

Víctor Alfonso Mamani Cusiatau* (Perú)

El *ombudsman* y su rol en Perú y Latinoamérica como garante de la sociedad ante el desproporcionado uso de la fuerza pública durante las protestas sociales

RESUMEN

Las protestas sociales son un mecanismo democrático de interacción entre la sociedad y el Estado. A través de la historia, se presentan como un común denominador de conquista para el reconocimiento y la reivindicación de derechos en los países latinoamericanos. Para su control y represión, el Estado usa la fuerza pública, que en muchos casos es desproporcionada, al punto de vulnerar derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, la integridad y la protesta en sentido estricto. De manera paralela, en los Estados democráticos contemporáneos es importante la presencia del *ombudsman*, que cumple el rol de garante en la protección de los derechos humanos de las actuaciones estatales que pudieran atentar contra ellos. Lo anterior motiva este trabajo: la función persuasiva y la efectividad de las competencias de este órgano en el contexto de las protestas sociales en Latinoamérica, y analiza, además, su regulación en el derecho comparado.

Palabras clave: *ombudsman*; protestas sociales en Latinoamérica; proporcionalidad de la fuerza pública.

Ombudsmen and their role in Peru and Latin America as guarantors of society in the face of the disproportionate use of public force during social protests

ABSTRACT

Social protest is a democratic mechanism of interaction between society and the State. Throughout history, it has been a common denominator of conquest for the

* Abogado y maestro en Derecho Constitucional con mención *Summa Cum Laude*, Universidad Nacional San Agustín de Arequipa. Exdocente de pregrado y posgrado, UNSA. vmamanicus@unsa.edu.pe. / código orcid: [0000-0002-7790-9015](https://orcid.org/0000-0002-7790-9015).

recognition and vindication of rights in Latin American countries. To control and suppress it, the State uses public force, which in many cases is disproportionate to the point of violating fundamental rights, such as the right to freedom of expression, integrity, and protest in its narrow sense. At the same time, the presence of Ombudsmen in contemporary democratic states is important, as they fulfill the role of guarantor in protecting human rights against state actions that could threaten them. The motive for this article is the persuasive function and effectiveness of the powers of Ombudsmen in the context of social protests in Latin America, and it analyzes their regulation in comparative law.

Keywords: Ombudsman; Social protests in Latin America; Proportionality of public force.

Die Ombudsperson in Peru und Lateinamerika und ihre Rolle als Garant der Gesellschaft gegenüber unverhältnismäßiger öffentlicher Gewaltanwendung bei sozialen Protesten

ZUSAMMENFASSUNG

Soziale Proteste sind Mechanismen der demokratischen Interaktion zwischen Gesellschaft und Staat. Im Verlauf der Geschichte waren sie in den Ländern Lateinamerika stets der gemeinsame Nenner, wenn es darum ging, für die Anerkennung von Rechten einzutreten oder diese einzufordern. Um die Proteste zu kontrollieren oder niederzuschlagen, bedient sich der Staat der Sicherheitskräfte, deren häufig unverhältnismäßiges Vorgehen bis zur Verletzung von Grundrechten wie der Meinungsfreiheit, der körperlichen Unversehrtheit und des Protests im engeren Sinn reicht. Parallel dazu gewann in den heutigen demokratischen Staaten die Ombudsperson zunehmend an Bedeutung. Sie übernimmt die Aufgabe eines Garanten für den Schutz der Menschenrechte gegenüber staatlichen Vorgehensweisen, die diese verletzen könnten. Damit ist der Gegenstand dieser Arbeit beschrieben: die Aufgabe dieses Organs, im Kontext der sozialen Proteste in Lateinamerika zu überzeugen, sowie ihre Wirksamkeit. Darüberhinaus wird auch auf seine Regulierung im vergleichenden Recht eingegangen.

Schlagwörter: Ombudsman; soziale Proteste in Lateinamerika; Verhältnismäßigkeit der öffentlichen Gewalt.

*Si las explosiones son parte del sistema, también lo son
las represiones y el letargo, voluntario o forzado, que las sucede.
La enfermedad que roe a nuestras sociedades es constitucional
y congénita, no algo que le venga de fuera.*

OCTAVIO PAZ

Introducción

Merece nuestra atención hacer énfasis en la trascendencia que adquieren las protestas sociales, ya que, como la historia lo refleja, se instauran como uno de los más importantes mecanismos de adquisición de derechos por la sociedad. No obstante, los límites de las protestas sociales se establecen generalmente por el poder coercitivo y coactivo delegado por el Estado a la policía nacional. Ello implica la posibilidad de que en su represión y con la intención de retomar el orden, exista abuso de autoridad, cuadros de violencia y vulneración de distintos derechos fundamentales y constitucionales.

Resaltan las principales competencias de la Defensoría del Pueblo en Perú, plasmadas en el artículo 162 de la Constitución Política, que expresa: “Corresponde a la Defensoría del Pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad”. Como tal, es una de las entidades competentes para establecer mecanismos de solución frente a las protestas sociales, que se plasman en resoluciones no vinculantes con una función persuasiva. Tales resoluciones son duramente cuestionadas bajo el argumento de que la Defensoría del Pueblo debería tener funciones vinculantes y de cumplimiento obligatorio o jurisdiccional. Lo cierto es que sus resoluciones son de revisión obligatoria por parte de la entidad administrativa involucrada y de prestigio moral por parte del defensor del pueblo.

Si bien es cierto que la existencia del defensor del pueblo es de suma importancia en una determinada jurisdicción, incluso es avalada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), muchos de los países latinoamericanos no cuentan con esta figura, lo cual puede generar que, en determinadas protestas, los derechos sean vulnerados aún con mayor facilidad, pues el resto de instituciones no tendrían un organismo con autonomía constitucional que ejerza funciones de control y garantía de derechos.

En las próximas líneas, mediante un análisis documental y de experiencia social comparada, empezaremos con una aproximación a la definición del derecho de libertad de expresión, reunión y protesta en Latinoamérica, seguida de algunas protestas sucedidas en Perú, Bolivia, Chile, Venezuela, Nicaragua y Colombia; posteriormente, abordaremos la cuestión de la fuerza pública y la represión en protestas sociales y sus límites, y señalaremos el ordenamiento internacional e interno de los países mencionados, para luego desarrollar las funciones del *ombudsman* en ellos y su actividad como garante de los derechos en protestas sociales; finalmente, presentaremos las conclusiones.

1. El derecho de libertad de expresión, reunión y protesta en Latinoamérica

Previo al análisis de la realidad latinoamericana, por cuestiones didácticas, se delimitará y estructurará la naturaleza y coherencia entre la libertad de expresión, de reunión y de protesta, pues los derechos son herramientas para el desarrollo humano, que tienen una justificación, naturaleza, funciones generales o específicas y relaciones con los derechos circundantes sea cual sea su jerarquía.

La libertad de expresión es comprendida por Enrique Bernales Ballesteros como “el derecho de comunicar pensamientos, ideas y opiniones”.¹ De este sucinto y muy acertado concepto se infiere que primero debe forjarse un ideal en un individuo o colectivo; luego, por decisión del mismo, es susceptible de ser transmitido. Entonces, antes que la libertad de expresión está la libertad de pensamiento. Este mecanismo es tutelado mediante la Constitución y los derechos humanos, basándose esencialmente en la prohibición de la censura y revisión administrativa previa (Constitución, art. 2, inc. 4). Su alcance tutela, incluso, ideas que pueden ser contrarias a las ya establecidas en el ordenamiento jurídico o alguna disposición del órgano ejecutivo,² salvo excepciones a las cuales se hará referencia posteriormente (de seguridad nacional).

Luis Huerta fundamenta la libertad de expresión en servicio de cinco pilares: el desarrollo humano y su autonomía individual, el fortalecimiento de la democracia, la formación de una opinión pública libre, la garantía de otros derechos fundamentales y la creación de un libre mercado de ideas.³ Se basa en que el ser humano, como animal racional y social estructurado bajo un orden jurídico especialmente democrático, requiere la libertad de expresión para su eficaz desenvolvimiento, interacción social y desarrollo comunitario. Su naturaleza mental implica la creación libre de ideas.

A su vez, el propio sistema democrático se nutre de la libertad de expresión, pues, como tal, no podría existir sin un reconocimiento y respeto a la pluralidad de ideas e intereses. Las sociedades son estructuras plurales y dinámicas; son direccionadas por ideales individuales o colectivos. La experiencia histórica de aquellas épocas donde el Estado monopolizaba y regulaba lo difundido dio muestra de una sociedad intolerante, discriminatoria e inmersa en el oscurantismo. El desarrollo democrático es individual y social.

