesta social en tanto se trata de intervenciones fundamentales en el debate público que con frecuencia realizan grupos especialmente vulnerables dentro de las sociedades. Sin embargo, bajo un enfoque más intenso denominado democracia radical, los pronunciamientos de la Corte IDH encuentran algunas insuficiencias.

En la actualidad, los movimientos sociales vienen ejecutando estrategias pragmáticas que vinculan legalidades con ilegalidades. Así como utilizan los sistemas de justicia y la gramática de los derechos humanos para fortalecer sus discursos y acciones, también despliegan acciones fuera de la legalidad, en tanto las leyes tienden a criminalizarlos. Es necesario comprender que las formas de emancipación social de nuestro siglo pueden ir más allá o incluso en contra de la institucionalidad vigente de los derechos humanos, así como resulta urgente que la Corte IDH construya garantías cada vez mayores acordes a la evolución del derecho a la protesta social.

REFERENCIAS

- AG/RES. 1671 (XXIX-O/99). «Defensores de los derechos humanos en las Américas». Apoyo a las tareas que desarrollan las personas, grupos y organizaciones de la sociedad civil para la promoción y protección de los derechos humanos en las Américas. Organización de Estados Americanos (7 de junio de 1999).
- A/RES/53/144. Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, adoptada por las Naciones Unidas (diciembre de 1998).
- Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 72 (2 de febrero de 2001).
- Bandeira Galindo, G. (2013). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En G. R. Bandeira Galindo, R. Urueña, A. Torres Pérez (Coords.), *Protección multinivel de derechos humanos* [Manual] (pp. 255-273). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Benente, M., Ferrando Koziki, F., Panissa, A., Petrone, C., Ramallo, M. de los Á., Unger, J. L., y Wechselblatt, L. Y. (2013). *Poder, Estado y derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Algunas sospechas desde una mirada foucaultiana*. Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Benente, M. (2015). Criminalización y regulación de la protesta social. *Lecciones y Ensayos*, (95), 19-44. Buenos Aires.
- Benjamin, W. (1998). *Por una crítica de la violencia y otros ensayos*. Barcelona: Taurus.
- Borrás, S. (2013). El derecho a defender el medio ambiente: La protección de los defensores y defensoras ambientales. *Revista Derecho PUCP*, (70), 291-324. Lima.
- Blanca Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de abril de 2009).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 220, párrafo 87 (26 de noviembre de 2010).
- Calderón, J. (2013). *Apuntes sobre el uso de la fuerza en la jurisprudencia de la Corte IDH: Una mirada al caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana*. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33199.pdf>

