



Este artículo se encuentra disponible
en acceso abierto bajo la licencia Creative
Commons Attribution 4.0 International License

IusInkarri

Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

Vol. 9, n.º 9, enero–diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú

ISSN: 2519-7274 (En línea) • ISSN: 2410-5937 (Impreso)

DOI: 10.31381/iusinkarri.v9n9.3685

LA ¿ILEGITIMIDAD? DE LAS ACCIONES NO PACÍFICAS DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTOS DE CONFLICTIVIDAD SOCIAL

The illegitimacy? of the non-peaceful actions by
human rights defenders in social conflict contexts

NOEMÍ ANCÍ PAREDES

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: noemi.anci@pucp.edu.pe

RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es reflexionar sobre la legitimidad de las actividades no necesariamente pacíficas de los defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social. El trabajo no pretende agotar la reflexión ofreciendo alguna fórmula que permita distinguir entre las actividades que merecen un reconocimiento legítimo por parte del Estado y aquellas que no. Lo que busca ofrecer es un conjunto de premisas que permitan proyectar una mayor apertura hacia el uso excepcional de acciones no necesariamente tradicionales por parte de los defensores de derechos humanos, circunscribiendo dicha posibilidad a contextos de conflictividad social.

Palabras clave: defensores de derechos humanos; protesta social; desobediencia civil.

ABSTRACT

The main objective of this article is to reflect on the legitimacy of the not necessarily peaceful activities of human rights defenders in social conflict contexts. The paper does not intend to exhaust the reflection by offering some formula that allows us to distinguish between activities that deserve legitimate recognition by the State and those that do not. What it does seek to offer is a set of premises that allow us to project a greater openness towards the exceptional use of non-traditional actions by human rights defenders, circumscribing this possibility to social conflict contexts.

Key words: human rights defenders; social protest; civil disobedience.

Recibido: 05/08/2020

Aceptado: 26/08/2020

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal del presente trabajo es reflexionar en torno a la legitimidad de las actividades no necesariamente pacíficas de los defensores de derechos humanos en contextos de conflictividad social. El trabajo no pretende agotar la reflexión ofreciendo alguna fórmula que permita distinguir entre las actividades que merecen un reconocimiento legítimo por parte del Estado y aquellas que no. Lo que busca ofrecer es un conjunto de premisas que permitan proyectar una mayor apertura hacia el uso excepcional de acciones no necesariamente tradicionales por parte de los defensores de derechos humanos, circunscribiendo dicha posibilidad a contextos de conflictividad social.

Para lograr este objetivo, el trabajo se divide en tres partes. En la primera, se presenta un caso de la jurisprudencia peruana analizado desde la perspectiva del derecho constitucional a la protesta, mediante el cual se plantean los problemas que se generan a partir del vínculo entre la defensa de los derechos humanos y el uso de la violencia. En la segunda parte, se reconstruye la postura clásica que en el ámbito del derecho internacional se ha mantenido respecto del reconocimiento de los defensores como sujetos que merecen protección especial de parte del Estado, solo en la medida en que realicen sus actividades dentro del marco legal y pacífico. Finalmente, en la tercera parte, se analizan algunas posturas alternativas que se han desarrollado desde la teoría crítica de los derechos humanos, cuyo punto de partida es el concepto de las acciones no-violentas como una posibilidad para que no se deslegitime de plano la actividad de los defensores en el marco de contextos que conllevan fuertes tensiones sociales.

2. EL «BAGUAZO»: ¿RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL USO LEGÍTIMO DE LA VIOLENCIA DE PARTE DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS?

2.1. LA ESTRATEGIA ARGUMENTATIVA UTILIZADA POR LA CORTE PARA ABSOLVER A LOS INCULPADOS

El «Baguazo», también conocido como «La Curva del Diablo», es un caso resuelto en septiembre de 2016 por una Corte peruana que absolvió a 51 indígenas, quienes fueron inculcados por la comisión de los delitos de homicidio y otros en el contexto de una protesta ocurrida el 5 de junio de 2009. La protesta, desarrollada en la provincia de Utcubamba (Bagua Grande), en el departamento de Amazonas, formó parte de una serie de paros en la región amazónica, que se promovieron en diferentes partes del país, con la finalidad de que se deroguen un conjunto de decretos legislativos promulgados en el marco de la implementación del

Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. El grado de violencia al que se llegó durante la protesta conllevó graves consecuencias, como el fallecimiento de 23 policías, 10 ciudadanos civiles (entre ellos, 5 indígenas), 200 heridos y la desaparición de un policía (Defensoría del Pueblo, 2009, p. 8).

La forma en que se suele explicar la causa del conflicto de Bagua se concentra, principalmente, en la promulgación de los decretos legislativos 1064 y 1090, cuyo objeto era regular y supervisar el manejo y el aprovechamiento de los recursos forestales y de la fauna silvestre del país (Brito, 2012). De acuerdo con esta explicación, pese al impacto de dichas normas en los territorios y la vida de muchas comunidades nativas y campesinas, su contenido no les fue consultado previamente, por lo que la ira de los protestantes habría sido generada por dicha omisión del Estado, que, desde la suscripción del acuerdo con Estados Unidos, había promovido con firmeza una política de inversiones.

Las razones que explican la escalada de violencia durante el conflicto, sin embargo, no son del todo unánimes. Esto se observa con claridad, por ejemplo, en la reconstrucción que el sociólogo Omar Cavero (2011) plantea a partir de los informes de las comisiones investigadoras, los resultados de las mesas de diálogo, entre otras fuentes relevantes y diversas (pp. 30-ss.). A partir de estas, se postula, por lo menos, dos explicaciones. Según la primera, el contenido de los decretos no habría sido lo que precisamente motivó a los indígenas a protestar con violencia. Ellos, más bien, habrían sido manipulados por líderes externos a sus comunidades, y debido a su situación de pobreza, exclusión y desconfianza histórica se vieron llevados a defenderse de manera combativa. Según esta hipótesis, las comunidades de la cuenca del Marañón habrían actuado motivadas por una política estatal que no tomó en cuenta su posición, azuzadas, además, por una prensa irresponsable que informó erróneamente sobre la actuación de la policía (Cavero, 2011, p. 32).

En contraste, la segunda explicación sostiene que las comunidades no fueron manipuladas, sino que fueron plenamente conscientes de las razones por las que protestaban. Estas razones no se debían, por supuesto, solo a que el contenido de los decretos legislativos emitidos en el 2009 las afectaban o a que no habrían sido consultadas previamente. Desde esta segunda lectura, la tensión con el Estado no habría iniciado el 2009, sino que tendría sus orígenes décadas atrás, desde que la legislación de protección a los territorios de la Amazonía fue flexibilizándose debido a una clara tendencia hacia la expansión de las inversiones en el mercado de aprovechamiento de recursos. Así, la emisión de los decretos habría sido solo una acción más que provenía de un Estado indiferente frente a las condiciones precarias de vida de la población indígena. De acuerdo con Caveró (2011), en lo único que coincide esta explicación con la primera es que ambas «atribuyen como algunas causas inmediatas de los sucesos de violencia del 5 de junio, los errores de diseño y aplicación del operativo policial y la no ejecución de un proceso de consulta previa» (p. 35).