¹ Enrique Bernales, *La Constitución de 1993. Análisis comparado* (Lima: Constitución y Sociedad, 1999), 122.

² Ronald Gamarra, “La libertad de expresión y criminalización de la protesta social”, en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, comp. por Eduardo Bertoni (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010), 183-186.

³ Luis Huerta, “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”, *Pensamiento Constitucional XIV*, n.º 14 (2010): 320.

Bajo la premisa de que ningún derecho es absoluto, la libertad de expresión también tiene límites. Recordemos que el rango internacional y constitucional de este derecho es compatible con otros de mayor o igual nivel, verbigracia, la seguridad social, la dignidad humana y la democracia. No obstante, la casuística nos demuestra que es posible la existencia de sucesos humanos donde se ponga en jaque la armonía de tales derechos frente a la libertad de expresión. Generalmente, ocurren porque la libertad de expresión, en su ejercicio y, a diferencia de otros derechos, al contemplar la negativa de la censura previa, es limitada únicamente *ex post* (después del hecho), bajo sanción o indemnización. A nadie se le puede negar la posibilidad de expresarse; empero, una vez ejercido el derecho, el sujeto del derecho se transforma en el sujeto del deber y, por lo tanto, le corresponde asumir la responsabilidad de lo publicado, ya sea mediante indemnización al nuevo sujeto del derecho (la sociedad puede ser representada a través del ministerio público o un particular en específico) o sanción administrativa o penal, si el ejercicio del mismo contrajera alguna circunstancia contraria al ordenamiento jurídico. Claro ejemplo es la inexistencia de tentativa a la apología (Código Penal, art. 316°), dejando constancia de que, a pesar de ser una acción perseguida por la sociedad, no se puede impedir el ejercicio de expresión, siendo sancionado solo si se consumó el acto. Tal control *ex post* crea una ficción en la sociedad de desorganización jurídica, haciéndole creer que la libertad de expresión es contraria a otros derechos, como la seguridad social, la dignidad humana, la democracia, etc.

Rafael Flaquer define la libertad de reunión como una congregación de determinados sujetos de manera temporal.⁴ El criterio de temporalidad es, pues, lo que diferencia la libertad de reunión de la de asociación, misma que tiene carácter trascendental, al punto de crear una persona jurídica. El autor en referencia añade que tal congregación está dirigida a tratar un asunto que les concierne de forma individual o colectiva. Complementando tal perspectiva de forma general, conforme a nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución añade que tal derecho debe tener matices pacíficos (art. 2, inc. 12). Bernaldes Ballesteros interpreta “lo pacífico” refiriéndose tanto a las finalidades como a los métodos de reunión.⁵ Respecto a lo primero, el ordenamiento jurídico no ampara reuniones pacíficas destinadas a la organización de la violencia o criminalidad, aun cuando tal perspectiva tenga justas directrices, verbigracia, organizar una acción violenta frente a un gobierno de facto. Respecto a lo segundo, el ordenamiento jurídico tampoco ampara las reuniones destinadas a fines pacíficos o de benevolencia si son ejercidas con violencia.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) expresa: “El derecho de reunión [...] [es] fundamental [...] para la existencia y el funcionamiento

⁴ Rafael Flaquer, “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”, *Ayer*, n.º 34 (1999): 154-155.

⁵ Bernaldes, *La Constitución...*, 142-143.

de una sociedad democrática”.⁶ Al ser la democracia la expresión del interés comunitario, bajo representación estatal, implica una decisión comunal y un control constante del ejercicio del poder. La gestión de los mismos puede ser susceptible de discusión vía reunión por parte de las autoridades públicas y de la sociedad en general. Adicionalmente, la CIDH añade: “Por estas razones, difícilmente puede ejercerse la defensa de los derechos humanos en contextos en los que se restringe el derecho de reunión pacífica. [...] el ejercicio del derecho de reunión es básico para el ejercicio de otros derechos como la libertad de expresión”.⁷ La unificación y expresión de pensamientos, ideales y demás, mediante la libertad de reunión, no se puede monopolizar o autorizarse bajo decisión estatal (salvo en casos de urgencia, sanidad o necesidad pública) porque se correría el riesgo de controlar su contenido y caer en un Estado autoritario. Erradicar o restringir la libertad de reunión sería negar la naturaleza social y el libre desenvolvimiento del individuo.

La libertad de protesta es, quizá, una de las variantes más populares de la libertad de expresión y de reunión. A diferencia de la libertad de manifestación, que también es otra variante de tales derechos, la protesta tiene una directriz de negación o rechazo frente a una acción, norma o disposición estatal o privada. La CIDH menciona que la protesta es “una forma de acción individual o colectiva dirigida a expresar ideas, visiones o valores de disenso, oposición, denuncia o reivindicación”.⁸ Es menester reivindicar que la protesta puede adquirir una dimensión individual y colectiva, también denominada protesta social. Esta última es materia del presente estudio. La protesta, individual o social, adquiere la necesidad de ser pacífica sea cual sea el ideal defendido. Se justifica porque la democracia –a diferencia de su predecesor, el sistema monárquico– comprende el control normativo, el equilibrio, la fiscalización y colaboración de instituciones y autoridades; todos ellos incluyen mecanismos de participación ciudadana: la protesta es uno y quizá el más usado.

Al ser la sociedad un sistema jurídico e institucionalmente organizado (llámese complejo), el rechazo hacia las disposiciones gubernamentales y administrativas –ejercido por la comunidad que no tiene poder administrativo o facultades fiscalizadoras e investigadoras concretas o, de tenerlas, no tiene la competencia para direccionar tales disposiciones– se materializa esencialmente en la protesta. Tal accionar pasa primero por la recreación mental de tal negativa gubernamental, su difusión (libertad de expresión) y la organización de los sectores comunales para tal fin (libertad de reunión). El derecho a la protesta social unifica a estos dos últimos

⁶ CIDH, *Informe de la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006, párr. 50, <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.htm>.

⁷ CIDH, *Informe*, párr. 52.

⁸ CIDH, *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019), <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>, 5.

ámbitos, por lo cual cualquier interrupción o acción estatal que pretenda suspender tales procesos, ya sea en su forma conjunta o individual, de forma directa o indirecta, está transgrediendo este derecho.

Ahora bien, en Latinoamérica, la protesta social se ha presentado de forma reiterada debido a las situaciones que acontecen en cada Estado. Como lo reporta la cadena de noticias BBC, a finales de octubre de 2019 hubo protestas en Bolivia, Chile, Ecuador, Haití, Honduras y Perú.⁹ A finales de noviembre del mismo año, informa que continuaron las protestas en Haití, Bolivia, Chile y Ecuador y aumentaron en Colombia, Venezuela, Nicaragua, El Salvador y Argentina.¹⁰

No es casual que este estallido social en cada país se haya agravado durante el periodo pandémico del covid-19, ante las injusticias, inconformidades, desigualdades (económicas, sociales, culturales y educativas) o irregularidades por parte de determinados gobiernos frente a la sociedad a la que sirven. Por ello, continuando la línea argumentativa, se resumirá la realidad latinoamericana en materia de protestas (el contexto, el grado de violencia, la participación de órganos internacionales y la defensoría del pueblo), conforme a determinados países y sus consecuentes estructuras jurídicas. Por motivos didácticos, y al ser imposible abarcar tal tema en su totalidad en el presente escrito, se enfatizará en las protestas más relevantes.

Una de las protestas sociales más nefastas para el Perú fue lo acontecido en la llamada “Gran marcha ciudadana” (del 11 al 15 de noviembre), extendida a varias ciudades y departamentos. La CIDH, en un informe realizado en su visita al país el 29 de noviembre del 2020, menciona que el principal motivo fue la grave crisis política e institucional por la que atravesaban los poderes del Estado, esencialmente el Ejecutivo y el Legislativo, pues la vacancia del entonces presidente Martín Vizcarra Cornejo en pleno estado de emergencia no traería más que perjuicios a la estabilidad nacional. En tales protestas existen cuestionamientos sobre el ejercicio de la fuerza pública, como el uso de armas letales, las detenciones arbitrarias, el uso de efectivos policiales vestidos de civiles, el retiro de periodistas, etc., y se cuestiona la presencia de la Defensoría del Pueblo en tutela de los derechos de los protestantes.¹¹

En Bolivia se inició la “Revolución de las pititas”, luego del anuncio de los resultados de las elecciones generales del 20 de octubre de 2019, pues señalaba a Evo Morales como presidente por un periodo más. La protesta buscaba que se instaurara

⁹ Gerardo Lissardy, “Protestas en América Latina: ‘Vamos a seguir con manifestaciones hasta que los pueblos crean que se gobierna para ellos y no para un puñado’”, *BBC News*, 24 de octubre de 2019, acceso el 19 de febrero de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50137163>.

