



PROTESTA SOCIAL Y DERECHO PENAL

SUSANA LOPERA GÓMEZ

DIRECTOR

MIGUEL DÍEZ RUGELES

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de
abogado**

**PREGRADO EN DERECHO
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA
MEDELLÍN
(2022)**

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Fecha: 11 de mayo de 2022

Nombre del estudiante: Susana Lopera Gómez

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, así mismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.



Susana L.G.

Firma del estudiante

PROTESTA SOCIAL Y DERECHO PENAL

SOCIAL PROTEST AND PENAL LAW

SUMARIO.

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I: NATURALEZA DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA	6
CAPÍTULO II: GARANTÍAS DE LA PROTESTA SOCIAL	10
Garantías de la protesta social en la Constitución Política de 1991 y su alcance en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	10
Garantías de la protesta social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.	12
Estándares de respeto.....	14
Estándares de protección y facilitación.	15
CAPÍTULO III: CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL	17
CONCLUSIONES	27
REFERENCIAS.....	28

RESUMEN. La protesta, como fenómeno social, es una realidad que se ha ido intensificando en los últimos años ante necesidades insatisfechas y/o derechos incumplidos por parte del Estado. La protesta social se regula constitucionalmente como un derecho fundamental; no obstante, su ejercicio ha generado múltiples conflictos de intereses con otros sectores de la sociedad, principalmente, con las mismas instituciones estatales. Así, es relevante preguntarse ¿en qué sentido puede afirmarse que en Colombia existen contradicciones de la criminalización de la protesta social con estándares constitucionales y normas rectoras de la Ley 599 del 2000? Para, de manera preliminar, establecer que el derecho penal ha sido empleado, en todas sus fases de criminalización, para reprimir el ejercicio de la protesta social, yendo en contra de lo constitucionalmente e internacionalmente establecido.

PALABRAS CLAVE. Protesta social - Derecho penal - Criminalización - Contradicción - Estándares constitucionales

ABSTRACT. The protest, as a social phenomenon, is a reality that has been intensifying in last years as for unsatisfied needs and/or unfulfilled rights by the state; this is constitutionally regulated as a fundamental right. However, its exercise has generated multiple conflicts of interest with sectors of society, principally, with the same state institutions. So, it is relevant to ask: In what sense can it be affirmed that in Colombia there are contradictions in the criminalization of social protest with constitutional standards and steering norms of Law 599 of 2000? To, in a preliminary way, establish that penal law has been used, in all its criminalization phases, to repress the exercise of social protest, going against what is constitutionally and internationally established.

KEYWORDS. Social protest- Penal Law- Criminalization- Contradiction- Constitutional standards

INTRODUCCIÓN

La protesta social en un Estado Social y Constitucional de Derecho debe ser ampliamente protegido, las garantías legislativas y administrativas se justifican si se tiene en cuenta que este es un derecho fundamental, que, precisamente, permite la garantía y el desarrollo de otros derechos, además de encontrarse estrechamente vinculado con la libertad de expresión, la cual se concibe como uno de los pilares principales en un estado democrático y pluralista. Así mismo, la protesta permite visualizar las problemáticas sociales y la falta de cumplimiento de obligaciones por parte de las instituciones estatales.

Para resaltar la relevancia de dicha protección, este trabajo, en primer lugar, se centrará en establecer cómo se concebía la protesta social antes de la Constitución de 1991 y cuál es la naturaleza que ha tomado. En segundo lugar, se realizará un desarrollo de las garantías que se han establecido por la Constitución Política de Colombia, la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Para finalizar, en tercer lugar, estableciendo las materializaciones concretas que la criminalización de la protesta social ha tenido en Colombia bajo el argumento de que “los manifestantes siempre pueden usar repertorios de acción colectiva que no vulneren, aunque sea potencialmente, los derechos de los demás”(Cruz Rodríguez, 2011, pág. 57). Todo con miras a poner de presente la contradicción que dicha criminalización comporta con las garantías constitucionales y los principios del derecho penal.

Para el desarrollo de lo anterior, en este escrito se utilizó como metodología el paradigma complejo de investigación, en tanto, por un lado se analizó e interpretó la legislación colombiana e internacional en materia de garantías y límites de la protesta social, pero, por otro, dicha interpretación se respaldó en datos empíricamente demostrables, utilizándose como instrumentos de investigación el análisis documental y la estadística oficial de la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional.

CAPÍTULO I: NATURALEZA DE LA PROTESTA SOCIAL EN COLOMBIA

La protesta social es “un fenómeno casi tan antiguo como el establecimiento de las primeras estructuras sociales” (Páez Bimos, 2020, pág. 74), es una realidad que ha emergido desde la misma concepción de Estado con su metáfora del contrato social. En el denominado estado de naturaleza las personas ostentaban una libertad absoluta, dicho estado de guerra generaba una constante incertidumbre, una permanente sensación de peligro. Ante esto, los ciudadanos optaron por realizar un pacto en el que ellos cederían un fragmento de su libertad para que el Estado protegiera la porción que no habían concedido, en ese sentido, los hombres se empezarían a percibir como agentes con potestad para exigir protección, y en este contexto el Estado tenía meras funciones políticas y de policía.