Reconstrucciones como las expuestas, sin embargo, solo pudieron ser realizadas mucho tiempo después de ocurridos los hechos, dada la complejidad y la polarización existentes en torno al conflicto. Lo cierto es que la reacción inmediata frente al resultado fatal de varios efectivos de la policía fallecidos y la desaparición de uno de ellos, derivó en la rápida apertura de una investigación penal en contra de 51 indígenas vinculados a la protesta. Los delitos que se les imputaron fueron¹: (i) homicidio calificado; (ii) lesiones graves; (iii) entorpecimiento al funcionamiento de servicio público; (iv) motín; (v) disturbio; (vi) fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos, y arrebató de armamento o municiones de uso oficial; y, (vii) daños agravados.

Luego de un extenso proceso judicial, solo en el año 2016, una Corte determinó que todos los procesados debían ser absueltos.

1 Sentencia del 22 de septiembre de 2016 recaída en el Expediente n.º 00194-2009 [0163-2013], emitida por la Sala de Apelaciones Transitoria y Liquidadora de Bagua, Corte Superior de Justicia de Amazonas.

En relación con los delitos de homicidio calificado, lesiones graves, fabricación y tenencia ilegal de armas, y daños agravados, los jueces consideraron que la fiscalía no había podido presentar elementos de convicción idóneos, y que la atribución de responsabilidad penal fue arbitraria, y que no se determinó ni siquiera a nivel indiciario. Respecto de los delitos de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, motín y disturbios, sin embargo, la estrategia argumentativa fue distinta. La Corte consideró que era necesario que la tesis de la fiscalía sea analizada «bajo los criterios doctrinarios jurisprudenciales establecidos para procesos interculturales como son el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, el Acuerdo Plenario 1-2015/CJ-116, [...] y la Casación 12-2012 de Madre de Dios» (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 350).

En función de tales criterios, la Corte sostuvo que era necesario aplicar el test de proporcionalidad para determinar la responsabilidad de los acusados, en la medida que, de acuerdo con su planteamiento inicial, debían ponderarse, por un lado, el derecho a la identidad cultural y el fuero especial de las comunidades indígenas, la libertad de expresión y el derecho a la libertad de reunión; y, por otro, el derecho al libre tránsito. Así, esta aplicación se realizaría con la finalidad de controlar la razonabilidad del bloqueo del tránsito en un tramo de la carretera Fernando Belaunde Terry (sector «Curva del Diablo») en el marco de una protesta pacífica que duró 55 días, realizada por integrantes de los pueblos awajún y wampis.

Así, en primer lugar, de acuerdo con la idoneidad de la medida la Corte señaló que el bloqueo de la carretera tenía como finalidad

la derogatoria de varios decretos legislativos, que consideraban lesivos a sus intereses relativos al uso de la tierra, del agua y recursos forestales, rechazando las concesiones mineras [...] en los territorios amazónicos donde se asientan dichos pueblos indígenas, disminuir la contaminación ambiental [...] impedir el acceso a personas desconocidas a realizar trabajos de explotación minera sin aplicársele la consulta previa. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 352)

Los jueces consideraron que dicha finalidad era legítima porque estaba protegida por el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (art. 2, 22 de la Constitución), y era idónea porque al bloquear el paso solo de vehículos terrestres y no de cualquier persona se buscaba llamar la atención sobre la urgencia de proteger a la comunidad, su identidad cultural y su autonomía organizativa.

Respecto a la necesidad de la medida, la Corte consideró que la protección de los derechos de las comunidades indígenas no pudo ser alcanzada «mediante el uso de otros medios alternativos que no sean el bloqueo de un tramo de la carretera». Los jueces llegaron a esta conclusión tomando en cuenta el contexto de los protestantes y precisaron que

no es posible identificar un medio alternativo que, en atención al caso concreto como poblaciones vulnerables, hubiere resultado menos gravoso a la restricción de la libertad de tránsito [...], que si bien ocasionó un desenlace fatal [...] también se debe advertir que dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el Paro Amazónico. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 354)

Finalmente, en cuanto al último paso de la proporcionalidad, la ponderación de derechos, la Corte no desarrolló un análisis ponderativo en estricto entre los derechos en colisión. Al contrario, optó por reconstruir una estrategia no conflictivista sobre los derechos, planteando una distinción entre las nociones de vulneración y restricción de derechos. Los jueces consideraron que el caso del bloqueo de la carretera por parte de los indígenas awajún y wampis no conllevó una vulneración a la libertad de tránsito, sino que constituyó una restricción constitucional legitimada principalmente por la autonomía territorial, organizativa y jurisdiccional que se reconoce a las comunidades nativas y campesinas (arts. 89 y 149 de la Constitución). De acuerdo con el razonamiento de los jueces, de dicha autonomía

se desprende que las comunidades tienen derecho de organizarse y tomar las medidas que estimen pertinentes para la protección de sus intereses y derechos, lo que en el caso se manifiesta en la capacidad de ejercer un control sobre quienes ingresan a su territorio. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 361)

Y, por lo tanto, el bloqueo de la carretera no podía ser considerado como un acto de carácter delictivo.

De este modo, los jueces concluyeron que los indígenas, al realizar el bloqueo de la carretera, ponderaron

la posible restricción del libre tránsito con la protección de su medio ambiente, integridad territorial, física y biológica que en expectativa podría verse afectada por las actividades extractivas sin la consulta previa [...], con lo cual se puede decir que se tomó una decisión razonable [...] y proporcional, pues se trata de una restricción válida o constitucional de un derecho. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 361)

A continuación, se analizan algunas implicancias importantes de esta sentencia en el marco del tema de la defensa de derechos humanos.

2.2. ANÁLISIS DE LA DECISIÓN: ¿LOS JUECES RECONOCIERON EL USO LEGÍTIMO DE LA VIOLENCIA POR PARTE DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS?

Para contestar a la pregunta planteada, lo primero que habría que responder es si los indígenas awajún y wampis, que participaron en los hechos del 5 de junio de 2009, pueden ser considerados como defensores de derechos humanos. No obstante —tal como se explicará a detalle en el punto 2 del presente trabajo—, en el ámbito internacional y en la regulación vigente de muchos países², la definición de defensor de derechos humanos está atada directamente al tipo de actividad que la persona utiliza

2 Como es el caso de Perú, por ejemplo. Véase: Resolución Ministerial n.º 0159-2019-JUS.

para realizar la defensa, la cual debe restringirse al marco de lo estrictamente pacífico. Por tanto, si tomáramos de entrada solo dicha definición, de forma inmediata habría que negar que los indígenas del caso Bagua son defensores de derechos humanos, y que la decisión a la que arribó la Corte no puede llevar a ningún tipo reconocimiento en el marco de tal defensa.

Sin embargo, la cuestión —cuyas bases teóricas se explicarán con profundidad en el punto 3— no es tan sencilla de resolver, debido a que la Corte en el caso Bagua declaró la ausencia de responsabilidad penal de un conjunto de ciudadanos que participaron en una protesta que sí se tornó muy violenta y que tuvo consecuencias fatales, no solo para la vida de algunos manifestantes, sino, en su mayoría, para miembros de las fuerzas del orden. Entonces, pese a ello, ¿cómo es posible que, en un Estado democrático de derecho, se pueda justificar la absolución de ciudadanos que sí ejercieron violencia durante una manifestación, aplicando principios constitucionales como el derecho a la protesta o la autodeterminación cultural y organizativa?³.