¹⁰ Gerardo Lissardy, “Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva ‘década perdida’ explicar lo que ocurre en las calles?”, *BBC News*, 29 de noviembre de 2019, acceso el 19 de febrero de 2021, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>.

¹¹ OEA, “La CIDH culmina visita de trabajo al Perú”, comunicado de prensa, 7 de diciembre de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/290.asp>.

una segunda vuelta entre Evo Morales y Carlos Meza, por haber fraude electoral. La población desconfiaba de las autoridades, pues el tribunal supremo electoral había reconocido a Evo como presidente y porque, años antes, el tribunal constitucional boliviano había emitido una sentencia que declaraba inconstitucionales artículos de la ley electoral, que habilitaban a Evo a postularse una vez más, a pesar del referendo en el que ganó el no a la reelección. La CIDH, en una visita el 10 de diciembre de 2019, señaló que se debía buscar el diálogo, pues se estaba frente al escenario de protesta en un contexto de violencia generalizada.¹² Se tiene conocimiento de que la Defensoría del Pueblo actuó en las protestas, llamando a la paz y reportando el número de detenidos, heridos y muertos durante ellas.¹³

En Chile, el “estallido social” (14 de octubre del 2019) se inició por el aumento en el costo de determinados servicios, fue creciendo progresivamente y detonó con la indignación frente a la discriminación. Los protestantes, principalmente estudiantes y líderes universitarios, denunciaron que fueron censurados, ya que les prohibieron rendir el examen de admisión a la universidad y en otros casos les suspendieron la matrícula en sus respectivas carreras;¹⁴ los periodistas y miembros de la prensa chilena no fueron ajenos a la vulneración de su derecho a la libertad de expresión, pues muchos fueron despedidos y otros tantos perdieron equipos con grabaciones y material que documentaba lo que sucedía en las marchas a lo largo del país.

La CIDH realizó un informe con recomendaciones y conclusiones de lo acontecido, donde señala que “aunque el derecho a reunión y la protesta social ha sido extensamente tratado por los organismos internacionales de derechos humanos, en Chile el derecho a la manifestación pacífica no está garantizado de forma plena”.¹⁵ Cabe mencionar que Chile no tiene consagrada una defensoría del pueblo, pero cuenta con una Defensoría Penal Pública y una Defensoría de la Niñez que, de una u otra forma, cumplen con algunas de las funciones de aquella; no obstante, estas entidades no son constitucionalmente autónomas. En noviembre de 2020 nuevamente se llevaron a cabo protestas, con la finalidad de apoyar la creación de una

¹² OEA, “CIDH presenta sus observaciones preliminares tras su visita a Bolivia, y urge una investigación internacional para las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco del proceso electoral desde octubre de 2019”, 10 de diciembre de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/321.asp>.

¹³ *Los Tiempos*, “Defensoría registra 29 heridos y 57 detenciones en protestas por comicios”, 25 de octubre de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20191025/defensoria-registra-29-heridos-57-detenciones-protestas-comicios>.

¹⁴ OEA, “CIDH culmina visita *in loco* a Chile y presentó sus observaciones y recomendaciones preliminares”, comunicado de prensa, 31 de enero de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

¹⁵ GAIA, Artículo 19, CTA Autónoma, CELS, CDHAL, LADH, FIDH, Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, OMCT, IWGIA, *Informe Final. Misión Internacional de Observación en Chile, 6-11 de noviembre de 2019*, 2020, 39, <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final-Misio%CC%81n-de-Observacio%CC%81n-a-Chile.pdf>.

nueva Constitución Política en Chile. Muchos protestantes pretenden instaurar una defensoría del pueblo en esa nueva Constitución.¹⁶

Venezuela tampoco fue ajena a las protestas. Durante 2019 y 2020 se registraron 9.633 casos de protestas, siendo este periodo el cuarto año más conflictivo de la década y coincidiendo con la pandemia por covid-19.¹⁷ Muchas de las protestas obedecen a que una serie de productos básicos y de primera necesidad son de consumo restringido y de difícil adquisición. En tales protestas sociales se vulneran varios derechos a causa de la concentración del poder por el gobierno de turno. La CIDH realizó una visita *in loco* a Venezuela, mas no pudo examinar a profundidad los temas de las protestas y de la libertad de reunión, pues se enfocó en la migración. Respecto a la libertad de expresión señaló que es menester permitir que los medios de comunicación informen acerca de lo que sucede sin ningún tipo de censura.¹⁸ El informe de la CIDH no menciona acción alguna de la Defensoría del Pueblo, como tampoco en otros de sus comunicados, como el del 1 de marzo de 2019, que condena la represión del 23 de febrero de 2019¹⁹ por una protesta por impedir el acceso de ayuda humanitaria enviada de otros países.

Por otro lado, de acuerdo con la Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social (Funides), Nicaragua es un Estado que ha permanecido en protesta desde 2018. Se sabe que el mes de abril de dicho año fue crucial para los manifestantes nicaragüenses, pues el día 18 estalló la protesta social ante la vulneración de derechos fundamentales –como la libre movilización, expresión y reunión, consignados en la Constitución Política– con detenciones arbitrarias por parte de los policías.²⁰

En una visita de trabajo realizada el 21 de mayo de 2018, la CIDH condenó el uso excesivo de la fuerza por parte de agentes estatales y por terceros armados para reprimir las protestas e instó a tomar medidas urgentemente para garantizar el pleno

¹⁶ *La Tercera*, “La defensoría del pueblo: Qué es y cómo funcionaría si llega a implementarse en una nueva Constitución”, 18 de diciembre de 2020, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-defensoria-del-pueblo-la-entidad-que-podria-sumarse-por-primera-vez-a-la-constitucion/7THKXHPOBBEJXKBKXJVO2G454E/>.

¹⁷ *Deutsche Welle*, “En Venezuela ha habido casi 8000 protestas sociales en medio de la pandemia”, sección en español, 26 de enero de 2021, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.dw.com/es/en-venezuela-ha-habido-casi-8000-protestas-sociales-en-medio-de-la-pandemia/a-56353005>.

¹⁸ OEA, “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita *in loco* a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”, comunicado de prensa, 8 de mayo de 2020, acceso el 15 de febrero del 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.

¹⁹ OEA, “CIDH y Redesca condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”, comunicado de prensa, 1 de marzo de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>.

²⁰ Fundación Nicaragüense para el Desarrollo Económico y Social, *Nicaragua. Informe de Coyuntura*, abril de 2020 (Nicaragua: Funides, 2020), <https://funides.com/wp-content/uploads/2020/04/FUNIDES-Informe-de-Coyuntura-de-Nicaragua.-Abril-2020.pdf>.

ejercicio de los derechos de libertad de expresión, reunión pacífica y participación política.²¹ No se tiene noticia sobre la actuación de la Defensoría Pública en las protestas. En la actualidad, el presidente Daniel Ortega se mantiene en su cargo, y debido a ello persiste la represión a los miembros de la llamada “oposición”, pues se ven obligados a huir a otros países para no ser encarcelados.

En Colombia, en 2021 hubo protestas entre abril y junio, debido a la reforma tributaria presentada por el gobierno de Iván Duque, con la que se pretendía gravar productos de primera necesidad; a la propuesta de reforma del sistema pensionario, y al mal manejo de la pandemia, entre otras causas. Durante estas protestas hubo participación de varias ciudades del país: Bogotá, Cali, Medellín, entre otras. En el mes de mayo, frente a las protestas, las fuerzas del orden actuaron de manera violenta, y dejaron alrededor de 13 muertos en Cali y el Valle del Cauca, luego de lo cual la represión policial aumentó aún más.