No obstante, con la evolución, el Estado empezó a adquirir, progresivamente, múltiples funciones, llegando a lo que hoy se conoce como el Estado Social y Constitucional de Derecho. En este modelo no solo se debe velar por la seguridad y la paz, sino que, además, se adquieren deberes y obligaciones de garantía respecto a derechos de índole social, económica, cultural, ecológica, entre otros. Todo esto ha dado paso a que ciudadanos de sociedades democráticas aumenten sus exigencias a los diferentes sectores del poder público, mediante una modalidad en específico: la protesta social.

El concepto de protesta social hace referencia a reclamaciones realizadas por colectivos de personas que comparten el entendimiento consistente en que el Estado ha transgredido los derechos de los ciudadanos o no ha cumplido sus obligaciones para con la sociedad. La protesta social explicita diferentes conflictos sociales “en la medida en que los actores perciben una condición problemática o un aspecto de sus vidas no simplemente como una desgracia sino como una injusticia” (Morón Campos, 2015, pág. 334).

De manera preliminar se puede decir que la protesta social en Colombia, formalmente, tiene una naturaleza multidimensional, es concebida como “derecho, mecanismo de protección y conquista de derechos, mecanismo de participación política y forma alternativa de comunicación” (Personería de Medellín, 2011, pág. 134).

En cuanto a su concepción como derecho, la protesta social se ha entendido como tal desde la declaración de independencia de Estados Unidos y la Declaración del Hombre y del Ciudadano, incluso, *corrientes ius naturalistas* la conciben como un derecho de origen, del que se debe gozar aun sin reconocimiento expreso. Todo esto ha connotado una influencia en la legislación colombiana la cual reconoce la protesta social a nivel constitucional como un derecho fundamental.

Pero, materialmente hablando ¿cuál es la naturaleza de la protesta social en Colombia? Para empezar, se debe tener en cuenta que quienes ostentan el poder le han dado una connotación negativa al concepto de protesta social, connotación que ha sobrepasado lo normativamente regulado. Esto se explica en varios hechos, por un lado, hay que resaltar que Colombia en el siglo XX con la consagración del Estado de sitio en la Constitución Política de 1886 se creó una cultura de limitación tajante a derechos y garantías, y esta cultura de extralimitación del poder, además, aumentó las facultades de las fuerzas armadas para realizar actos de represión y violación de derechos, entre ellos, la protesta social.

Por otro lado, cabe mencionar que los órganos del poder y parte de la sociedad solo ha tolerado, aunque no de manera positiva, la protesta social simbólica, esto es, aquella que se realiza periódicamente por simple tradición histórica, no concibiéndose necesariamente como mecanismo de exigencia de garantías. Sin embargo, a la protesta social material, que tiene como esencia la reclamación de derechos, le ha sido otorgada la etiqueta de vandalismo, etiqueta esta que se ha ido reproduciendo y ha dado paso tanto a la intervención arbitraria del Estado como al abuso de las leyes, incluyendo las

penales, cuya interpretación descontextualizada ha servido para generar limitación injustificada al ejercicio legítimo de la protesta social.

Para fundamentar esta represión “históricamente, la protesta social se ha asociado a la violencia aludiendo argumentos tales como la influencia de los grupos armados ilegales o la incapacidad de los manifestantes de reconocer las vías institucionales para tramitar sus demandas” (Barrera & Hoyos, 2020, pág. 168), esta fundamentación se ha facilitado, primero, porque los grupos guerrilleros son estructuras militares que efectivamente se interesan en tener presencia en los movimientos sociales y sus manifestaciones, aunque no necesariamente lo hagan y, segundo, porque los desmovilizados, para obtener diferentes tipos de beneficios, pueden verse tentados a proporcionar información falsa sobre la cual se construyen montajes judiciales en contra de activistas, quienes precisamente en virtud del ambiente de estigmatización se convierten en blanco fácil de tales ataques (Uprimny & Duque Sánchez, 2010, pág. 74).

A todo lo anterior hay que sumarle la denominada militarización de la policía, fenómeno consistente en la intromisión militar tanto formal como material, mediante procedimientos, operativos, regulaciones, armas e, incluso, los mismos funcionarios, a la Policía Nacional, generando graves consecuencias en la sociedad, como lo son

Primero, confusión en la comunidad sobre las funciones que le compete a cada una de estas instituciones; segundo, la desnaturalización de los ámbitos por proteger o combatir (como por ejemplo, el orden público, la seguridad ciudadana, la convivencia, el ejercicio de derechos y libertades); tercero, un aumento en la percepción de inseguridad; y cuarto, una imagen del Estado como agente generador de miedo (Barbosa Parra, 2020, pág. 37)

En otro orden de ideas, siguiendo los registros del observatorio de conflictividades y de derechos humanos de (Temblores ONG, Indepaz, 2021) respecto a las protestas sociales que se dieron en el marco del paro nacional de 2021 en Colombia, se evidencian los siguientes casos de violaciones a derechos humanos:

Tabla 1

Cifras de la violencia en el marco del paro nacional 2021

Variable	Cifra
Homicidios	75
Casos violencia ocular	83
Casos de violencia sexual	28
Detenciones arbitrarias	1832
Casos de violencia física	1468
Total	3486

En relación con las cifras anteriores se debe tener en cuenta, primero que solo encuadran casos ocurridos entre el 28 de abril de 2021 (fecha de inicio del paro nacional) hasta el 28 de junio de 2021, es decir, solo dos meses, sin contar que las protestas sociales se extendieron por cinco meses más, hasta septiembre de 2021, aproximadamente. Así mismo, cabe destacar que de los 75 homicidios tenidos en cuenta hasta esa fecha, 44 se le atribuyen presuntamente a la fuerza pública.