Una primera idea que surge de inmediato es que en el caso Bagua los jueces llegaron a dicha decisión porque consideraron que no había pruebas suficientes para demostrar a cabalidad la relación entre los protestantes acusados y los daños ocasionados, tanto en la vida y la integridad de las víctimas como en la propiedad de algunos bienes del Estado. No obstante, como vimos anteriormente, para aquellos delitos relacionados directamente con la acción de la protesta⁴, la Corte optó por una estrategia

3 Es importante aclarar en este punto que la Corte «pondera» un hecho: el bloqueo de la carretera; pero como consecuencia de una ponderación de ese tipo no puede declarar la ausencia de responsabilidad penal de los procesados. Hacerlo así contravendría el orden internacional: en el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, la Corte IDH (2006) sostuvo que no es posible someter a ponderaciones la violación de derechos humanos, en el sentido de que no puede legitimarse «masacres proporcionales y no proporcionales» (fundamento 229).

4 Delitos de motín, disturbio; fabricación y tenencia ilegal de armas, municiones y explosivos, y arrebato de armamento o municiones de uso oficial.

distinta y singular en el ámbito del derecho penal: la ponderación entre los bienes constitucionales en colisión.

Las razones que llevaron a la Corte a hacer esta diferenciación entre la estrategia de análisis de la responsabilidad penal de un grupo de delitos frente a otro⁵, no puede verse solo como algo que forma parte del margen de discrecionalidad judicial. Al contrario, es posible sostener que hubo una razón sustancial por la cual para todos los delitos no se declaró simplemente la insuficiencia de pruebas o la arbitrariedad en la acusación. Y esta razón se relaciona con que, más allá del análisis de los tipos penales específicos por los cuales se buscaba sancionar a los indígenas, la Corte, con la conclusión integral de la sentencia, intentó transmitir un mensaje claro: los integrantes de los pueblos awajún y wampis no podían ser responsabilizados por los graves daños generados en el marco de la protesta que iniciaron en contra del Estado⁶.

La ausencia de responsabilidad, sin embargo, podría haberse justificado de dos maneras. Primero, pudo haberse sostenido —como en los otros delitos— que la fiscalía no logró demostrar que los acusados hicieron uso de acciones violentas durante la protesta; o, segundo, que si bien los acusados ejercieron cierto nivel de violencia, esta no fue desproporcionada dado el contexto en que sobrevino el enfrentamiento con la policía. Pero la Corte no optó por ninguna de las dos, sino que desarrolló una serie de argumentos que no pueden ser reconstruidos bajo una tesis clara. Esta falta en la claridad se debe a que, por un lado, la sentencia afirma que la protesta fue pacífica, mientras que, por otro, se sostiene que las acciones de los indígenas durante esta fueron proporcionadas, de lo cual se entendería que sí hubo algún nivel de reacción violenta por parte de los manifestantes.

5 Delitos de homicidio calificado, lesiones graves, entorpecimiento al funcionamiento de servicio público, y daños agravados.

6 Al respecto, ver los estándares fijados por el Acuerdo Plenario n.º 1-2009/CJ-116.

a) Tesis 1. Los protestantes no hicieron uso de la violencia

En primer lugar, los jueces defienden la tesis según la cual la violencia acaecida el 5 de junio de 2009 fue producto de diversas circunstancias que, en conjunto, no pueden interpretarse como atribuibles penalmente a los manifestantes. Ello en la medida que, desde la perspectiva de la Corte, los protestantes querían conservar el carácter pacífico de su reclamo. Así se declara expresamente en la sentencia cuando se indica que

[si bien se ocasionó] un desenlace fatal, como [es] la muerte de 12 efectivos policiales, y otros 20 lesionados gravemente, también se debe advertir que *dicho resultado no ha sido el fin que perseguía el Paro Amazónico, dado que el mismo tenía un matiz enteramente pacífico*, por lo que su resultado en ese sentido solo compromete a un número mínimo de personas que no habrían podido ser identificadas por el Ministerio Público, y que según el propio General Muguruza, serían ajenas a las poblaciones indígenas Awajún y Wampis. (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, p. 355; énfasis agregado)

Sin embargo, el problema de defender esta primera tesis es que no guarda coherencia con la siguiente tesis que desarrolla la Corte respecto a los delitos de motín, disturbios y tenencia ilegal de armas. Ello pues si se consideraba que los actos violentos y las graves consecuencias que conllevaron no son de responsabilidad de los protestantes, tan solo se debió sostener que la acusación hecha por la fiscalía no tenía bases fundadas. Pero, como veremos a continuación, la sentencia no sigue esa línea.

b) Tesis 2. El bloqueo de la carretera no puede considerarse como un acto penalmente sancionable, porque su realización es legítima en el marco de la autonomía organizativa de los pueblos indígenas

Como fue visto anteriormente, en relación con el análisis del grupo de delitos mencionado, la Corte utilizó el test de proporcionalidad con el fin de afirmar que el bloqueo de la carretera realizado por los indígenas fue razonable dados los fines constitucionales que buscaban proteger en el marco legítimo de su

autonomía cultural. Sin embargo, ¿era necesaria la referencia al factor cultural en el análisis de este punto? El factor cultural no fue considerado ni siquiera como un atenuante de la comisión de los delitos porque —como fue señalado líneas arriba— los jueces consideraron que no hubo en sí una vulneración a la libertad de tránsito, dado que, según su parecer, el bloqueo de la carretera fue enteramente constitucional.

No obstante, respecto de tal tesis resulta pertinente preguntarse si los fiscales, al momento de formular la acusación, buscaban responsabilizar a los manifestantes por el bloqueo en sí mismo o, más bien, por los excesos de violencia que se dieron en el marco de dicho bloqueo. De la exposición que los propios jueces hacen de la tesis de la fiscalía, en ningún punto se observa que lo que se buscaba perseguir y sancionar fuese el bloqueo de la carretera o la protesta en sí misma. El énfasis de la acusación penal se encontraba en los siguientes hechos: el 5 de junio de 2009 los más de 5000 nativos que se encontraban en la zona del enfrentamiento habían asistido con lanzas, palos y machetes; una unidad de bomberos voluntarios fue violentamente atacada por los manifestantes; una camioneta del Ministerio Público fue incendiada, y diversos fiscales agredidos, entre otros actos violentos (Corte Superior de Justicia de Amazonas, 2016, pp. 344-347).

Asimismo, al observar la tipificación⁷ de los delitos imputados, vemos que, tanto en el delito de motín como en el de disturbios, el elemento de la violencia constituía un factor esencial para la atribución de la conducta punitiva. En el caso del primer delito, regulado en el artículo 348 del Código Penal se sanciona al que «en forma tumultuaria, empleando *violencia* contra las personas o fuerza en las cosas se atribuye los derechos del pueblo y petición en nombre de este para exigir de la autoridad la ejecución u omisión de un acto»; mientras que en el caso del delito de disturbios, el Código Penal en el artículo 315 sancionaba al que «en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física

7 Teniendo en cuenta la regulación que se encontraba vigente al momento de los hechos.

de las personas y/o mediante *violencia* causa grave daño a la propiedad pública o privada».