En un comunicado, la CIDH condenó los actos de los agentes de Estado: se “urge al Estado a respetar los más altos estándares en cuanto a la libertad de expresión, uso de la fuerza y debida diligencia”.²² También señaló que se le debía permitir su acceso, pues en una primera oportunidad el Estado se lo negó. Asimismo, precisó la cantidad de protestas, que ascendían a 9.623, de las cuales 1.038 habrían sido violentadas, con casos de fallecimientos, desapariciones, personas heridas y agresiones sexuales, todo por el uso desproporcionado de la fuerza. Se tiene conocimiento de que la Defensoría del Pueblo instó en repetidas oportunidades al Estado a que cesara el uso desproporcionado de la fuerza y contribuyó con la CIDH al análisis de la situación durante su visita. En el momento de la redacción de este documento, las protestas parecen seguir.

Se deja constancia de que el sistema interamericano de derechos humanos y la Defensoría del Pueblo juegan un papel fundamental frente a la defensa de los derechos en las protestas sociales. Respecto al primero, las recomendaciones hechas por la CIDH y las sentencias emitidas por la Corte IDH en materia de protesta, libertad de reunión y expresión resultan trascendentales para evitar la violación de derechos de un individuo o colectivo en específico y para orientar la interpretación jurídica de cada país.

Un ejemplo de esto es la sentencia referente al Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, en el que los derechos de libertad de reunión y expresión de un grupo de 11 mexicanas se vio vulnerado, al ser detenidas arbitrariamente

²¹ OEA, “Observaciones preliminares de la visita de trabajo de la CIDH a Nicaragua”, comunicado de prensa, 21 de mayo de 2018, acceso el 15 de febrero del 2021, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/113.asp>.

²² OEA, “La CIDH condena las graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas en Colombia, rechaza toda forma de violencia y reitera la importancia de que el Estado honre sus obligaciones internacionales”, comunicado de prensa, 25 de mayo de 2021, acceso el 10 de julio de 2021, <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>.

por parte las autoridades policiales luego de una protesta en contra del proyecto de construcción de un aeropuerto en Atenco, y sometidas a abuso físico, sexual y psicológico con la finalidad de humillarlas por el hecho de ser mujeres. En este caso, la Corte IDH resuelve: “Cuando la violación del derecho a la libertad de reunión pacífica es un factor habilitante e incluso determinante o una precondition para la violación de otros derechos [...], también inevitablemente se ve afectado el derecho a la libertad de reunión pacífica y ello merece ser reconocido”.²³ Por lo anterior, se falló en favor de las féminas de manera parcial, pues sí se vulneró el derecho de reunión y a la protesta pacífica, mas no el derecho a la libre expresión (además de violación de la libertad sexual), ya que no necesariamente están vinculados; se aplicó el uso excesivo de la violencia sin necesidad, pues la manifestación era pacífica. Otro ejemplo emblemático es la sentencia del Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, donde Escalera Mejía, defensor del ambiente en Honduras, fue asesinado durante el ejercicio de una protesta pacífica. La Corte IDH confiere la responsabilidad de tal acontecimiento al Estado, que llega a un acuerdo amistoso con la familia del fallecido.²⁴

El papel trascendental que cumple la defensoría del pueblo en tales manifestaciones será explicado por motivos didácticos en el punto 4.1 de este artículo.

2. Fuerza pública y represión en las protestas sociales

En el tan evolucionado Estado de derecho, es muy cuestionada la existencia, necesidad y práctica de la fuerza pública que, en su ejercicio, puede devenir en violencia. Igualmente, se critica la legalidad, necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza pública por los agentes del orden frente a un caso en concreto, como en una protesta social. Por ende, se hará un análisis jurídico y normativo sucinto, tratando de enfocar los aspectos más relevantes en la materia.

En el ámbito internacional se tienen instrumentos tales como el Código de Conducta para Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que en su artículo 3 señala: “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas”.²⁵ La evaluación de la situación debe hacerse con base en los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, que en el principio 4 estipula que los funcionarios

²³ Corte IDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371, párr. 172.

²⁴ Corte IDH, Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm. 361, párr. 19.

²⁵ Naciones Unidas, Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, art. 3.

intentarán usar medios no violentos en la medida de lo posible y que solo se recurrirá a la fuerza cuando otros medios resulten ineficaces. En el mismo instrumento se establecen dos posibles situaciones de uso de fuerza: manifestaciones ilícitas, pero no violentas, y manifestaciones violentas; sin embargo, en cada situación se señala que debe evitarse su uso y, de hacerlo, debe ser siempre de manera mínima.²⁶ Hay que señalar que estos instrumentos son genéricos, por lo que el control del uso de la fuerza de forma pormenorizada corresponde a la legislación nacional del Estado.

Existen Estados, como Chile, Bolivia, Venezuela, que en su legislación no desarrollan ninguna definición de fuerza pública, ni de uso de la fuerza, y se limitan a establecer lineamientos. Por ejemplo, en el caso chileno, Ley 18961, Decreto 1364, Circular 1832; en el boliviano, Constitución Política de 2009 (art. 251), Ley Orgánica de la Policía de 18 de diciembre de 1961; en el venezolano, Constitución Política (art. 55), Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, Ley del Estatuto de la Función Policial, entre otros.

En Nicaragua, en el reglamento de la Ley de la Policía Nacional se señalan formas en las que se manifiesta el uso de la fuerza, a saber: uso de armas de fuego, bastón policial, rociadores de gases, así como los niveles graduales para la intervención. Sin embargo, al igual que en los anteriores ordenamientos, no se ofrece una definición de la fuerza pública. En el Perú, el Decreto Legislativo 1267 se refiere a la fuerza pública en los siguientes términos: “Es la atribución del Estado, ejercida por la Policía Nacional del Perú que faculta el uso de la fuerza de manera legítima en el cumplimiento de su finalidad, para la conservación del orden interno y para garantizar el funcionamiento de los poderes del Estado dentro del orden constitucional”.²⁷ Tal concepción normativa es congruente con el Decreto Legislativo 1186, que menciona que la fuerza (se colige que se refiere a la “fuerza pública” y no a la “fuerza” como está redactado) es “el medio que en sus diferentes niveles usa el personal de la Policía Nacional del Perú, dentro del marco de la Ley, para lograr el control de una situación que constituye una amenaza o atenta contra la seguridad, el orden público, la integridad o la vida de las personas”.²⁸

De todo ello podemos concluir que la fuerza pública es la capacidad y/o derecho estatal para mantener el orden interno, entre otras funciones. Es también una parte del derecho administrativo con carácter organizacional, materializada fundamentalmente a través de las facultades delegadas a la policía nacional (Constitución, art. 166), mismas que tienen atribuciones reglamentarias, coercitivas y coactivas,

²⁶ Naciones Unidas, Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, La Habana (Cuba), 27 de agosto-7 de septiembre de 1990, art. 9.

²⁷ Decreto Legislativo 1267, Ley de la Policía Nacional del Perú, *El Peruano* 13900, 18 de diciembre de 2016.

²⁸ Decreto Legislativo 1186, que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú, *El Peruano* 13360, 16 de agosto de 2015.

conocidas doctrinariamente como poder o derecho de policía. Entonces, la fuerza pública tutela al conjunto de leyes y disposiciones emitidas por las autoridades a los ciudadanos para mantener la seguridad y permitir el pleno ejercicio de sus derechos a través del límite y control de los mismos.

“La fuerza sin derecho es anarquía y el derecho sin fuerza, impotencia”²⁹ es un adagio que nos ilustra respecto a la necesidad de la fuerza pública. No sería factible la existencia de algún orden social si el mismo no puede plasmar y hacer cumplir sus propias disposiciones: ello devendría en letra muerta. Por esto, en los ordenamientos que se han estudiado, una de las funciones principales de la policía es hacer cumplir la ley. Plasmar disposiciones implica legislar o reglamentar, bajo condición de ser congruente con las normas superiores y de igual rango (Constitución y leyes); hacer cumplir las disposiciones emitidas implica delegar una cuota de poder coercitivo y coactivo a un órgano en específico (policía nacional) y que este sea congruente con la directriz y las disposiciones emitidas por la autoridad competente. Se infiere que el Estado, al delegar tal cuota de poder, tuvo primero la exclusiva concesión del mismo.

Al respecto, Max Weber, en su libro *La política como vocación*, refiere que el Estado monopoliza la violencia física (podemos entender que el término “violencia” hace referencia a la fuerza pública) de forma legítima.³⁰ Se desprende que el ejercicio de la fuerza pública solo enmarca acciones físicas; como tal, el uso de mecanismos morales, económicos, psicológicos y demás es ilegítimo no solo para el Estado sino para todo el ordenamiento jurídico. De igual forma, la fuerza pública persigue fines públicos, lo cual implica que una autoridad no puede emitir disposiciones accionantes de la policía nacional con el fin de impedir el desenvolvimiento del sector privado, salvo necesidad e interés público.