Todo este panorama deja entrever que materialmente o en el plano fáctico para las autoridades, la protesta social, real y no simbólica, no es concebida como un derecho, trayendo como consecuencia, principalmente, una expansión de criminalización primaria y secundaria que viola las garantías consagradas para este derecho fundamental tanto a nivel legal como constitucional, y que se desarrollarán a continuación.

CAPÍTULO II: GARANTÍAS DE LA PROTESTA SOCIAL

Garantías de la protesta social en la Constitución Política de 1991 y su alcance en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 enmarcándose en el contexto colombiano propuso una carta de derechos de corte garantista, si se compara con otras constituciones que rigieron en el país. Es así como el artículo 46 de la (Constitución Política de 1886) consagraba únicamente el derecho de reunión y, en contraposición, incluía la facultad de la Policía Nacional de "disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas"

Por su parte, la Constitución Política de 1991 reguló la protesta social como un derecho fundamental en los artículos 37, 38, 39 y 56, consagrando el derecho de reunión y manifestación pública, el derecho de libre asociación, el derecho de constituir sindicatos o asociaciones y el derecho de huelga, respectivamente.

Estos derechos cobran mayor importancia en razón del modelo de Estado Social de Derecho que adopta la Carta Magna de 1991, la cual tiene como uno de sus fines fundamentales "facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación" (artículo 2). (Torres Gómez, 2018, pág. 5)

Del anterior entramado normativo se han derivado una serie de estándares constitucionales para el ejercicio de la protesta social cuya acogida es deber de todas las instituciones estatales. El primer estándar se establece en el artículo 37 de la constitución Política de Colombia el cual consagra una reserva legal para la regulación de las garantías y límites de la protesta social. En este sentido, queda proscrita toda regulación de dicho derecho por vía administrativa.

El segundo estándar radica en que la facultad legislativa no puede ser desbordada, pues, por un lado está el deber del legislador de respetar el núcleo duro del derecho a la protesta social, y por el otro, la prohibición de definiciones que constituyan un condicionamiento al ejercicio de la protesta social. Así mismo, se ha aclarado que las normas atinentes a la fase previa de una protesta social no pueden entenderse como requisito *sine qua non* para el ejercicio de la misma.

Sumado a lo anterior, la reserva legal de la protesta social se reputa cualificada y, en concordancia con el artículo 152 de la (Constitución Política de Colombia de 1991), esta se debe regular por leyes estatutarias cuyo procedimiento legislativo estricto precisa, además del requerimiento de una mayoría absoluta que lo apruebe en una sola legislatura, de un control de constitucionalidad previo. En ese orden de ideas, la (Corte Constitucional, 2017), en la Sentencia C-233, reafirma que en las leyes estatutarias, precisamente,

Serán objeto de reglamentación los derechos incluidos en el capítulo I del Título II (...) la reglamentación debe atender a criterios de: a) integralidad del Derecho fundamental; b) reglamentación directa de objeto; c) cuando se trate de un mecanismo de protección constitucional ésta debe ser integral; y, d) la reglamentación implique la afectación o desarrollo de los elementos estructurales de un derecho fundamental.

El tercer estándar constitucional establecido para la protesta social es el reconocimiento de su protección no solo en su dimensión estática (reuniones), sino también en la dinámica (manifestaciones), además, en esa protección recae una consideración consistente en reconocer la protesta social como un derecho individual, aun cuando su ejercicio sea colectivo. Aquí es oportuno mencionar que es la protesta social pacífica la que goza de una protección integral, en ese orden, la (Corte Constitucional, 2018), apoyándose en lo establecido por el artículo 13 de la Convención Americana dispuso que no son discursos protegidos:

(a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio.

Sin embargo, si una protesta social llegare a tornarse violenta el conducto legal no es acudir de inmediato a la disolución de la misma, pues previamente debe haber un intento de mediación con los organizadores con la finalidad de que la agrupación o bien retorne a un estado pacífico u opte por la disolución voluntaria de la manifestación. Al no prosperar todo lo anterior se puede proceder al uso legítimo de la fuerza con armas de menor letalidad.

Garantías de la protesta social en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Desde la perspectiva de las obligaciones de los Estados, tanto a nivel del sistema universal, como del sistema interamericano se han desarrollado algunos estándares de protección en materia de limitación del uso de la fuerza, régimen amplio de ejercicio del derecho, criterios administrativos para la prevención de violaciones a derechos humanos, deberes de rendición de cuentas e investigación judicial, libertad del ejercicio de la actividad periodística, entre otros. (Ortegón Osorio, 2016, pág. 16)

Para empezar, es importante aclarar que internacionalmente la protesta social ha sido incluida dentro del núcleo de los derechos de libertad de expresión, reunión y libertad de asociación. El primero se ha regulado, entre otros, en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. El segundo en el artículo XXI de la Declaración Americana de

los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y el tercero en el artículo XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otro lado, es relevante aclarar que aunque convencionalmente la protesta social no se haya catalogado como conflicto armado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido, que, por su naturaleza, en esta se deben materializar garantías que respeten los mínimos establecidos en el Derecho Internacional humanitario.

La relatoría especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos redactó un informe en el que se consagraron estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal.