De lo mencionado, es claro que la acusación penal buscaba sancionar el uso de la violencia durante la protesta. En tal sentido, no se comprende del todo el razonamiento de la Corte cuando analiza la proporcionalidad del bloqueo de la carretera únicamente para sostener que los indígenas se encontraban ejerciendo su derecho legítimo en el marco de la autonomía de sus comunidades para organizarse y proteger a sus miembros y sus territorios. Incluso si los manifestantes no hubiesen pertenecido a una comunidad nativa o indígena, de todos modos, la acusación penal hubiese estado fundada inicialmente en el hecho de que la protesta se realizó mediante el recurso a la violencia.

Así, pertenezca o no a una comunidad campesina o indígena, todo ciudadano peruano tiene el derecho a manifestarse a través de una protesta siempre y cuando lo haga de forma pacífica (art. 2, inc. 12 de la Constitución⁸). Por ello, en el caso Bagua los jueces tuvieron que partir de la tesis de que, en todo momento, la intención de los pobladores awajún y wampis fue mantener la protesta pacífica. Hay, sin embargo, dos consecuencias derivadas de ello.

La primera es que era innecesaria la aplicación del test de proporcionalidad para analizar la razonabilidad de la medida por la que optaron los manifestantes, dado que si el bloqueo de la carretera fue pacífico, entonces se encuentra amparado por el derecho constitucional a la protesta y no conlleva una vulneración

8 Artículo 2.12 de la Constitución Política del Perú: «Toda persona tiene derecho a reunirse pacíficamente sin armas. Las reuniones en locales privados o abiertos al público no requieren aviso previo. Las que se convocan en plazas y vías públicas exigen anuncio anticipado a la autoridad, la que puede prohibirlas solamente por motivos probados de seguridad o de sanidad públicas». Hay que considerar al respecto que el Tribunal Constitucional decidió reconocer de manera expresa el derecho a la protesta social recién en el año 2020, en el marco de la emisión de la sentencia recaída en el Exp. 0009-2018-PI/TC, que es comentada en el colofón del presente trabajo.

efectiva contra ningún otro principio de relevancia jurídica⁹. Al parecer, esta viene a ser finalmente la tesis de la Corte, pues si bien inicia el análisis afirmando que habría una posible colisión con la libertad de tránsito, concluye sosteniendo que se trataría solo de una restricción legítima a esta. Por tal motivo, no queda claro por qué la Corte aplica el test de proporcionalidad, cuando este constituye una técnica interpretativa que requiere partir de una colisión efectiva entre dos o más principios constitucionales¹⁰.

Pese a que algunos consideran que la aplicación del test de proporcionalidad es un aporte interesante para la justicia constitucional intercultural¹¹, no profundizaremos en este debate porque escapa a los fines del presente trabajo. Lo que sí es relevante en el análisis del caso Bagua para el tema de la defensa de los derechos humanos, es el mensaje final que transmite la Corte con su sentencia. Sostener primero que los indígenas no tuvieron la intención de utilizar la violencia durante su protesta, para luego justificar la proporcionalidad de sus acciones en el derecho a la protesta y en la autodeterminación organizativa, solo puede entenderse —si se quiere salvar el problema de la coherencia— si es que se asume que los jueces pretendían dar algún grado de legitimidad a cierto uso de la violencia por parte de los protestantes.

Si bien la Corte no lo llegar a señalar expresamente, lo cierto es que la sentencia en el caso Bagua constituye un paso importante en la jurisprudencia peruana que cambia, en algún sentido, una forma tradicional de entender el ejercicio de la protesta en

9 Es cierto que las acciones pacíficas de protesta pueden estar, *prima facie*, protegidas por el derecho a la protesta, pero que luego se verifique, en el caso concreto, una vulneración de algún otro derecho. No obstante, el problema que se resalta en la sentencia del caso Bagua es que se intenta utilizar una herramienta de argumentación que parte de la posibilidad de que los mandatos constitucionales puedan colisionar en casos específicos, pese a que, posteriormente, opta por un enfoque de concordancia práctica en la determinación previa del contenido de los derechos. Ver al respecto, Maldonado (2019).

10 Revísese, por ejemplo, Castillo (2005).

11 Ver al respecto, Ruiz (2017).

contextos de conflictividad social. A partir de este caso, es factible asumir que se abre la discusión, en el derecho peruano, sobre las posibilidades de legitimación de ciertas formas de protesta que, pese a contener algunos matices de violencia en su realización, no de plano deben ser descartadas del marco de protección de lo permitido por la Constitución para el caso de los defensores de derechos humanos. Lo relevante entonces estaría no en la clasificación previa de lo que está o no permitido durante una protesta, sino más bien en la comprensión de la «naturaleza» y la dinámica del desarrollo de esta dentro de su propio contexto particular.

3. EL CARÁCTER PACÍFICO DE LAS ACCIONES COMO REQUISITO ESENCIAL PARA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS EN EL MARCO INTERNACIONAL

La forma tradicional de entender el ejercicio del derecho a la protesta, en relación con la protección especial que el Estado debe otorgar a los defensores de derechos humanos, tiene como marco de referencia el concepto de «defensor» desarrollado, principalmente, en el ámbito internacional a partir de la aprobación, en 1998, por parte de la Organización de Naciones Unidas, de la *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*¹². Este instrumento no es vinculante jurídicamente, pero funciona como un parámetro de reconocimiento internacional para las garantías que los Estados deben asegurar a nivel interno en la protección de los ciudadanos que defienden derechos humanos. Pero, desde el ámbito internacional, ¿cómo se entiende esta defensa?

En primer lugar, es importante recordar que la definición de un defensor de derechos humanos no se plantea a través de un

12 Resolución A/RES/53/144 de la Asamblea General de la ONU.

criterio identitario, sino que se realiza mediante uno de carácter relacional (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 13). Esto quiere decir que una persona es considerada como defensora de derechos humanos a partir de las acciones o las actividades que realiza. Así, se sostiene que un defensor podría ser, por ejemplo, un abogado, un periodista, un profesor, un activista, un profesional de la salud y hasta una organización, porque lo relevante no tiene que ver con las características que posee cada uno de estos sujetos (individuales o colectivos), sino más bien la actividad de defensa permanente que cada uno de ellos realice en favor de la protección y la extensión de los derechos humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 26-ss.).

En las democracias constitucionales contemporáneas, la presencia activa de los defensores constituye un factor fundamental para la exigencia efectiva de los derechos reconocidos al máximo nivel del Estado de derecho. En tal sentido, su reconocimiento como actores políticos representa la aceptación, por parte del Estado, del ejercicio legítimo de su participación en la esfera política. Podría decirse que, en cierto sentido, ser un defensor de derechos humanos constituye una forma contemporánea (desarrollada sobre todo en las últimas décadas) del ejercicio del poder comunicativo desde la sociedad civil (Habermas y McCarthy, 1977). Es por ello que, regularmente, los defensores forman parte de colectivos cuyo origen principalmente inicia a través de la formación espontánea de un movimiento social.