Respecto a las facultades y competencias de la policía nacional, desde una perspectiva general, tenemos que adentrarnos en lo que refiere la Constitución. En el Perú se contempla el Sistema de Defensa Nacional para mantener la seguridad nacional; este está dividido en un sistema de defensa externo (comprendido por las fuerzas armadas) y otro interno (comprendido por la Policía Nacional), ambos subordinados al presidente de la República. El orden interno, entendido como un estado social de cumplimiento de la plenitud jurídica, libre desarrollo de los derechos y organización democrática, es políticamente conservado por el presidente de la República (Constitución, art. 118, inc. 3), pero, pragmáticamente, por la Policía Nacional a través del uso de la coerción y coacción. La coerción es la presión psicológica o intimidatoria sobre las personas, que emana de la simple presencia policial con el fin de que sus actitudes se ajusten conforme al derecho: es una presencia subjetiva, en

²⁹ José Ferro, “La Policía Nacional y la Fuerza Pública”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* XXXIV, n.º 96 (2013): 92-93.

³⁰ Ciudadano 014-Q, “El Estado como monopolio de la violencia según Max Weber”, blog La Sangre del León Verde, 4 de enero de 2012, acceso el 19 de febrero de 2020, <https://www.lasangredelleonverde.com/el-estado-como-monopolio-de-la-violencia-segun-max-weber/>.

tanto no sea de alta intensidad, donde ya devendría en un supuesto de ilegitimidad para un Estado democrático. La segunda es la acción o uso de la fuerza estatal en cumplimiento del orden jurídico o una disposición en específico: es estrictamente objetiva. El uso del poder coactivo se limita, en esencia, bajo criterios de legalidad, necesidad y proporcionalidad frente a un caso en concreto.

Respecto a la naturaleza y justificación de las protestas sociales, recordemos primero (véase *infra*, punto 3) que es la concurrencia de personas en un espacio determinado, de forma temporal, dirigida a expresar el rechazo o negativa frente a una disposición o reglamento emitido por un órgano estatal. Su ejercicio debe ser pacífico en su vertiente negativa (con ausencia de violencia). El derecho a la protesta pertenece o es consecuente con el orden público bajo dos argumentos: primero, porque está contemplado en el artículo 2, inciso 12, de la Constitución, lo cual implica que, por el principio de congruencia y desarrollo constitucional, las demás disposiciones constitucionales y de menor jerarquía permanecen ordenadas jurídicamente con tal derecho; segundo, porque la libertad de protesta es una expresión de un ideal, implica aceptar una pluralidad de juicios e intereses y establecer acciones de equilibrio de los mismos en búsqueda del bien común; entonces, la protesta favorece a la democracia. Claro, esto se cumple siempre que las protestas sociales mantengan los requisitos de no alterar la tranquilidad pública, no generar daños a la propiedad pública ni privada, ni acciones contrarias al orden jurídico. No alterar la tranquilidad pública no implica no causar ningún tipo de desorden, pero tampoco avala el abuso injustificado del mismo.

Control y represión de las protestas sociales son términos totalmente distintos. El primero hace referencia a las acciones de políticas públicas dirigidas a garantizar los límites de la legalidad en las protestas sociales, mientras que el segundo acciona cuando tales límites han sido sobrepasados por los protestantes, accionando otro conjunto de políticas públicas dirigido a volver al orden jurídico y, de ser el caso, sancionar a los responsables. El control de las protestas sociales, al provenir del derecho, solo puede ser en el acto o *ex post*. No es posible impedir la realización de una protesta antes de su ejecución mediante vía administrativa, salvo excepciones de interés público, sanitarias o de peligro inminente.

En el acto, la protesta puede ser controlada mediante el poder o derecho de policía, facultando a las autoridades legislativas, ejecutivas, regionales y municipales a legislar y reglamentar la forma de llevar la misma siempre que no transgreda directa o indirectamente la libertad de reunión y expresión, no criminalice su actuar y no verse sobre el fondo del asunto. A su vez, la policía nacional puede hacer uso de sus facultades coercitivas presentándose a la protesta bajo un criterio pasivo con el fin de incentivar, con su presencia, a los protestantes a ser pacíficos en su actuar y regirse al orden jurídico.

Respecto a la represión, se ejerce mediante la coacción que se activa legítimamente solo cuando la protesta social devendría en un atentado al orden público, es ejercida con violencia o viola disposiciones administrativas, penales o constitucionales,

y pueden presentarse intervenciones, arrestos, uso de armas de contención, uso de tácticas defensivas no letales, uso de la fuerza letal (Decreto Legislativo 1186), etc., bajo criterios de necesidad, legalidad y proporcionalidad. Caso contrario, hacer uso de la coacción frente a una protesta legal y legítima, devendría en un abuso del poder, cayendo en infracción administrativa, en fuero militar o sanción penal de acuerdo con la amplitud y las características de la acción por parte del personal policial involucrado.

Ahora bien, respecto al uso de la fuerza coactiva, conforme al Decreto Legislativo 1186, esta debe utilizarse de forma progresiva y bajo advertencia, lo que implica que tiene niveles y alcances. Esta norma establece dos niveles de uso de la fuerza policial, denominados preventivos y reactivos. Ambos se dividen en tres subniveles, de acuerdo con la magnitud de la fuerza; el más grave es la fuerza letal, que implica el uso de armas de fuego por cualquier agente policial contra alguien que, mediante su acción, representa un peligro real e inminente de muerte o lesiones graves, con el fin de controlarlo y defender la propia vida y la de otras personas. Esta agresión no está destinada a causar la muerte del agente, sino a someterlo.

A su vez, con posterioridad al uso de la fuerza, la policía nacional debe adoptar medidas para brindar asistencia y servicios médicos a los heridos (de ser posible); para comunicar a los familiares respecto a las personas fallecidas, heridas o afectadas (de ser posible) y presentar un informe a la unidad policial, contemplando los medios utilizados, el personal, las armas empleadas, etc. A su vez, el uso de la fuerza se limita por la legalidad, necesidad y proporcionalidad. Respecto a la primera, el Decreto Legislativo 1186 refiere que la fuerza debe ceñirse al logro de un objetivo legal y debe ser amparado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Constitución y demás normas legales concernientes en la materia; en cuanto a la necesidad, la fuerza solo debe operar frente a la ineficacia o estado de desprotección de otros métodos; por lo que toca a la proporcionalidad, el Decreto Legislativo 1186 refiere que la fuerza es proporcional cuando corresponde a la resistencia ofrecida y al peligro presente. Todos los requisitos mencionados son de cumplimiento obligatorio, al ser el uso de la fuerza física de *ultima ratio* y por generar graves repercusiones en los sometidos; caso contrario, podría devenir en abuso de poder y vulnerar derechos fundamentales y constitucionales de las personas sometidas.

La experiencia nos indica que la protesta es muchas veces contraria al ideal jurídico materializado en una disposición, ley o reglamento, de una autoridad. Entonces, se podría decir que ciertos funcionarios podrían utilizar el poder que tienen o accionar preventivamente a sus superiores, para nuevamente disponer, legislar o reglamentar normas con el fin de regular la protesta, desnaturalizando o limitando su ejercicio a niveles ineficaces o, incluso, hasta criminales. Esto es lo que se conoce como la criminalización de la protesta.

En palabras de Ronald Gamarra, en el Perú, la criminalización de la protesta se manifiesta en los siguientes actos:

Recurso a la represión violenta; expedición de normas que permiten el uso desproporcionado de la fuerza; policía nacional puesta a disposición de las empresas privadas; participación de las fuerzas armadas en el control de los conflictos sociales; recurso al derecho penal; detención, investigación y procesamiento de manifestantes; cierre arbitrario de medios de comunicación y hostilización a organizaciones no gubernamentales que acompañan la protesta social.³¹

Obviamente, recurrir al derecho penal sería la forma más grave y menos eficiente de control y represión a la protesta, bajo los siguientes argumentos: no se persigue un interés criminal; se estaría aceptando que la protesta es antijurídica o contraria al ordenamiento jurídico (lo cual queda desvirtuado con los análisis precedentes) y se transgreden principios básicos del derecho penal, como la fragmentariedad y la subsidiariedad, actuando el derecho penal en primera *ratio* frente a acciones no tan graves, tuteladas por la Constitución.