- Campo Algodonero vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de noviembre de 2009).
- Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 167 (10 de julio de 2007).
- Caso del Caracazo vs. Venezuela. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (11 de noviembre de 1999).
- Caso del Caracazo vs. Venezuela. Reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de agosto de 2002).
- CELS: Centro de Estudios Legales y Sociales. (2016). *Los Estados latinoamericanos frente a la protesta social*. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Informe sobre la situación de defensores y defensoras de derechos humanos en las Américas*. Recuperado de <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Segundo informe sobre la situación de defensores y defensoras de Derechos Humanos en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015a). *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/criminalizacion2016.pdf>
- CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015b). *Informe anual. Capítulo IV.A. Uso de la fuerza*. <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/informeanual2015-cap4a-fuerza-es.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA: Organización de los Estados Americanos (22 de noviembre de 1969).
- De Sousa Santos, B. (2006). Para una democracia de alta intensidad. En *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*. Buenos Aires: CLACSO.
- Dussel, E. (2010). Derechos vigentes, nuevos derechos y derechos humanos. *Revista Crítica Jurídica, ene/jun(29)*, 229-235. Ciudad de México.
- Escher y otros vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (6 de julio de 2009).
- Familia Barrios vs. Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de noviembre de 2011).
- Flores, D. (2011). «Democracia» en las asambleas de composición diversa en el Perú. *El caso del Movimiento Cumbre de los Pueblos (MCP)* [Tesis]. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Foucault, M. (1988, julio-septiembre). El sujeto y el poder. *Revista Mexicana de Sociología*, 50(3), 3-20.
- Foucault, M. (1994). La gubernamentalidad. En *Estética, ética y hermenéutica* (pp. 175-197). Barcelona: Paidós.
- Gamarra, R. (2010). Libertad de expresión y criminalización de la protesta social. En E. Bertoni (Comp.), ¿Es legítima la criminalización de la protesta social?: *Derecho penal y libertad de expresión en América Latina* (pp. 183-208). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Ganon, G. (2017). El derecho a la protesta social y la crítica de la violencia. *Redea. Derechos en Acción*, año 2(3). Buenos Aires.
- Gargarella, R. (2006). El derecho a la protesta social. *Derecho y Humanidades*, (12), pp. 141-151. Santiago de Chile.
- Genaro Villegas Namuche. EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, Tribunal Constitucional (Perú) (18 de marzo de 2004).
- Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (22 de junio de 2015).
- Harvey, D. (2005). *El «nuevo» imperialismo: acumulación por desposesión*. Buenos Aires: CLACSO.
- Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción preliminar; fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (7 de junio de 2003).
- Kimel vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (2 de mayo de 2008).
- Lysias Fleury y otros vs. Haití. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 236 (23 de noviembre de 2011).
- Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 140 (31 de enero de 2006).
- Melucci, A. (1999). *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*. México D. F.: El Colegio de México, Centro de Estudios Pedagógicos.
- Modonesi, M., e Iglesias, M. (2016, enero-junio). Perspectivas teóricas para el estudio de los movimientos sociopolíticos en América Latina: ¿Cambio de época o década perdida? *De Raíz Diversa*, 3(5), 95-124.
- Moraes Valensa, M. (2013). La justicia social y la utopía dialéctica. Discutiendo con Harvey sobre espacio público. *Boletín de Estudios Geográficos*, (101), 133-144.
- Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela. Excepción preliminar; fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (5 de julio de 2006).

- Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 101 (25 de noviembre de 2003).
- Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (24 de octubre de 2012).
- Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (11 de enero de 1995).
- Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 20 (19 de enero de 1995).
- Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil. Excepciones preliminares y fondo. Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2006).
- Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 279 (29 de mayo de 2014).
- Oxfam. (2016). *El riesgo de defender. La agudización de las agresiones hacia activistas de derechos humanos en América Latina* [Reporte]. Lima. Recuperado de <https://www.oxfam.org/es/informes/el-riesgo-de-defender>
- Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (25 de noviembre de 2006).
- Pedro Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de marzo de 2005).
- Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 195 (28 de enero de 2009).
- Sagües, N. (2010). El «control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. En A. Von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, y M. Morales Antoniazzi (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (Tomo II, pp. 449-468). Ciudad de México: UNAM.
- Saldaña, J., y Aranda, R. (2017). Las protestas en Venezuela en la jurisprudencia de la Corte IDH [Artículo online]. *Parthenon*. Recuperado de <http://www.parthenon.pe/publico/internacional-publico/las-protestas-en-venezuela-en-la-jurisprudencia-de-la-corte-idh/>
- Saldaña, J., y Portocarrero, J. (2017). La violencia de las leyes: el uso de la fuerza y la criminalización de protestas socioambientales en el Perú. *Derecho PUCP*, (79), 311-352.
- Svampa, M. (2012). Movimientos sociales, Gobiernos, y nuevos escenarios de conflicto en América Latina. En C. Moreyra, y D. Avaro (Coords.), *América Latina hoy: sociedad y política* (pp. 15-67). Buenos Aires: TSEO. Recuperado de <http://maristellsvampa.net/archivos/ensayo58.pdf>

Tristán Donoso vs. Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de enero de 2009).

Uzcátegui y otros vs. Venezuela. Fondo y reparaciones. Corte Interamericana de Derechos Humanos (3 de setiembre de 2012).