Para entrar a determinar dichos estándares es importante destacar que en los Estados, en concordancia con la Convención Americana de Derechos Humanos, se radican, por un lado, deberes de respeto, que indican la no interferencia en el pleno ejercicio de los derechos humanos; y por otro lado, deberes de protección o garantía, que indican el impedimento de la interferencia de terceros en el ejercicio del derecho. De la misma manera, se establece que estos tienen el deber de adoptar tanto medidas legislativas como ejecutivas para dicho aseguramiento, implicando la modificación y derogación de normas violatorias a las garantías de los derechos humanos.

Grosso modo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a la protesta social debe ser interpretado de un forma amplia en donde la excepción resulte ser su limitación, en ese sentido, la limitación; además de consagrarse en una ley previa, expresa, precisa, clara y taxativa; debe superar un test de proporcionalidad en el caso concreto.

La Corte Interamericana ha explicado, al respecto, que la necesidad implica la existencia de una necesidad social imperiosa, no bastando que se demuestre la utilidad, razonabilidad u oportunidad de la restricción, mientras que la legalidad de las restricciones dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (CIDH, 2019, pág. 28)

A partir de los mencionados deberes de los Estados se derivas los siguientes estándares establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estándares de respeto.

En primer lugar, se establece el derecho a participar en protestas sociales sin autorización previa y escogiendo libremente el tiempo y lugar de la misma. Acá se reitera que el aviso previo no puede decaer en la constitución de un instrumento de autorización. Es así como la CIDH recomienda restringir el aviso a los casos de manifestaciones que tengan la aptitud de irrumpir en el tránsito, pero, en todo caso, su finalidad sería la protección y facilitación al ejercicio del derecho y no su limitación. Finalmente, hay una plena permisión respecto de manifestaciones espontaneas, estando vetado el requisito de notificación por la propia naturaleza de las mismas.

En segundo lugar, se establece el derecho a elegir el motivo y contenido de la protesta social y en este punto la CIDH ha reafirmado lo establecido ya antes por la Corte Constitucional en relación con la proscripción a la propaganda de guerra y la apología al odio que constituya incitación a violencia por razones discriminatorias. No obstante, las restricciones por estos contenidos “deben tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión” (CIDH, 2019, pág. 39)

Y, en tercer lugar, se consagra el derecho a escoger el medio para el ejercicio de la protesta social, reiterándose la prohibición de violencia y armas, no obstante, con miras a no vulnerar los derechos de manera masiva se ha aclarado que “cuando algunos individuos cometen actos de violencia en el contexto de una protesta estos deben ser individualizados, pero los demás manifestantes conservan su derecho a la reunión pacífica. En consecuencia, ninguna reunión debería considerarse desprotegida” (CIDH, 2019, pág. 43). Así mismo, se ha establecido que los elementos que de cierta manera interfieren en la identificación de las personas, tales como gorros y máscaras, no pueden tener una presunción de mala fe.

Estándares de protección y facilitación.

Primero, el uso de la fuerza en la protesta social se ha establecido como el último medio que debe tener el Estado para hacerle frente a la violencia que se puede presentar en una protesta social. Así mismo, esa fuerza debe evitar a toda costa el uso de armas de fuego, y la permisión de las mismas queda restringida a situaciones de grave e inminente peligro real para la vida e integridad física de las personas. En situaciones de violencia, es necesario dar preponderancia a las armas denominadas menos letales, dentro de las que se encuentran:

Balas de goma, gases lacrimógenos, proyectiles de descarga eléctrica, proyectiles de caucho, camiones hidrantes, balas de plástico, dispositivos sonoros y de energía, entre otros. Sin embargo, este avance no tiene un correlato en regulaciones que supervisen y controlen la producción, adquisición y uso de este tipo de armamentos (CIDH, 2019, pág. 56)

Y el problema no acaba ahí, otro inconveniente presentado empíricamente es el referente a la verdadera definición de arma menos letales, sumado a que, “la evidencia empírica muestra que en muchos casos las afectaciones a la integridad física han sido ocasionadas por el mal uso de este tipo de armamentos” (CIDH, 2019, pág. 56).

Segundo, en relación con las detenciones ejercidas en contra de manifestantes, estas deben adecuarse íntegramente a las normas

internacionales de derechos humanos que regulan el debido proceso y sus sub derechos. De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se deben tener en cuenta, además, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Es así como la mencionada Corte ha considerado que las detenciones colectivas violan los derechos fundamentales enmarcados en la Convención Americana, destacándose, entre otros tantos derechos, la presunción de inocencia.

Y tercero, se ha planteado la exigencia de exclusión de las fuerzas armadas -las cuales por su naturaleza, tienen procedimientos y armas para situaciones extremas relacionadas con la seguridad del Estado- en tanto es la policía un cuerpo civil armado radicalmente diferente, además,

la historia hemisférica demuestra que la intervención de las fuerzas armadas en cuestiones de seguridad interna en general se encuentra acompañada de violaciones de derechos humanos (...) las principales preocupaciones relacionadas con el uso excesivo o arbitrario de la fuerza se centran en la militarización de la policía en términos del equipamiento que utilizan, el tipo de entrenamiento que reciben, los protocolos de actuación que aplican y la dificultad en que se enjuicien y establezcan responsabilidades penales para los policías culpables de abusos o de un uso excesivo de la fuerza. (CIDH, 2019, pág. 71)

Todo ese panorama garantista a nivel nacional e internacional da pasó a unos deberes tanto a nivel administrativo como en el ámbito legislativo que impactan en todo el derecho, incluyendo el derecho penal.