No obstante, no cualquier actividad o acción que siga dicho objetivo puede ser reconocida como defensa de derechos humanos. La declaración mencionada contiene algunos requisitos expresos que definen con más claridad al defensor. En particular, la declaración, en sus artículos 5, 12 y 13, hace énfasis en que la actividad del defensor debe realizarse de forma pacífica¹³. En el mismo

13 Artículo 5: «A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional: a) A reunirse o manifestarse pacíficamente».

sentido, algunos años después de la aprobación de ese instrumento, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emitió el Folleto Informativo n.º 29, que señala que los requisitos mínimos que debe cumplir una persona o un grupo de personas para que puedan participar en la vida pública sin obstáculos, son los siguientes: (i) la persona debe aceptar la universalidad de los derechos humanos; (ii) los argumentos utilizados por la persona deben calzar con el discurso de los derechos humanos, aun cuando el argumento sea o no técnicamente correcto; y, (iii) la persona debe manifestarse solo a través de acciones pacíficas.

Como se observa, el tercer requisito —que resulta de especial relevancia para la presente discusión— delimita claramente el ámbito pacífico en el que puede realizarse la actividad de defensa. En consecuencia, si la manifestación hace uso de recursos que no son pacíficos, entonces no se puede reconocer su legitimidad. Así lo ha reafirmado en varias ocasiones la ONU a través de distintos documentos, como el informe *Protesta social y derechos humanos: estándares internacionales y nacionales*, en el que el derecho a la protesta social es relacionado directamente con la libertad de reunión pacífica. Asimismo, el carácter pacífico de dicha libertad se recoge en los principales instrumentos jurídicos de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 20), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 21), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 15), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del

Artículo 12: «1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a participar en actividades pacíficas contra las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. [...] 3. A este respecto, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a una protección eficaz de las leyes nacionales al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos». Artículo 13: «Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a solicitar, recibir y utilizar recursos con el objeto expreso de promover y proteger, por medios pacíficos, los derechos humanos y las libertades fundamentales».

Hombre (artículo XXI), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 15).

Partiendo de dicho marco jurídico, el informe reconoce que si bien «la experiencia ha demostrado que las peores tormentas políticas ocurren cuando los gobiernos intentan reprimir estos derechos, ya que la represión promueve la frustración y alimenta la violencia», por ningún motivo la violencia puede ser usada como «el medio para reivindicar derechos» (Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014, pp. 12-13).

Una interpretación un poco menos restringida, pero que parte de las mismas bases, la encontramos en el informe *Protesta y derechos humanos* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2019. En este informe se señala que el requisito del ejercicio del derecho a la reunión referido al carácter pacífico de las acciones no debe entenderse como un habilitante para que el Estado «declare el carácter no pacífico de una manifestación en función de las acciones de algunas personas», generando una razón para su desprotección (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 34). En tal sentido, declara que

El calificativo «pacífico» debe entenderse, en el sentido de que las personas que cometan actos de violencia en el contexto de protestas pueden ver restringido, temporaria e individualmente, su derecho a la manifestación. [...] *Este aspecto es un asunto siempre complejo de resolver, sobre todo en contextos de conflicto social o político.* [...] La propia CIDH ha indicado, que ante una posible colisión determinada por el modo de la protesta [...] entre el derecho de tránsito, por ejemplo, y el derecho de reunión, «corresponde tener en cuenta que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho más sino uno de los primeros y más importantes fundamentos de toda la estructura democrática: el socavamiento de la libertad de expresión afecta directamente al nervio principal del sistema democrático». [...] La Comisión ha señalado que una protesta social puede manifestarse de muy diversas formas y en las Américas se conocen algunas como cortes de ruta, cacerolazos, vigiliadas. *Las condiciones en las que se presentan muchas de estas manifestaciones y reivindicaciones*

son complejas y requieren por parte de las autoridades respuestas adecuadas en materia de respeto y garantía de los derechos humanos. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2019, p. 35; énfasis agregado)

Con ello, la Comisión indica que los Estados deben trazar una diferenciación entre aquellos ciudadanos que participan en una protesta de forma pacífica, de aquellos que utilizan medios violentos, a fin de que solo estos últimos sean sancionados sin la necesidad de que se declare como ilegal toda la manifestación en su integridad, o que se restrinjan derechos de los ciudadanos que sí conservan una actuación pacífica. Por supuesto, la Comisión reconoce que esta tarea conlleva un nivel considerable de complejidad, sobre todo en contextos de conflictividad social, pero resalta, al mismo tiempo, que dicha tarea constituye un deber a ser realizado en aras de proteger el orden democrático. Al respecto, es necesario mencionar que, pese a que con estas ideas recientes la Comisión está dando un avance importante en la apertura de la interpretación restringida sobre el requisito de lo «pacífico», sigue haciendo una estricta distinción entre una protesta pacífica y una protesta violenta. Esta distinción, sin embargo, parece un tanto artificial cuando de analizar los casos de la realidad se trata, dado que los hechos demuestran que los límites entre ambos escenarios son muy difusos.

En contraste con la posición de la Comisión en el informe hasta aquí mencionado, en un informe que emitió en el año 2015 sobre la *Criminalización de la labor de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, se resalta que los Estados tienen el deber de reconocer «públicamente que el ejercicio pacífico de la protección y promoción de los derechos humanos es una acción legítima» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 23). A diferencia del análisis que realiza sobre el derecho a la protesta, en el caso de la defensa de los derechos humanos, la Corte no hace énfasis sobre las situaciones en donde puedan observarse actos violentos. Si bien señala que los defensores muchas veces son infundadamente perseguidos por el Estado, no se menciona

nada sobre que dicha persecución se produzca en aquellos casos grises en que la defensa pacífica pueda derivar en reacciones violentas.

Este enfoque distinto que se observa entre la forma en que en el ámbito internacional se analiza el tema de la protesta social, por un lado, y la defensa de los derechos humanos, por el otro, se debe, en primer lugar, a que hay una distinción teórica —aunque no siempre tan evidente en la realidad— entre ser un ciudadano común que protesta y un ciudadano que es reconocido como defensor de derechos humanos por su actividad de protesta. Esto se da por supuesto en razón a que la realización de una protesta solo constituye un tipo más de las distintas formas de ejercer la defensa de los derechos humanos¹⁴ y, además, a que no todo ciudadano que participa en una protesta puede ser necesariamente considerado como un defensor. Si bien la definición de defensor no está restringida a si la actividad de la persona en la lucha por los derechos humanos sea «para obtener justicia por una causa personal o por un objetivo profesional» (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 26), o si es temporal o permanente, también es verdad que el defensor debe cumplir con otras características mínimas para ser reconocido como tal: la aceptación de la universalidad de los derechos humanos y el uso de un discurso que calza con ellos (Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014).

Sin embargo, esta distinción entre un ciudadano cualquiera que ejercita su derecho a la protesta social, y un ciudadano que participa en una protesta ostentando una posición especial al ser reconocido como un defensor, conlleva un tono más metodo-

14 Entre los diferentes tipos encontramos: la recopilación y la difusión de información sobre violaciones de derechos humanos; el apoyo a víctimas de violaciones de los derechos humanos; el apoyo a una política de gestión pública y de gobierno más eficaz en materia de derechos humanos; la contribución a la aplicación de los tratados de derechos humanos; la educación y la capacitación en materia de derechos humanos; y otros relacionados. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017, p. 13).

lógico que práctico. Ello debido a que, como fue señalado, en la realidad no es tan fácil separar con claridad a un grupo de ciudadanos del otro. Con lo cual, el énfasis que se da al tema del uso de la violencia solo para el caso de los ciudadanos que protestan en general, y no en el de los defensores que realizan la misma actividad, no puede ser vista como necesariamente adecuada; sobre todo, si queremos ofrecerle estándares al Estado, y en particular, a los jueces, para decir cómo juzgar a un defensor de derechos humanos que ha participado en una protesta con matices violentos.