Frente a incongruencias entre lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, el ejercicio de la protesta y de la fuerza pública, sean cuales sean sus permutaciones, se activan una serie de instituciones con el fin de investigar, normar, sancionar y plantear soluciones. Uno de ellos es la defensoría del pueblo, que tiene facultades investigativas y orientadoras. Las resoluciones emitidas por esta entidad no son vinculantes, lo cual trae muchos cuestionamientos.

3. El rol del *ombudsman* como defensor de los derechos humanos

El *ombudsman* o defensor del pueblo es sin duda una de las autoridades más importantes en materia de protección de derechos constitucionales y fundamentales. Sus facultades y competencias resaltan al punto de que esta autoridad, en el Perú, adquiere cierta semejanza con los congresistas para asegurar un verdadero ejercicio autónomo: tiene iniciativa legislativa y goza de las mismas prerrogativas e inmunidad. Por otro lado, la defensoría del pueblo, como institución de carácter mediador y garante, es sumamente necesaria en un Estado democrático de derecho para controlar a la administración pública, conectar a la población con el Estado y para la defensa de derechos individuales y colectivos. Aquí nos interesa la acción tanto del defensor como de la defensoría frente a la dicotomía entre las protestas sociales y la fuerza pública en Latinoamérica, por lo que resulta pertinente abordar el tema, primero, enfocándonos en la forma jurídica del defensor del pueblo en Latinoamérica, para luego adentrarnos en sus competencias y su rol de garante en los Estados democráticos, y, finalmente, referirnos a las competencias del defensor del pueblo frente a las protestas sociales.

³¹ Gamarra, “La libertad de expresión y criminalización de la protesta social”, 189.

3.1. El *ombudsman* en Latinoamérica

Bajo criterios estructurales, el tema se abordará mediante una comparación constitucional y legislativa de distintos países latinoamericanos con el fin de tener una perspectiva general respecto a nuestra realidad.

Conforme a las diferentes leyes que rigen cada nación, es evidente que no todos los países latinoamericanos cuentan con una defensoría del pueblo. En el Perú rige el *ombudsman*, definido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como “una institución que protege a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública, que pueden afectar sus derechos y garantías fundamentales”.³² Esta entidad es un organismo constitucionalmente autónomo: países como Chile y Nicaragua no cumplen con este requisito.

Resulta interesante comparar a Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela y Nicaragua, por ser países que cuentan con una defensoría del pueblo, pero con diferentes regulaciones en sus sistemas jurídicos.

Al respecto, Perú consagra al defensor del pueblo, haciendo referencia a su labor de servicio a la nación, aunada a la seguridad que garantiza que el cargo será llevado con responsabilidad y sin riesgo de que sea manipulado con finalidades de llegar al Parlamento o la Presidencia, pues existe una restricción que condiciona una renuncia de seis meses de antelación en caso de querer postularse en la carrera electoral, además de la fiscalización por parte de la Comisión Permanente del Congreso de la República. Sumado a ello y de mayor relevancia constitucional es que la elección del defensor del pueblo se hace mediante el voto del Parlamento para un periodo de cinco años. Ser abogado de profesión y tener una edad mínima de 35 años son requisitos para ejercer el cargo. Como se señaló, la inmunidad y las prerrogativas del defensor son iguales a las de un congresista.³³ Sus funciones son: defender derechos constitucionales y fundamentales, supervisar el cumplimiento de deberes de administración estatal y prestar servicios públicos a la ciudadanía.

El caso boliviano es similar al del Perú, pues también se trata de un órgano autónomo. Para asegurar que este cargo no corresponda a ambiciones políticas se prohíbe la postulación de personas con parentesco consanguíneo con miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional y con autoridades de los poderes Ejecutivo y Judicial. Además, se solicita que se hable al menos dos idiomas, haber prestado servicio militar en caso de los hombres, tener 30 años y una probada trayectoria ética. El defensor del pueblo es elegido y fiscalizado por el Legislativo. El mandato es de seis años y no se tiene inmunidad.³⁴ Comparándolo con el caso peruano, no se

³² Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La figura del ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios* (San José: IIDH, 2006), 11, <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2015/la-figura-de-ombudsman-focompleto-2006.pdf>.

³³ Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, *El Peruano*, 8 de agosto de 1995.

³⁴ Ley 870, Ley del Defensor del Pueblo, *Gaceta Oficial* 919NEC, 13 de diciembre de 2016.

exige la carrera de abogacía, la edad es menor y tiene otros requisitos para impedir la politización del cargo. Sus funciones son muy similares.

El caso colombiano también tiene similitud con el peruano. La Defensoría del Pueblo es un organismo funcional y presupuestalmente autónomo desde 2015, pues antes formaba parte del Ministerio Público.³⁵ El defensor es elegido por el Congreso (Cámara de Representantes de terna elaborada por el presidente de la República), para un periodo de cuatro años. Las funciones del defensor del pueblo son similares a las del caso peruano. Plantea como su función específica la iniciativa de *habeas corpus* y tutela (acción de amparo) en procesos, y señala que la promoción y defensa es sobre derechos humanos.

Respecto al caso venezolano, se le otorga autonomía a la Defensoría a nivel constitucional. Sin embargo, establece que su labor debe desempeñarse de la mano del Poder Judicial. A su vez, el Tribunal Supremo de Justicia es el órgano competente para elegir al defensor del pueblo, cuya edad mínima debe ser de 30 años; además, un factor determinante para diferenciar el enfoque dado a esta institución es que no se exige un título en abogacía, lo que puede jugar un papel importante en el momento de cumplir el rol de defensor de los derechos fundamentales de los ciudadanos de manera eficaz ante los excesos del poder. En comparación con el Perú y Bolivia, el periodo de tiempo es mayor, pues en Venezuela es de siete años e incluso se insiste en que durante ese tiempo, por ningún motivo, el *ombudsman* venezolano debe hacer alusión a sus preferencias políticas. Además, está en la obligación de presentar proyectos de ley en beneficio de los pobladores, lo que de una u otra forma lo vincula con la función del Poder Legislativo. Cabe destacar que, a diferencia de la Constitución peruana, la venezolana sí señala las atribuciones con que cuenta el defensor del pueblo. Con respecto al análisis de ambas leyes orgánicas, existe amplia similitud de funciones y atribuciones respecto a la defensa de los derechos fundamentales; la diferencia sustancial recae en que en las leyes venezolanas se señalan las sanciones a las cuales se puede someter al defensor del pueblo.³⁶

En el caso de Nicaragua, el ordenamiento jurídico es similar al de Venezuela. Sin embargo, no hay autonomía constitucional de la Defensoría Pública (forma en la que es llamada su defensoría del pueblo), pero sí se reconoce autonomía en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La defensoría pública está íntimamente ligada al Poder Judicial, tanto es así que sus funciones solamente están dirigidas a la defensa de personas que carecen de recursos para tener un defensor en juicio.³⁷

Con respecto a países como Chile, que no cuentan con una institución que cumpla con las características de la defensoría del pueblo, sabemos que existen otras

³⁵ Acto Legislativo 2 de 2015, Reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional, *Diario Oficial* 49560, 1 de julio de 2015.

³⁶ Ley Orgánica de la Defensoría del pueblo, G.O. (37995), 5 de agosto de 2004.

³⁷ Decreto 63-99, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua, *La Gaceta* 104, 2 de junio de 1999.

entidades que si bien es cierto no son autónomas, pues dependen de los otros poderes del Estado, logran desempeñar algunas de las funciones que debería cumplir el defensor del pueblo en determinadas situaciones. Principalmente, en temas relacionados con protestas, abusos de autoridad, detenciones arbitrarias y violación de derechos de los ciudadanos. En Chile cuentan con la Defensoría Penal Pública y la Defensoría de la Niñez, encargadas de la defensa de los detenidos y la presentación de procesos constitucionales.³⁸

Con respecto a una de las atribuciones de las defensorías del pueblo en Latinoamérica, sabemos que pueden emitir informes y recomendaciones vinculadas con la afectación de derechos humanos o el abuso de poder por parte de cualquiera de los poderes de los Estados. Sin embargo, estos documentos no tienen el carácter vinculante, por lo que su adaptación queda a discreción de los órganos administrativos intervinientes.