CAPÍTULO III: CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL

La criminalización de la protesta social hace referencia al conjunto de acciones estatales, no estatales, legítimas o ilegítimas, para limitar y reprimir las manifestaciones sociales. Según el (Diccionario de la lengua española) criminalizar significa “atribuir carácter criminal a alguien o algo”, en este sentido, vale aclarar que la criminalización no es la mera utilización del derecho penal de prevención y reacción, sino que, más bien “se trata de un fenómeno multidimensional que articula diferentes estrategias políticas, jurídicas y mediáticas para combatir las luchas sociales” (Alcázar Alvarado, 2019, pág. 2).

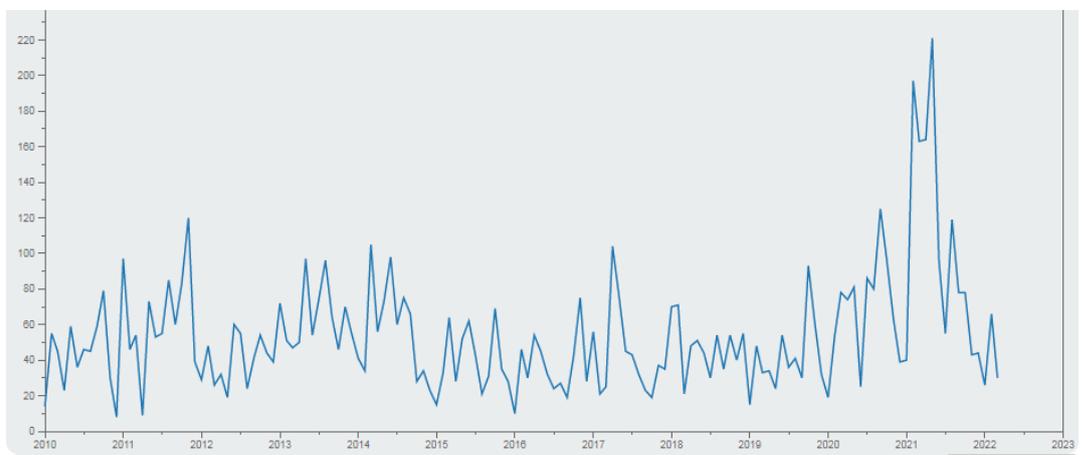
Ahora, el uso del derecho penal como medio para materializar la criminalización de la protesta social se ha manifestado en todos los niveles de criminalización. En la criminalización primaria, Colombia ha utilizado discursos justificadores como el orden público, la seguridad ciudadana y la lucha contra grupos insurgentes para tipificar actos de protesta social o tipificar conductas, que si bien deben estar consagradas como delito, están redactadas de una manera tan amplia que dan paso, ya en sede de criminalización secundaria, a adecuaciones indiscriminadas.

En el derecho penal, como manifestaciones que podrían dar paso a la criminalización de la protesta social, se tiene, en primer lugar el artículo 469 del Código Penal colombiano que, consagrando el delito de asonada, prohíbe el comportamiento de los que “en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones”. Al respecto es importante determinar que el sujeto activo de este delito es pluripersonal, lo cual facilita en el marco de una protesta social la criminalización de sus manifestantes. Es por esto por lo, que la (Fiscalía General de la Nación, 2016, pág. 2) ha establecido que la violencia “debe reunir tres elementos. Primero, debe ser de carácter físico, como regla general. Segundo, debe llevarse a cabo con dolo. Tercero, se debe causar un daño muy grave contra los bienes, amenazar o poner en peligro la integridad personal”. No obstante esas directrices, lo cierto es que en el plano empírico la asonada

se ha utilizado como medio de represión de la protesta social en el sentido de que se equipara la violencia con la perturbación que por naturaleza causa una manifestación. Esta interpretación se evidencia, por ejemplo, con lo establecido por (Ferreira Delgado, 2006, pág. 678), el cual afirma que “para diferenciar la asonada de los otros delitos contra el régimen constitucional previstos en el Código Penal (la rebelión y la sedición), se ha advertido que aquella “no es violencia armada, es más que todo desorden”. Así, al analizar este delito, se tiene que, con base en las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, respecto al número de noticias criminales por asonada se registró un pico en el mes de mayo de 2021, periodo de agudas manifestaciones sociales como consecuencia del paro nacional del 2021.

Tabla 2

Numero de noticias criminales para el delito de asonada según año y mes de entrada.



Nota: Datos al 30 de marzo de 2022. Obtenida de (Fiscalía General de la Nación)

Adicionalmente, se puede determinar que este es un delito de corte ilegítimo, en tanto, del mismo, se puede deducir una finalidad de criminalización de la protesta social, esto, al entender que las conductas violentas se podrían encuadrar en otros tipos penales tradicionales, como las lesiones personales.

En segundo lugar, por una parte, se tiene el delito de obstrucción de vías públicas que afectan el orden público, establecido en el artículo 353A de la (Ley 599 , 2000)

El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo.