Finalmente, resulta pertinente volver a mencionar que, en todos los instrumentos internacionales analizados, se traza una distinción entre los actos de defensa (y de protesta) pacíficos, y los actos que no necesariamente pueden ser interpretados como claramente pacíficos, distinción que también en la realidad resulta poco práctica. Estas diferenciaciones artificiales generan efectos en la protección de los defensores de derechos humanos, por ello los Estados, en muchas oportunidades, aprovechan esa falta de claridad, para limitar la participación de los defensores de derechos humanos en casos específicos en los que no resulta tan sencillo decir que el defensor tuvo o no una actitud pacífica, sobre todo cuando su actividad se desarrolla mediante actos colectivos y sobre temas de alta conflictividad social (Bennet et al., 2015).

Dichas distinciones no solo generan limitaciones adversas por parte de los Estados, sino que también restringen ampliamente el marco de posibilidades que tiene un defensor para impactar o influir con su actividad. Como veremos a continuación, las distinciones que se realizan en el ámbito internacional no solo son recursos metodológicos mediante los cuales se evita reconocer que los medios no pacíficos puedan ser utilizados en el ámbito de la defensa. Hay un trasfondo teórico detrás de dichas distinciones, relacionado con el modelo de democracia de corte más liberal. Como se desarrollará en el siguiente apartado, las posibilidades para empezar a discutir a nivel nacional formas no tradicionales de participación política, necesitan hacer una redefinición no

solo de conceptos como la defensa de derechos humanos o de la protesta social, sino, sobre todo, de la democracia contemporánea (Celikates, 2016a; Sotomayor y Ancí, 2019).

4. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIONES «PACÍFICAS» Y ACCIONES «NO-VIOLENTAS» COMO UN PARÁMETRO PARA LEGITIMAR PROTESTAS SOCIALES CON CIERTOS MATICES DE CONFRONTACIONES NO TRADICIONALES

Una de las posibilidades para analizar, desde un enfoque menos idealizado, la defensa de derechos humanos en contextos de protesta social, es planteada por Eguren y Pratel (2015) en relación con la distinción entre los conceptos de «acciones pacíficas» y «acciones no-violentas». De acuerdo con los autores, usar la segunda categoría permitiría que las acciones de los defensores se evalúen caso por caso, y teniendo muy en cuenta el contexto particular, dado que «el trabajo de derechos humanos puede variar en diferentes contextos de acuerdo con la forma en que los conceptos de “acción pacífica” y violencia (ambos mal definidos en los documentos relevantes) evolucionan y cambian» (Eguren y Patel, 2015, p. 902; traducción propia).

Justamente debido a lo problemático que es lograr un concepto universal sobre lo que se considera pacífico o violento a lo largo del tiempo y en los distintos contextos en los que los defensores realizan su actividad, en muchos países los Estados justifican su no reconocimiento vinculando la actividad de los defensores con posiciones radicales o violentas (Nah, 2013). Para dar apariencia de legitimidad a esa postura, las decisiones legales o administrativas que obstaculizan el ejercicio de la defensa de derechos humanos es avalada a través del recurso a directrices constitucionales tales como «la protección de la soberanía nacional, la lucha contra el terrorismo y el extremismo, el desarrollo y la seguridad económica, y la afirmación de ciertas normas y prácticas culturales, religiosas o tradicionales» (Bennet et al., 2015, p. 886; traducción propia).

La aparente necesidad de proteger principios como los mencionados tiene como una consecuencia grave la habilitación que se da para aquellos funcionarios públicos o grupos de poder (que pertenecen a la sociedad civil) que buscan deslegitimar de plano a un defensor mediante el uso de estrategias como la difamación y la estigmatización (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015, p. 18). Este tipo de estrategias regularmente son utilizadas en contra de defensores que se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad al momento en que desarrollan sus acciones o actividades de defensa en el espacio público. Ello debido a que el nivel de vulnerabilidad en el caso de los defensores depende, en parte, del grado de desacuerdo social existente respecto del derecho o los derechos que el defensor busca proteger o promover a través de su participación en la esfera pública (Vet y Lyytikäinen, 2015). Eso quiere decir que mientras mayor desacuerdo haya en la sociedad respecto de los temas materia de defensa, mayor será el riesgo que sufra el defensor en la obstaculización del ejercicio de su participación política¹⁵.

En muchos casos, la estigmatización o las campañas de desprestigio van acompañadas de información o datos que intentan mostrarse ante la opinión pública como «neutralmente valo-

15 Por ejemplo, en varios países de América Latina donde la gran mayoría de conflictos sociales están relacionados con temas de tierras, explotación de recursos naturales, industria extractiva, tala ilegal, entre otros, uno de los grupos de defensores de derechos humanos que se encuentra en situación de vulnerabilidad son los defensores de la tierra y del medio ambiente. Ver al respecto Global Witness (2019). Debido a la necesidad de que dicho grupo de defensores reciba una urgente protección especial, los Estados han empezado a suscribir el «Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe» (conocido como el «Acuerdo de Escazú»), que constituye el primer documento internacional de carácter jurídico que reconoce la protección a los defensores ambientales. En su artículo 9 señala que los Estados están obligados a proteger, prevenir, investigar y sancionar agresiones contra ellos, garantizando un «entorno seguro y propicio sin amenazas, restricciones e inseguridad; protegiendo su derecho a la vida, integridad personal, libertad de expresión y opinión, reunión y asociación pacífica, derechos de acceso; e investigando y sancionando ataques, amenazas o intimidaciones en el ejercicio de la defensa».

rativos» (Jaeggi, 2016); es decir, que no parten de posiciones cargadas de interpretaciones no-universales sobre la cultura, la economía, el género, el medio ambiente, el bien común, entre otros, llegando incluso a afirmar que la actividad de los defensores de derechos humanos constituye un «impedimento para el crecimiento económico» (Ofrias y Roecker, 2019).

En este escenario se produce una contradicción inherente a los pilares básicos de la propia democracia, dado que el mismo contexto democrático-constitucional que hace posible la aparición de los defensores de derechos humanos en la esfera pública como nuevos actores en la deliberación pública, restringe e imposibilita la influencia efectiva que ellos podrían tener en el sistema político. Sobre este punto, Eguren y Patel (2015) señalan que, por tal motivo, es necesario

contextualizar y entender las experiencias de los defensores basadas en una red densa de relaciones con particularidades políticas, sociales y culturales: los defensores son agentes de cambio y su trabajo moldea y a su vez es moldeado por otras estructuras, normas y prácticas que promueven u oprimen derechos humanos. (p. 900)

Es por esa dinamicidad y tensión del escenario en que los defensores realizan sus actividades, y por la ausencia de un reconocimiento efectivo de su propia importancia y discurso, que en no pocas ocasiones los defensores se ven compelidos a utilizar formas alternativas de protesta social que no necesariamente calzan dentro de las figuras tradicionales de la participación política. En tal sentido, un análisis crítico sobre las nuevas posibilidades de participación en una democracia en continua tensión requiere de ciertas reformulaciones a los conceptos del orden democrático liberal en su relación también con el orden capitalista¹⁶, como es, principalmente, el concepto de derechos humanos. Así, estos necesitan ser redefinidos como «procesos dinámicos de conflictos de intereses que tienen sus puntos de

¹⁶ Ver al respecto Fraser (1990). Ver también Fraser y Jaeggi (2018).

partida en las diferentes posiciones de poder, [en tanto] sistemas de objetos (valores, normas, instituciones) y sistemas de acciones (prácticas sociales)» (Herrera, 2000, p. 52).