3.2. *Ombudsman* y su rol de garante en los Estados democráticos

El Estado, como institución, es el ente encargado de proteger al individuo y a la sociedad, y salvaguardar el ejercicio pleno de sus derechos. Estas obligaciones son adquiridas por el Estado en tratados como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que señala el respeto de los derechos y el compromiso de los Estados de adoptar normativa que lo viabilice. El Estado cumple esta función mediante la separación, delegación y coordinación de funciones a través de sus distintos órganos, instituciones y el sector privado, todo ello regulado por políticas públicas. El fruto de esta sumatoria genera la prestación de bienes y servicios públicos. Implica, a su vez, la función administrativa de los recursos de por medio e incita a instaurar instituciones de control de tal función.

Una de esas instituciones, quizá una de las más importantes, es la defensoría del pueblo, que preferiblemente debería ser un órgano constitucionalmente autónomo. Sin embargo, en algunos ordenamientos, como se ha visto, no es así. Algunas de las funciones comunes a todos los Estados son: i) la defensa de los derechos humanos, constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, ii) la supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal, iii) el impulso de proyectos de ley, y iv) la emisión de recomendaciones a las autoridades. Las excepciones son Chile y Nicaragua. El primero reconoce a la Defensoría Penal Pública y a la Defensoría de la Niñez mediante mandato legal, les establece cortas competencias a ambos, pero no la de impulsar proyectos de ley ni de supervisar el cumplimiento de deberes, solo el de la defensa de personas sin recursos para conseguir un abogado y de casos en materia de familia. El segundo tiene sus funciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, no dispone de una ley orgánica propia, y sus funciones se limitan a la defensa de personas sin recursos para conseguir un defensor.

³⁸ Ley 19718, Crea la Defensoría Penal Pública, *Diario Oficial*, 10 de marzo de 2001.

3.3. El *ombudsman* y su rol frente a las protestas sociales

El papel que juega el defensor del pueblo en las protestas es fundamental, ya que su principal función en dichas circunstancias es la de velar por que no exista un abuso de poder por determinadas autoridades, un uso excesivo de la fuerza o detenciones arbitrarias. A continuación, se hará mención de algunas protestas sociales de gran impacto, que como consecuencia tuvieron la intervención de la Defensoría del Pueblo.

La marcha del mes de noviembre en el Perú se debió a que el expresidente Manuel Merino asumió el mando del Poder Ejecutivo, lo que generó la incomodidad de los ciudadanos. Durante esta protesta, la Defensoría del Pueblo jugó un papel de suma importancia con los comunicados y las actitudes que asumió. Mediante Comunicado 23-DP-2020, de 15 de noviembre de 2020, la Defensoría del Pueblo dejó constancia del uso desproporcionado e irracional de la fuerza por parte de la Policía Nacional, y recomendó desistir del mismo. A su vez, se pronunció respecto a los desaparecidos, invocando al Ministerio Público investigar las circunstancias de su desaparición, ubicarlos en la mayor brevedad posible y verificar su estado de salud. También dejó constancia de la posibilidad de que parte del personal policial pretendiera distorsionar las investigaciones y encubrir a los autores de los hechos ocurridos, así como de la existencia de un grupo minoritario de protestantes, que va más allá de los medios pacíficos de protesta. Por último, exhortó al Congreso a deliberar en el menor tiempo posible una salida constitucional para solucionar el problema. Sin embargo, no se les dio suficiente importancia a las exigencias de la institución e incluso se obstaculizó su intervención, lo que se denota con la muerte de dos jóvenes manifestantes y alto número de heridos.³⁹

La protesta suscitada en el año 2019 en Bolivia, debido a la reelección de Evo Morales para el cargo de presidente, se manifestó a lo largo y ancho del país. La Defensoría del Pueblo no intervino de forma directa en el conflicto, pues se limitó a publicar datos del número de fallecidos y heridos, mas no asumió el papel que debía, es decir, no veló por el respeto de los derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos bolivianos,⁴⁰ pero emitió recomendaciones y llamó a la paz a los movimientos de protesta.

En el marco de las protestas de 2021 acontecidas en Colombia debido a las reformas planteadas por el gobierno de Iván Duque, la Defensoría del Pueblo actuó activamente en contra del uso desproporcionado de la fuerza pública, así como negociando para el levantamiento de bloqueos en vías terrestres y colaborando con

³⁹ Defensoría del Pueblo, Comunicado 023/DP/2020, 15 de noviembre de 2020, 1-2.

⁴⁰ *Diario Gestión*, "Ansiedad y temor, las secuelas emocionales de la crisis social en los bolivianos", 7 de diciembre de 2019, acceso el 14 de febrero de 2020, <https://gestion.pe/mundo/protestas-en-bolivia-ansiedad-y-temor-las-secuelas-emocionales-de-la-crisis-social-en-los-bolivianos-nndc-noticia/?ref=gesr>.

información a la CIDH sobre la situación de derechos humanos en el contexto de la protesta.⁴¹

En el “estallido social” en Chile –donde no se cuenta con una figura de defensor del pueblo consagrada constitucionalmente–, fue notable la participación de instituciones como la Defensoría Penal Pública, que se encargó de evitar detenciones arbitrarias y proteger a los manifestantes; de igual manera, la Defensoría de la Niñez se encargó de la protección de los niños de forma correcta, evitando que sus derechos fueran vulnerados durante este conflicto social.

En el caso venezolano no se tiene noticia de la participación directa o indirecta de la Defensoría del Pueblo durante las constantes protestas. Se revisó la página web de la Defensoría del Pueblo, mediante archive.org, y no se encontró comunicado alguno sobre las protestas de 2018 y subsiguientes,⁴² por lo que se infiere que su participación resultó inexistente y, por lo tanto, no cumplió sus funciones.

En el caso nicaragüense se conoce que no hubo participación de la Defensoría Pública en las protestas realizadas. Se tiene noticia de que, incluso, dejó de funcionar durante las protestas, reanudando sus labores en julio de 2018.⁴³ Hay que resaltar las pocas competencias que tiene esta Defensoría en comparación con otros países; incluso en el caso chileno, la Defensoría Penal intervino.

Del anterior recuento, entonces, podemos afirmar que las defensorías del pueblo suelen ser más activas en países donde se garantiza su autonomía funcional. En el Perú y Bolivia está garantizada su autonomía funcional mediante mandato constitucional; en Chile se ha percibido una actuación, a pesar de la falta de independencia. Sin embargo, hay que señalar que las actuaciones distan mucho de cumplir efectivamente sus funciones como defensoría del pueblo, pues en ningún caso estudiado se han protegido los derechos humanos; solo se puede hablar de más actividad o de menos actividad.

⁴¹ Defensoría del Pueblo, Colombia, “Defensor del Pueblo solicitó audiencia y entregó a CIDH balance sobre la situación sobre derechos humanos en el país”, comunicado, 25 de mayo de 2021, acceso el 10 de julio de 2021, <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10149/Defensor-del-Pueblo-solicit%C3%B3-audiencia-y-entreg%C3%B3-a-CIDH-balance-sobre-la-situaci%C3%B3n-de-derechos-humanos-en-el-pa%C3%ADs-paro-nacional-Defensor%C3%ADa-CIDH.html>.

⁴² Defensoría del Pueblo, “Defensoría del Pueblo cerró semana aniversario con concierto: Un Canto Venezolano por la Vida y la Paz”, 7 de marzo de 2019, acceso el 15 de febrero de 2021, <https://web.archive.org/web/20190315165413/http://www.defensoria.gob.ve/zona-informativa/noticias.html>.

⁴³ Poder Judicial. Dirección General de Comunicación, “Defensoría Pública de Masaya trabaja en completa normalidad”, nota de prensa, 25 de julio de 2018, acceso el 15 de febrero de 2021, https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8907.

Conclusiones

El derecho a la protesta social es una de las bases en la democracia, pues mediante esta, históricamente, se han conquistado importantes derechos sociales. La protesta constituye un medio legítimo para expresar inconformidad; por esta razón, no se le deben establecer restricciones irrazonables a este derecho. Sin embargo, en algunas situaciones, la protesta no es pacífica y amenaza el orden interno; por ello, la fuerza pública delegada a los policías puede ser usada contra esta protesta, pero siempre preservando los derechos fundamentales de los protestantes, teniendo en cuenta que las acciones de los agentes del Estado deben subordinarse a racionalidad, necesidad y proporcionalidad, pues de recurrir a la fuerza pública de manera discrecional sería abuso de poder.