Valle Jaramillo vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos (27 de noviembre de 2008).

Vásquez, S. (2011). El caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XI, 515-561. México.

Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Serie C No. 166, Párrafo 51 (4 de julio de 2007).

COMENTARIOS

NECESIDAD DE SEGUIR REFLEXIONANDO SOBRE EL DERECHO A LA PROTESTA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Juan Carlos Ruiz Molleda
Instituto de Defensa Legal

Se trata de un artículo en el que, en continuidad con otros del mismo José Saldaña, el autor reflexiona sobre la protesta social. Se trata de una grave problemática social que plantea desafíos no solo a la reflexión jurídica sino al mundo académico. A continuación, presentaré mis comentarios al artículo de José Saldaña sobre la protesta social.

1. Necesidad de analizar «también» el andamiaje institucional que promueve la criminalización de la protesta

Creo que la reflexión del derecho a la protesta debe tomar en cuenta como marco de análisis que hay un andamiaje institucional que promueve la criminalización de la protesta social. Este andamiaje está compuesto por (a) normas penales que sancionan y criminalizan la protesta social de líderes, como por ejemplo el artículo 200 del Código Penal actual, que establece que tomar carreteras y lugares públicos constituye delito de extorsión; (b) los convenios de seguridad privada entre empresas mineras y la policía, que no solo convierten a la policía en seguridad privada de las empresas, sino, lo que es peor, que privatizan el orden interno y la seguridad ciudadana; y, (c) finalmente, los estados de emergencia preventivos, que suspenden derechos constitucionales a pesar de que no se ha acreditado la grave afectación al orden interno, como lo exige el artículo 137 de la Constitución. Si bien en otras publicaciones José Saldaña ha hecho mención a estos, es necesario insistir en la necesidad de develar esta estructura institucional que restringe, promueve e instiga la criminalización del derecho a la protesta.

2. Necesidad de reflexionar desde el derecho constitucional y no solo desde la sociología del derecho y desde el DIDH

Hay un enfoque de política pública y de sociología en el escrito a pesar de que hay un análisis de las sentencias de la Corte IDH. Sin embargo, considero que se trata de un enfoque de sociología del derecho el que hace José Saldaña, el cual ciertamente resulta muy válido y necesario. No obstante, considero que debe haber también aproximaciones más desde el derecho constitucional. En efecto, me parece fundamental estudiar la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que es una fuente de derecho constitucional sin lugar a dudas. También me parece muy importante revisar el análisis de la protesta que se hace desde la ciencia política. No obstante, considero importante reflexionar el derecho a la protesta desde el derecho constitucional, y más en concreto desde la dogmática constitucional. Es claro que el derecho a la reunión, tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional (TC), no da cuenta del derecho a la protesta tal como se ejerce en el Perú, donde usualmente se recurre a medidas de fuerza, mientras el TC, en consonancia con la Constitución, exige que la protesta se realice a través

de medios pacíficos. Este entendimiento de la protesta tiene muchos límites, pues la protesta se da en contextos de asimetría de poder y lucha política, donde las organizaciones sociales se ven obligadas a recurrir a medidas de fuerza para llamar la atención, pues los mecanismos institucionales les cierran las puertas. Si solo utilizáramos la concepción de libertad de reunión desarrollado por el TC, muchos líderes responsables de actos de protesta quedarían en la indefensión. Es necesario construir una argumentación constitucional que tenga cobertura normativa y jurisprudencial que brinde protección efectiva al derecho a la protesta, más allá de la libertad de reunión.

3. Es necesario precisar de manera concreta el contenido constitucional del derecho a la protesta

Si uno revisa los artículos de José Saldaña advierte que está en ese esfuerzo. Es necesario precisar cuáles serían las posiciones iusfundamentales, cuál sería el bien jurídico tutelable, cuál es la finalidad de este derecho, cuál sería la relación con otros derechos, cuáles serían las razones constitucionales que sustentan la existencia de una configuración autónoma, es decir, la utilidad práctica de una configuración autónoma como derecho emergente, o quizá más que hablar de un derecho innominado, hablar de una manifestación innominada de un derecho expresamente reconocido.