En consonancia con ello —y con más urgencia aún—, es necesario redefinir el propio concepto de democracia liberal, el cual, con sus canales tradicionales de participación política —como los partidos políticos, los movimientos sociales, las corporaciones y las asociaciones (Peters, citado por Habermas, 2010, p. 435)— ha reducido, en sus orígenes teóricos, el derecho a la protesta a un concepto tradicional de desobediencia civil. Autores como Celikates (2016b) han planteado esta crítica a profundidad, partiendo de la contraposición de modelos de desobediencia civil. Desde la perspectiva de la democracia liberal, la desobediencia civil solo se legitima si se realiza como un acto de conciencia pública, pacífico, civilizado, que apela al sentido de justicia de la mayoría, que es comunicado previamente, y que debe darse dentro de los límites de fidelidad al derecho (lo cual significa que el ciudadano que protesta puede romper ciertas leyes, pero sin desafiar la legitimidad del orden existente) (Bleiker, 2002; Rawls, 1993). Mientras que un concepto que se adecúe más a la variedad y realidad de los contextos en donde es necesario que, en ciertos casos, se despliegue una protesta mucho más contestaria, es aquel que entiende la desobediencia civil como «una práctica cargada de menos normatividad, más compleja y política, menos restrictiva, intencionalmente ilegal y como un acto colectivo» (Celikates, 2016a, p. 43).

La finalidad de hacer esta contraposición no tiene un objetivo solamente teórico respecto a las posibilidades de redefinir los conceptos de democracia, desobediencia civil o protesta social. El objetivo más importante tiene que ver con la difusión de un cambio de perspectiva, y con la finalidad de que los casos grises de protesta y de defensa de derechos humanos no se analicen desde la óptica de la dogmática convencional o constitucional, sino más bien de la propia práctica de la participación política. Así, lo más importante es que muchas formas de participación no

sean perseguidas, sancionadas o deslegitimadas solo por el hecho de no coincidir con el enfoque tradicional y liberal del ejercicio de la protesta social, sino que es necesario que se realice un análisis profundo sobre todos los factores relevantes para considerar por qué en las democracias actuales se utilizan formas cada vez más contestarias y confrontacionales durante las luchas que realizan los ciudadanos en el ámbito público.

5. APUNTES CONCLUSIVOS: EL RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA PROTESTA SOCIAL COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

En el primer apartado de este trabajo se presentó el análisis de la sentencia recaída en el caso Bagua. Una de las conclusiones a la que arribó dicho análisis fue que si bien la Corte que resolvió el caso absolviendo a todos los indígenas, no llegó a afirmar expresamente que los protestantes hicieron uso de ciertos actos no pacíficos, no obstante, mediante la estrategia argumentativa que utilizó la Corte transmitió un mensaje respecto a la necesidad de tener muy en cuenta los contextos socioculturales de los conflictos. La estrategia que permitió ello —aunque incorrectamente utilizada por los jueces— fue la aplicación del test de proporcionalidad para ponderar los límites entre el derecho a la protesta social y la libertad de tránsito, en medio de un escenario de tensión muy complejo.

Esta sentencia marcó solo una apertura para el inicio de la discusión sobre las formas no tradicionales de protestar y de defender derechos humanos en el Perú (dado que no desarrolla, en sustancia, los actos no pacíficos desplegados durante la protesta). Un paso mucho más contundente al respecto lo encontramos, algunos años después, en la sentencia emitida en junio de 2020 por el Tribunal Constitucional (TC) peruano en el Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. A diferencia de la sentencia del caso Bagua, los avances en torno a las formas no liberales de protesta en la sentencia del TC no se analizan en el marco de un caso específico,

sino en el de un proceso de inconstitucionalidad. Aunque en esta decisión el Tribunal declara infundada la demanda de fondo, supuestamente marca un hito porque reconoce a la protesta social como un derecho constitucional expreso (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 77-ss.).

Este reconocimiento, sin embargo, puede verse como un avance más simbólico que sustancial, porque, en primer lugar, de la misma forma que se asume en el ámbito internacional (analizado en el segundo apartado de este trabajo), a nivel nacional este derecho se vinculaba directamente con las libertades de reunión, expresión y otras relacionadas. Si bien el Tribunal señala la necesidad de hacer distinciones pertinentes entre tales derechos y libertades (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 89-92), lo cierto es que, como también fue mencionado, el derecho a la protesta constituye un presupuesto constitutivo del propio orden democrático. Ello en la medida que sobre las bases de una sociedad democrática se encuentra el reconocimiento legítimo de la desobediencia civil, que constituye el fundamento teórico del derecho fundamental a la protesta social.

Y, en segundo lugar, la declaración que hace el Tribunal Constitucional en la sentencia en mención tiene solo un corte simbólico, porque no llega a pronunciarse sobre los problemas profundos analizados en el tercer apartado del presente trabajo. Es cierto que, en diferentes momentos, los magistrados hacen mención de las continuas afectaciones que sufren los ciudadanos cuando el Estado restringe derechos relacionados con la protesta social, debido a la ejecución de actos no pacíficos durante las manifestaciones. Así, por ejemplo, el TC señala que muchas protestas que acaban en actos violentos son en parte responsabilidad del Estado por no garantizar un «diálogo oportuno y robusto entre quienes protestan y las autoridades o los destinatarios de sus reclamos» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 27), así como por no facilitar «las vías institucionales existentes para que los ciudadanos canalicen sus demandas

legítimas ante las autoridades» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 22) mediante reclamos pacíficos.

Sin embargo, cuando desarrolla el contenido del nuevo derecho reconocido, el Tribunal no enfrenta en ningún momento el tema de los criterios bajo los que debe regirse el tratamiento de los actos no pacíficos. Así, se restringe a señalar un poco de lo mismo que encontramos a nivel convencional en todos los informes elaborados tanto a nivel del sistema internacional universal como interamericano sobre la protección a la protesta social y a los defensores de derechos humanos. El Tribunal señala que «este derecho fundamental no ampara el uso de la violencia como fin o mecanismo de la protesta» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamentos 84-85), y que si bien se da el caso de que muchas protestas que inician de forma pacífica puedan, por el contexto de tensión y conflictividad, tornarse violentas, el Estado no puede por ningún motivo reprimir o sancionar a todos los protestantes, sino solo a los que pueden ser identificados como los directamente responsables. De este modo, precisa que es necesario «distinguir entre quienes protestan pacíficamente o cuya finalidad no es la violencia en sí misma y no emplean medios violentos, y aquellos que deliberada e injustificadamente incurrir en actos o amenazas de violencia durante una protesta» (Tribunal Constitucional, 2020, fundamento 94).