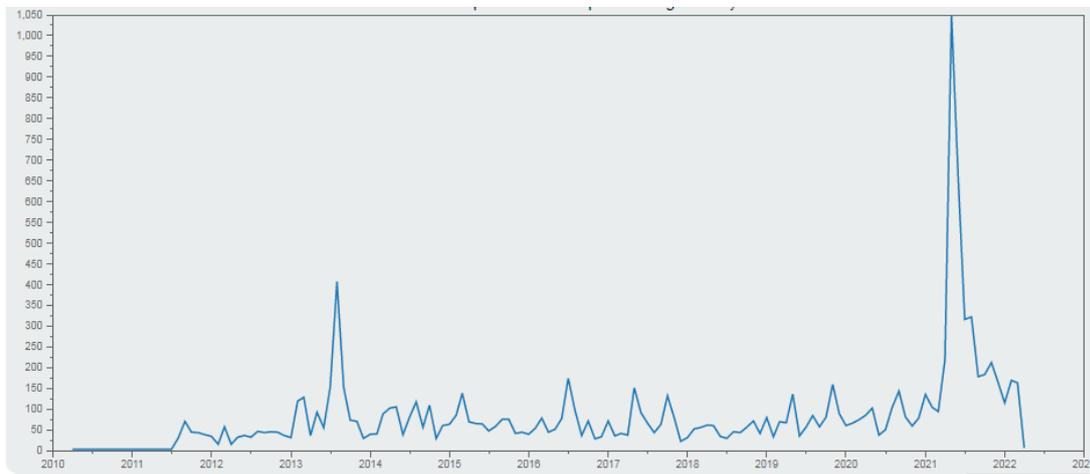
PARÁGRAFO. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

En relación con este delito, en primera medida, cabe resaltar como su redacción prácticamente excluye del ejercicio legítimo de la protesta social aquella que no goza del permiso de autoridad competente, esto, en contravía de lo establecido por la Corte Constitucional y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que reconocen que dicho permiso se promueve con simples fines de protección estatal para los manifestantes y demás ciudadanos, sin erigirse como un presupuesto para la materialización del derecho fundamental a la protesta social.

En segunda medida, es importante señalar que es presupuesto del delito el que dicha obstrucción atente contra ciertos derechos descritos en el tipo penal, es decir, no se trata de un tipo de mera conducta, no es simplemente obstruir vías y esto es algo que se ha visto desnaturalizado en la práctica. En relación con lo anterior, con base en las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, se presenta que solo en el mes de mayo de 2021, periodo de manifestaciones por el paro nacional, se dieron 1048 noticias criminales por el delito de obstrucción de vías que afectan el orden público, una cifra bastante alarmante.

Tabla 3

Numero de noticias criminales para el delito de obstrucción de vías que afectan el orden público según año y mes de entrada



Datos a 30 de marzo de 2022 Obtenida de (Fiscalía General de la Nación)

Por otra parte, en el artículo 353 se consagró el delito de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, “el que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial” (Ley 599 , 2000).

El supuesto de hecho "imposibilitar la circulación", previsto en el artículo 353 del Código penal Colombiano, para ajustarse a la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional requiere eliminar cualquier condición para la circulación del transporte público, colectivo u oficial. Además no puede consistir en simples molestias e incomodidades que se generen por la utilización de los lugares de tránsito público. (Fiscalía General de la Nación, 2016, pág. 6)

En ambos delitos se establece como exigencia para su adecuación típica la realización de la conducta por medios ilícitos, no siendo la protesta social de tal talante, aun cuando no goce del permiso estatal y esto se puede ver tergiversado por las autoridades, sobre todos policivas. “Entre estos medios

pueden incluirse: el daño en bien ajeno, el incendio, el disparo de armas de fuego y el empleo de sustancias peligrosas y violencia contra servidor público” (Fiscalía General de la Nación, 2016, pág. 2).

En tercer lugar, se encuentra el terrorismo, consagrado en el artículo 343

El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos. (Ley 599 , 2000)

Esta figura típica se encuentra en la clasificación de los delitos de peligro concreto, esto es, no exige la respectiva lesión al bien jurídico, pero la adecuación de conductas tampoco radica en la simple generación de caos, sino en que el medio para causar terror o zozobra debe ser de tal entidad que ponga en peligro, efectivo y no abstracto, determinados bienes jurídicos establecidos por el legislador. Además, es un tipo penal abierto, en tanto, no delimita de forma exhaustiva la conducta; aquí, es necesario aclarar que la consagración de este tipo se hace necesaria en el sistema penal, no obstante, su carácter abierto representa, para la protesta social, un peligro de aplicación desproporcionada en la criminalización secundaria. Con esto, se pone de presente que la criminalización de la protesta social no es solo un problema que se ubica en la criminalización primaria, sino, en mayor medida en la secundaria, la cual se comienza a efectuar con la mera captura, aunque esta no desencadene, necesariamente, en una condena. Esa problemática no se soluciona con reproducción de legislación, sino con acciones como capacitación de autoridades estatales (fiscalía, fuerzas armadas y operadores judiciales).

Todo este entramado legislativo, por sí solo, representa un peligro para la protesta social, peligro que se materializa en la criminalización secundaria tal y como se puede comprobar empíricamente con base en una respuesta a derecho de petición donde se solicitó información acerca de la criminalización de la protesta social entre el 28 de abril (día en el que se dio inicio al paro nacional de 2021) y el 30 de noviembre de 2021 en el que la Fiscalía General de la Nación estableció un total de 1.927 indiciados con captura en todo el país durante esas manifestaciones sociales, siendo la obstrucción a vías públicas que afectan al orden público el delito con mayor número de indiciados, alrededor de 1000. Así mismo, dentro de los delitos desarrollados anteriormente, sobresale perturbación en servicio de transporte público u oficial, con 155 indiciados y terrorismo, con 144. En el mismo orden de ideas es relevante destacar que del total de 1.927 capturas registradas en el marco de las protestas sociales, solo 576 fueron legalizadas, respecto a las cuales se han declarado 19 condenas.