4. Necesidad de diferenciar medidas de fuerza y actos delictivos. Mayor cuidado con los términos. Las medidas de fuerza no son protestas ilegales

José Saldaña hace referencia a protestas ilegales, sin embargo, creo que más que protestas ilegales se debe hablar de medidas de fuerza. Es imperioso establecer una diferencia entre actos vandálicos, de saqueo, realmente ilegales, de medidas de fuerza, las que tienen como finalidad no crear zozobra o desestabilizar el Estado, sino defender derechos ante la desprotección por parte del Estado y la desidia de los mecanismos institucionales estatales. En mi opinión, este esfuerzo por diferenciar ambas cosas resulta muy importante para legitimar las protestas sociales que se vienen realizando en nuestro país.

5. Necesidad de recurrir a la ponderación como herramienta para legitimar las medidas de fuerza

La ponderación y, más en concreto, el test de proporcionalidad, constituye una herramienta fundamental para diferenciar cuando estamos ante medidas de fuerza legítimas, que restringen derechos de terceros como libertad de tránsito en el caso de tomas de carreteras, con la finalidad de proteger derechos y bienes jurídicos constitucionales de mayor valía y entidad constitucional, de actos vandálicos, que constituyen medidas de fuerza no legítimas, pues no persiguen la protección de bienes jurídicos. Este tipo de herramientas técnicas, reconocidas y utilizadas por el TC, deviene en instrumentos claves y potentes para «legitimar» el derecho a la protesta desde el derecho constitucional y desde la dogmática constitucional, tal como ocurrió en la sentencia del Baguazo.

6. Necesidad de reflexionar sobre el orden público como argumento para restringir derechos

Existe un conjunto de temas que constituyen cuellos de botella para el reconocimiento y la implementación del derecho a la protesta en el Perú. Solo como ejemplo, puedo citar el concepto

de orden público, el cual suele ser utilizado para restringir derechos fundamentales. Es precisa una concepción democrática de concepto como orden público o interés público para evitar su utilización autoritaria, que en los hechos termine vaciando de contenido el derecho a la protesta y otros derechos. Es necesario caminar a una concepción más democrática y garantista del orden público, es decir, a una concepción de un orden público constitucional, compatible con lo demás bienes jurídicos constitucionales.

7. Necesidad de mirar más el trabajo de los jueces a propósito del caso Baguazo

Es importante analizar el derecho a la protesta en las sentencias de los jueces, pues estas resultan decisivas para seguir avanzando. La sentencia del caso Baguazo es de mucha importancia para el reconocimiento del derecho a la protesta, pues reconoce por primera vez en sede judicial que la toma de una carretera por los indígenas fue legítima y constitucional, a pesar de que la toma de carreteras en sí misma constituye delito. Es más, reconoce que hay un derecho a la protesta de configuración autónoma, y que estas protestas tenían como finalidad para dichos indígenas defender su territorio. A pesar de que la ponderación que realiza es muy cuestionable, de alguna manera esta marca una perspectiva de trabajo en la reflexión del derecho a la protesta.

RESPUESTA DEL AUTOR

Agradezco al profesor Juan Carlos Ruiz Molleda por los comentarios a mi artículo. Me voy a referir a dos de los puntos planteados: la necesidad de precisar el contenido constitucional del derecho a la protesta y el uso de la frase «protestas ilegales». Creo que ahí reside la tensión más importante en términos teóricos y prácticos cuando discutimos sobre protestas sociales en la actualidad.