Como se observa, prácticamente se replican en el escenario constitucional nacional los mismos estándares y parámetros dictados en el marco de la CIDH y de la ONU. Así, nuevamente se abren los mismos problemas analizados en el tercer apartado de este trabajo sobre las implicancias no prácticas de distinguir, por un lado, el derecho a la protesta legítima restringido al ámbito de lo legal y pacífico y, por otro, los actores no pacíficos de los violentos. Como fue señalado, estas distinciones solo tienen un carácter metodológico, pero además están sostenidas sobre una base teórica de la democracia liberal y de un concepto de desobediencia civil que parten de imágenes muy idealizadas de lo que significa ser un ciudadano que protesta o, más específicamente,

un defensor de derechos humanos que quiere lograr influencias y cambios efectivos a través de medios más confrontacionales que meramente simbólicos.

Lo que propone la reflexión planteada en el presente trabajo no es que este cambio de perspectiva en relación con la democracia y el derecho a protestar se refleje a nivel de la doctrina constitucional o de la legislación. Por supuesto, existen muchas razones de corte pragmático y consecuencialista por las que sería muy difícil que un Tribunal Constitucional reconozca que la legitimidad de las protestas debe medirse a partir del parámetro ofrecido por el concepto de acción no-violenta (visto en el tercer apartado). No obstante, ello no impide que, a nivel jurisprudencial, los criterios sí puedan empezar a modificarse. No solo distinguiendo las manifestaciones estrictamente violentas de las que se encuentran en una zona gris (porque comenzaron pacíficas, pero terminaron convirtiéndose en violentas), o no solo diferenciando entre aquellos manifestantes que mantienen una intención pacífica de los que claramente utilizan medios violentos.

Como también fue señalado, tales distinciones conllevan una complejidad casi inabarcable, sobre todo porque en la gran cantidad de protestas que se desarrollan en contextos de alta conflictividad social se entrecruzan una serie de factores que dificultan ampliamente las posibilidades para distinguir intenciones, ejecuciones, órdenes, reacciones, etc. Esta complejidad puede llevar a que, como se observó en la decisión del caso Bagua, los jueces no puedan trazar una estrategia clara de argumentación, porque, por un lado, saben y son conscientes de la existencia de concertaciones y comportamientos que sí buscaban ser confrontacionales, pero, por el otro, intuyen también que sería injusto condenar a ciudadanos que estaban defendiendo sus derechos.

Por ello, quizás a nivel jurisprudencial y en el análisis del caso por caso, sea pertinente que los jueces empiecen a desarrollar criterios que, a largo plazo, les permitan justificar decisiones como la protección de un defensor de derechos humanos que protesta

a través de medios no tradicionales; otorgándole una pena proporcional al contexto sociocultural y hasta económico de la protesta, o inclusive, de manera excepcional, una absolución.

REFERENCIAS

- Bennet, K., Igleton, D., Nah, A. M. y Savage, J. (2015). Critical perspectives on the security and protection of human rights defenders. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 883-895.
- Bleiker, R. (2002). Rawls and the limits of nonviolent civil disobedience. *Social Alternatives*, 21(2), 37-40.
- Brito, M. P. (2012). El Congreso de la República: una tiranía de la mayoría. Los límites en la actuación del Congreso en la derogatoria de los decretos legislativos de Bagua. *Politai. Revista de Ciencia Política*, 3(4), 147-159.
- Castillo, L. (2005). ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? *Cuestiones Constitucionales*, (12), 99-129.
- Cavero, O. (2011). Después del Baguazo: informes, diálogo y debates. *Cuaderno de Trabajo 13*. Facultad de Ciencias Sociales PUCP.
- Celikates, R. (2016a). Rethinking Civil Disobedience as a Practice of Contestation—Beyond the Liberal Paradigm. *Constellations*, 23(1), 37-45.
- Celikates, R. (2016b). Democratizing civil disobedience. *Philosophy & Social Criticism*, 42(10), 982-994.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Criminalización de la labor las defensoras y los defensores de derechos humanos*. OEA.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017). *Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos*. OEA.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y derechos humanos*. OEA.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006). Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*.
- Corte Superior de Justicia de Amazonas (2016). Expediente n.º 00194-2009 [0163-2013]. Bagua: 22 de septiembre de 2016.
- Defensoría del Pueblo (2009). Informe de adjuntía n.º 006-2009-DP/ADHPD.
- Eguren, L. E. y Patel, C. (2015). Towards developing a critical and ethical approach for better recognising and protecting human rights defenders. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 896-907. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1075302>
- Fraser, N. (1990). Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, (25/26), 56-80.
- Fraser, N. y Jaeggi, R. (2018). *Capitalism: a conversation in critical theory*. Polity Pres.
- Global Witness (2019, 30 de julio). *¿Enemigos del Estado?* <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/>
- Habermas, J. (2010). *Facticidad y validez*. Trotta.
- Habermas, J. y McCarthy, T. (1977). Hannah Arendt's communications concept of power. *Social Research*, 44(1), 3-24.

Herrera, J. (2000). *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Desclée de Brouwer.

Instituto Nacional de Derechos Humanos y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) (2014). *Protesta social y derechos humanos. Estándares internacionales y nacionales*. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>

Jaeggi, R. (2016). What (if anything) is wrong with capitalism? Dysfunctionality, exploitation and alienation: three approaches to the critique of capitalism. *The Southern Journal of Philosophy*, 4(S1) 44-65. <https://doi.org/10.1111/sjp.12188>

Maldonado, M. (2019). Conflictivismo y anti-conflictivismo en los derechos fundamentales. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (17), 37-78.

Nah, A. M., Bennet, K., Igleton, D. y Savage, J. (2013). A research agenda for the protection of human rights defenders. *Journal of Human Rights Practice*, 5(3), 401-420.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004). *Los defensores de los derechos humanos: protección del derecho a defender los derechos humanos*. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4799eb1e2>

Ofrias, L. y Roecker, G. (2019). Organized criminals, human rights defenders, and oil companies. *Journal of Global and Historical Anthropology*, (85), 37-50. <https://doi.org/10.3167/fcl.2019.850104>

Rawls, J. (1993). *Political liberalism*. Columbia University Press.

Ruiz, J. C. (2017). Aportes de la sentencia del caso «El Baguazo» al reconocimiento del derecho a la protesta. En Jugo, J. M. et al., *La sentencia del caso Baguazo y sus aportes a la justicia intercultural* (pp. 61-90). Coordinadora Nacional de Derechos Humanos.

- Sotomayor, J. E. y Ancí, N. (2019). La desobediencia civil en el Perú: cuatro casos de protesta social en el ámbito laboral (2001-2017) para re-pensar los límites del modelo liberal. En S. M. Tapia, D. L. Gómez y V. Solano (coords.), *Estudios jurídicos críticos en América Latina* (vol. 2, pp. 213-252). Diké; Universidad Santiago de Cali.
- Tribunal Constitucional (2020). Expediente n.º 0009-2018-PI/TC. Lima: 2 de junio de 2020.
- Vet, F. van der y Lyytikäinen, L. (2015). Violence and human rights in Russia: how human rights defenders develop their tactics in the face of danger, 2005-2013. *The International Journal of Human Rights*, 19(7), 979-998. <https://doi.org/10.1080/13642987.2015.1075306>