Toda esta información permite avizorar como en el marco de las manifestaciones sociales el número de capturas por los delitos mencionados como riesgos para este derecho se eleva exponencialmente, lo que da paso a afirmar que “en este contexto los derechos humanos son permanentemente irrespetados por los Estados que, a su vez, se proclaman democracias constitucionales”. (Sanín Tobón, 2014, pág. 20).

Y aquí vale reiterar que la criminalización de la protesta social en el ámbito penal se da con la mera captura, la cual, consecuentemente, da paso al etiquetamiento como delincuente. De esta forma, se convierte en un medio del Estado utilizado de manera indiscriminada y saltándose lo establecido constitucionalmente, tal y como lo evidencian los datos suministrados por la propia Fiscalía General de la Nación, en los que solo una cuarta parte de las capturas realizadas en el marco del paro nacional de 2021 se reputaron legales.

Pero la criminalización no termina allí, el legislador fue más allá, y a causa, precisamente, del paro nacional colombiano de 2021, se expidió la Ley 2197 del 25 de enero de 2022, Ley de Seguridad Ciudadana, la cual en su exposición de motivos justificó modificaciones al Código Penal “en virtud de las graves afectaciones a derechos de la ciudadanía como consecuencia de las alteraciones en el orden público y las amenazas a la institucionalidad” (Senado de la República, 2021, pág. 43).

Es así como en primer lugar se adicionó un agravante al artículo 119 (circunstancias de agravación para el capítulo de delitos de lesiones personales) consistente en que

Cuando la conducta se cometa en persona que, siendo miembro de la fuerza pública y/o de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial, se encuentre en desarrollo de procedimientos regulados a través de la ley o reglamento, la pena imponible se aumentará en las dos terceras partes.

El problema de esta agravante radica en que esta ya había sido consagrado exactamente igual en la misma Ley de Seguridad Ciudadana como una modificación al artículo 104 del Código Penal (circunstancias de agravación del homicidio, las cuales que se incluyen como agravantes en el artículo 119 del CP).

En segundo lugar, por una parte, el artículo 353B incluyó como circunstancia de agravación punitiva al delito de obstrucción a vías que afecten el orden público “si la conducta la realiza cuando se empleen mascarar o elementos similares que sirvan para ocultar la Identidad o la dificulten” (Ley 2197, 2022), y por otra parte, se adicionó el numeral 9 al artículo 365 (fabricación, tráfico y porte de armas de fuego y municiones) estableciendo, de la misma manera, como una especie de agravante el usar “máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten”.

Dichas consagraciones traen un inconveniente relacionado con el principio de taxatividad, pues, la redacción de la norma puede generar ambigüedades, en el sentido de que hay artículos que se utilizan como prendas complementarias al momento de vestir que no permiten avizorar claramente la identidad de una persona, pero cuya finalidad no es el ocultamiento, en este sentido ¿el tapabocas podría ser catalogado como elemento para ocultar la identidad? Adicionalmente dicha consagración contravía el parámetro establecido por la CIDH en el entendido de que las máscaras no pueden tener una presunción de mala fe.

En tercer lugar, se adicionó, por un lado, el delito de avasallamiento de bien inmueble: “El que por sí o por terceros, ocupe de hecho, usurpe, invada o desaloje, con incursión violenta o pacífica, temporal o continua, un bien inmueble ajeno”, el cual se agrava cuando es cometido por un colectivo de personas o contra bienes del Estado. Y por el otro, la obstrucción de función pública, cuya pena se aumenta cuando la conducta busque obstruir o impida la ejecución de órdenes de captura o procedimientos militares o de policía que estén regulados a través de la ley o reglamento. Así mismo, se incluyó una nueva agravante al delito de daño en bien ajeno cuando se “afecten la infraestructura destinada a la seguridad ciudadana, la administración de justicia, sistema de transporte público masivo, instalaciones militares o de policía”. Finalmente, se agregó un agravante al delito de violencia contra servidor público referida a si se comete “en contra de miembro de la fuerza pública y/o de los organismos que cumplan funciones permanentes o transitorias de policía judicial” (Ley 2197 , 2022).

Uno de los conflictos que genera esta nueva normativa es que los tipos penales y las agravantes criminalizan conductas similares o iguales, lo que además de entrever una falta de técnica legislativa, manifiesta un peligro flagrante para el principio de *non bis in ídem*. Otra crítica que se le puede realizar a esta nueva Ley es el no reconocimiento del carácter de *última ratio* del derecho penal; se reafirma la tradición jurídica de reproducción exponencial

de delitos, agravantes y aumentos de pena, respecto a la cual empíricamente se ha demostrado la falta de resultado en cuestiones, principalmente, de prevención general negativa, finalidad que es buscada con estas legislaciones.

En otro orden de ideas, criminalizar manifestantes de manera generalizada afecta, a su vez, la legitimidad del derecho penal, y más porque se quiere “justificar esta práctica en situaciones de profunda injusticia social. En estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio de que los medios coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto”. (Gargarella, 2008, pág. 78). Por todo lo anterior, es necesario tener en cuenta lo establecido por (Fiscalía General de la Nación, 2016, págs. 1, 2 y 8)

Al analizar la conducta de los manifestantes que actúan de manera violenta se debe realizar un juicio estricto de tipicidad (de los delitos de asonada y obstrucción a vías y perturbación de transporte), y verificar la posibilidad de aplicar el principio de oportunidad en su judicialización (...) especialmente aquellas previstas en los numerales 13, 14 Y 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. (...) Cuando se presenten conductas típicas en los delitos relacionados con la protesta, se debe valorar si existen causales de justificación como el estado de necesidad o el legítimo ejercicio de un derecho. Al realizar esta valoración, se debe determinar si debido a la dificultad de acceso a los mecanismos institucionales de reclamación de derechos, no era exigible otra conducta.