Este es el escenario donde actúa el *ombudsman*. En Latinoamérica, la actuación discrecional de los agentes del Estado y el uso desproporcionado de la fuerza pública ha sido común en dicho escenario. A través del estudio de las situaciones particulares de otros países se ha visto que la autonomía del *ombudsman* permite una mayor efectividad en la protección de los derechos fundamentales. En contrapartida, en ordenamientos donde no se garantizó la autonomía del *ombudsman* hay una protección menos efectiva, pues faltan muchas de las funciones que lo hacen eficiente. Hay que resaltar que el *ombudsman*, como defensor de un derecho que resulta una base democrática, tiene un papel sumamente importante; así, pues, se concibe idealmente como un órgano autónomo.

A pesar de que hemos mencionado la mayor efectividad de los ordenamientos jurídicos que garantizan autonomía en el nivel constitucional, no implica que el *ombudsman* en esos ordenamientos jurídicos haya actuado fiel a su función de protección de derechos, pues tanto en el caso peruano como en el boliviano hubo muertes, violaciones de la integridad física y censuras. Por ello cabe evaluar si al *ombudsman* le faltan atribuciones para lograr su fin. Al respecto, concluimos que la emisión de recomendaciones a los otros órganos que han cometido violaciones no resulta suficiente para la protección de los derechos fundamentales, en razón de lo cual se debería otorgar al *ombudsman* función investigadora contra los agentes estatales, lo que también ayudaría a la función de supervisar los deberes de la administración del Estado.

Bibliografía

- BERNALES, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: Constitución y Sociedad, 1999.
- CIUDADANO 014-Q. “El Estado como monopolio de la violencia según Max Weber”. Blog La Sangre del León Verde, 4 de enero de 2012. Acceso el 19 de febrero de 2020. <https://www.lasangredelleonverde.com/el-estado-como-monopolio-de-la-violencia-segun-max-weber/>.

- CIDH. *Informe de la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006. <https://www.cidh.oas.org/countryrep/defensores/defensorescap1-4.html>.
- CIDH. *Protesta y derechos humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal*, 39. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.22/19 (septiembre de 2019). <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. “Defensoría del Pueblo cerró semana aniversario con concierto: Un Canto Venezolano por la Vida y la Paz”, 7 de marzo de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://web.archive.org/web/20190315165413/http://www.defensoria.gob.ve/zona-informativa/noticias.html>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Comunicado 023/DP/2020, 15 de noviembre de 2020.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, COLOMBIA. “Defensor del Pueblo solicitó audiencia y entregó a CIDH balance sobre la situación sobre derechos humanos en el país”. Comunicado, 25 de mayo de 2021. Acceso el 10 de julio de 2021. <https://www.defensoria.gov.co/es/nube/comunicados/10149/Defensor-del-Pueblo-solicit%C3%B3-audiencia-y-entreg%C3%B3-a-CIDH-balance-sobre-la-situaci%C3%B3n-de-derechos-humanos-en-el-pa%C3%ADs-paro-nacional-Defensor%C3%AD-a-CIDH.html>.
- DEUTSCHE WELLE. “En Venezuela ha habido casi 8000 protestas sociales en medio de la pandemia”. Sección en español, 26 de enero de 2021. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.dw.com/es/en-venezuela-ha-habido-casi-8000-protestas-sociales-en-medio-de-la-pandemia/a-56353005>.
- DIARIO GESTIÓN. “Ansiedad y temor, las secuelas emocionales de la crisis social en los bolivianos”, 7 de diciembre de 2019. Acceso el 14 de febrero de 2020. <https://gestion.pe/mundo/protestas-en-bolivia-ansiedad-y-temor-las-secuelas-emocionales-de-la-crisis-social-en-los-bolivianos-nndc-noticia/?ref=gesr>.
- FERRO, José Guillermo Eduardo. “La Policía Nacional y la Fuerza Pública”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* XXXIV, n.º 96 (2013): 83-111.
- FLAQUER, Rafael. “Los derechos de asociación, reunión y manifestación”. *Ayer*, n.º 34 (1999): 155-175.
- FUNDACIÓN NICARAGÜENSE PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y SOCIAL. *Nicaragua. Informe de Coyuntura. Abril 2020*. Nicaragua: Funides, 2020. <https://funides.com/wp-content/uploads/2020/04/FUNIDES-Informe-de-Coyuntura-de-Nicaragua.-Abril-2020.pdf>.
- GAIA, ARTIGO 19, CTA AUTÓNOMA, CELS, CDHAL, LADH, FIDH, MADRES DE PLAZA DE MAYO LÍNEA FUNDADORA, OMCT, IWGIA. *Informe Final. Misión Internacional de observación en Chile, 6-11 de noviembre de 2019*. 2020. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/01/Informe-Final-Misio%CC%81n-de-Observacio%CC%81n-a-Chile.pdf>.
- GAMARRA, Ronald. “La libertad de expresión y criminalización de la protesta social”. En *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de*

- expresión en América Latina*, compilado por Eduardo BERTONI, 183-208. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2010.
- HUERTA, Luis. “Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio”. *Pensamiento Constitucional* XIV, n.º 14 (2010): 319-344.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La figura del ombudsman. Guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuario*. San José: IIDH, 2006. <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2015/la-figura-de-ombusdman-focompleto-2006.pdf>.
- LA TERCERA. “La defensoría del pueblo: Qué es y cómo funcionaría si llega a implementarse en una nueva Constitución”, 18 de diciembre de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/la-defensoria-del-pueblo-la-entidad-que-podria-sumarse-por-primera-vez-a-la-constitucion/7THKXHPOBBEJXKBKXJVO2G454E/>.
- LISSARDY, Gerardo. “Protestas en América Latina: ‘Vamos a seguir con manifestaciones hasta que los pueblos crean que se gobierna para ellos y no para un puñado’”. *BBC News*, 24 de octubre de 2019. Acceso el 19 de febrero de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50137163>.
- LISSARDY, Gerardo. “Ola de protestas en América Latina: ¿puede la amenaza de una nueva ‘década perdida’ explicar lo que ocurre en las calles?”. *BBC News*, 29 de noviembre de 2019. Acceso el 19 de febrero de 2021. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50563723>.
- LOS TIEMPOS. “Defensoría registra 29 heridos y 57 detenciones en protestas por comicios”, 25 de octubre de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.lostiempos.com/actualidad/pais/20191025/defensoria-registra-29-heridos-57-detenciones-protestas-comicios>.
- OEA. “Observaciones preliminares de la visita de trabajo de la CIDH a Nicaragua”. Comunicado de prensa, 21 de mayo de 2018. Acceso el 15 de febrero del 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/113.asp>.
- OEA. “CIDH y Redesca condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social”. Comunicado de prensa, 1 de marzo de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>.
- OEA. “CIDH presenta sus observaciones preliminares tras su visita a Bolivia, y urge una investigación internacional para las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco del proceso electoral desde octubre de 2019”. Comunicado de prensa, 10 de diciembre de 2019. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/321.asp>.
- OEA. “CIDH culmina visita *in loco* a Chile y presentó sus observaciones y recomendaciones preliminares”. Comunicado de prensa, 31 de enero de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/018.asp>.

OEA. “CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos”. Comunicado de prensa, 8 de mayo de 2020. Acceso el 15 de febrero del 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>.

OEA. “La CIDH culmina visita de trabajo al Perú”. Comunicado de prensa, 7 de diciembre de 2020. Acceso el 15 de febrero de 2021. <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/290.asp>.

OEA. “La CIDH condena las graves violaciones de derechos humanos en el contexto de las protestas en Colombia, rechaza toda forma de violencia y reitera la importancia de que el Estado honre sus obligaciones internacionales”. Comunicado de prensa, 25 de mayo de 2021. Acceso el 10 de julio de 2021. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>.

PODER JUDICIAL. Dirección General de Comunicación. “Defensoría Pública de Masaya trabaja en completa normalidad”. Nota de prensa, 25 de julio de 2018. Acceso el 15 de febrero de 2021. https://www.poderjudicial.gob.ni/prensa/notas_prensa_detalle.asp?id_noticia=8907.

Legislación y jurisprudencia

CORTE IDH. Caso Escalera Mejía y otros *vs.* Honduras, Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm 361.

CORTE IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco *vs.* México, Sentencia de 28 de noviembre de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 371.