Esta tensión se reproduce en sistemas políticos formalmente democráticos, lo que ha dado lugar al incremento de una retórica institucional que ensalza el valor de los derechos humanos y la protección de la dignidad humana sin discriminación por motivos de raza, sexo, religión, etc. Especialmente en América Latina, luego de la caída de las dictaduras, estaríamos viviendo periodos de tránsito hacia sistemas democráticos, en los que el paradigma legal dominante sería el del Estado constitucional. Este paradigma, caracterizado por la preeminencia de los derechos como factor elemental de las políticas públicas, se apoya en la labor judicial para un desarrollo interpretativo mayor. En este contexto, aparece la imperiosa necesidad de precisar el contenido constitucional del derecho a la protesta, en los términos planteados por el profesor Ruiz.

Comparto la opinión y sumo algunos aportes a esa construcción jurídica. Ante la insuficiencia de derechos como la libertad de reunión para dar cobertura legal a las protestas sociales, resulta urgente determinar el carácter autónomo del derecho a la protesta. En primer lugar, hablar de la titularidad del derecho debería llevarnos a distinguir entre su ejercicio individual y su ejercicio colectivo. Es necesario reconocer que los movimientos sociales, las organizaciones sindicales, las comunidades indígenas y otras formas de organización colectiva pueden ser titulares del derecho, de otra forma caeríamos en un marco de protección insuficiente.

En segundo lugar, el bien jurídico tutelable debe encarar su naturaleza multidimensional. No son solo manifestaciones en los espacios públicos, ni difusión de opiniones por medios de comunicación, ni intervenciones artísticas, ni acciones concertadas en redes sociales. Es una combinación diversa y en constante cambio entre estas y otras acciones, pero cuya finalidad siempre es cuestionar o desafiar el ejercicio arbitrario del poder político, económico y social, sea del Estado o de privados. Por último, las limitaciones básicas de este derecho deberían extenderse, haciendo más largos los conocidos límites actuales. El uso de la fuerza y el carácter contestatario de las acciones deberían entenderse como parte esencial del derecho siempre que sea ponderado adecuadamente frente a otros derechos. Esto debería partir de una reinterpretación de la institución jurídica de la legítima defensa y del derecho a defender todos los derechos humanos, como señala Roberto Gargarella.

Sin embargo, la dogmática jurídica no puede construirse de espaldas a la realidad. Menos que transitando a sistemas democráticos, se trata de un escenario de posdictadura. Los Estados en América Latina están penetrados profundamente por la corrupción, cooptados por el poder económico transnacional, o ambas cosas al mismo tiempo. La acción organizada de la sociedad civil, las luchas por protección del territorio de los pueblos indígenas, el despertar de los llamados nuevos movimientos sociales, son la fuerza que sostiene todas las resistencias, incluso las que se hacen desde las instituciones estatales.

Si la producción de los dispositivos legales y la legitimidad del uso de la fuerza sigue recayendo exclusivamente en un Estado corrupto o cooptado, no podemos ceñirnos al uso de sus herramientas para la garantía de nuestros derechos. No es posible que la acción colectiva se piense exclusivamente desde el marco político del enemigo. Esto implica, como señalan Boaventura de Sousa Santos y Enrique Dussel, una reflexión más compleja de las estrategias de lucha. Del mismo modo que lo hace el litigio estratégico contrahegemónico, en el que el comentarista tiene gran experiencia, corresponde dar rienda suelta a una imaginación jurídica a la altura de las necesidades de nuestros pueblos.

Ahí es donde resulta útil aceptar que algunas protestas pueden ser ilegales, aunque legítimas. No es una alegoría del saqueo o de los actos vandálicos, tampoco implica negar que se pueden cometer excesos o delitos durante protestas. Es el simple reconocimiento de dos hechos concretos. El primero es que la criminalización de la protesta es un fenómeno real y creciente. El uso de dispositivos legales para investigar, procesar y encarcelar a los líderes de movimientos sociales es cada vez más extendido en leyes, actos administrativos, discursos, etc. El segundo es que la combinación de estrategias legales e ilegales es una estrategia actualmente utilizada por el Estado y los privados para garantizar sus intereses. La impunidad con que se cometen crímenes desde el Estado o desde las empresas transnacionales es una muestra latente de esta realidad.