Otra dificultad es que en ocasiones aunque las conductas de individuos se adecuen a los delitos mencionados, se criminalizan otros tantos por el hecho de estar en un entorno cercano a los primeros, es así, como se debe reconocer, citando a la (Fiscalía General de la Nación, 2016, pág. 3), que no podrán ser procesados “los participantes o los organizadores de una marcha en la cual ocurrieran eventos violentos, si no fueron determinadores de los mismos, o participaron en estos”, de lo contrario, sería una criminalización ilegítima.

Se habla de criminalización de la protesta o criminalización ilegítima, por cuanto el Estado está seleccionando un acto de protesta como una conducta ilícita e impone su potestad punitiva a quien la realiza, desconociendo que el acto de protesta está amparado en el ejercicio legítimo de un derecho. (CELS, 2003, pág. 48) citado en (Cediel Borrero, Manrique Vargas, & Jamith, 2017, pág. 44)

“la acción a manifestarse públicamente se ciñe a que el ciudadano se exprese en las calles, a través de escenarios o espacios públicos, convirtiéndose el factor dinámico necesario en el desarrollo del mismo” (Nuñez Uribe & Vargas Hernandez, pág. 9) en ese sentido, vale aclarar que el carácter de violento de protesta social no puede ser tergiversado con su naturaleza de generar incomodidad social e institucional. La violencia que debería ser penalizada es aquella estrictamente física, salvo en discursos como apología al genocidio, a la discriminación u otros de igual talante.

Hechos insignificantes, como quemar algunas llantas, prima facie no deben ser objeto de persecución penal por sí mismos, porque con estos en principio no se causa un daño, o si éste ocurrió, puede ser reparado (...) debe tratarse de un daño grave. En efecto, no es lo mismo romper una ventana o pintar grafitis en un edificio -que pueden ser fácilmente reparados-, que destruir las instalaciones de un hospital o quemar una ambulancia que esté prestando asistencia humanitaria. Estos distintos grados de intensidad de la violencia física, en particular cuando se trata de violencia contra las cosas, deben ser considerados en el juicio de tipicidad (Fiscalía General de la Nación, 2016, págs. 35,36 y 45)

. Esta interpretación busca proteger un derecho fundamental que da paso al reconocimiento de otros derechos y a cesar la vulneración de los ya reconocidos. La “criminalización de la protesta es una de las manifestaciones de la judicialización de la política (...).Criminalizar, entonces, será despolitizar y, por añadidura, deshistorizar, sacar de contexto a los conflictos sociales” Personería de Medellín, 2010 citada en (Murillo Rodríguez, 2020).

CONCLUSIONES

La protesta social ha sido enmarcada constitucional e internacionalmente por estándares de protección que la estructuran como un derecho fundamental. Entre sus garantías constitucionales se incluyen la reserva legal, la prohibición de establecer definiciones que la condicionen y el deber de regulación por medio de ley estatutaria, última garantía que se ve incumplida cuando el legislador al tipificar conductas o crear agravantes regula de forma indirecta, y por medio de leyes ordinarias, la protesta social. Así mismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, por un lado estándares de respeto, los cuales, incluyen el ejercicio de la protesta social sin autorización previa y en el tiempo, lugar y por el motivo que se quiera. Por otro lado, estándares de protección y facilitación dentro de los que se encuentra el uso de la fuerza institucionalizada como el último medio para restringir la protesta social violenta, la obligación de respetar los derechos humanos en las detenciones dadas en el marco de una protesta social y la exigencia de excluir a las fuerzas armadas de estos escenarios.

La política criminal debe cumplir con los principios que rigen el derecho penal, como lo son los principios de lesividad, legalidad, mínima intervención, respeto por la dignidad humana y no instrumentalización del derecho penal con fines políticos, esto aunado al respeto por los derechos fundamentales y en general por lo dispuesto en la Constitución. (Gallego Valencia, 2020, pág. 88)

No obstante lo anterior, lo cierto es que Colombia vulnera los estándares en su mayoría y de forma reiterativa haciendo uso del poder punitivo. Por medio de una legislación demasiado amplia, capturas indiscriminadas e interpretaciones desbordadas de tipos penales se ha construido una política criminal que contravía las garantías mencionadas para la protesta social y los principios erigidos como normas rectoras en la Ley 599 del 2000. Toda esta contradicción debe alertar, pues la relevancia de la protesta social radica en que, “Por un lado visibilizan problemas que de no mediar las protestas en espacios públicos quedarían en las sombras. Y por otro, sirven para convocar al diálogo a actores políticos e institucionales precisos”(Penna, 2016, pág. 11)

REFERENCIAS

- **Libros**

Ferreira Delgado, F. J. (2006). *Derecho penal Especial*. Bogotá: Temis.

- **Capítulos de libros**

Uprimny, R., & Duque Sánchez, L. M. (2010). Colombia: Derecho penal y protesta social. En E. Bertoni, *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (págs. 47-74). Buenos aires: Universidad de Palermo.

- **Artículos de revista**

Alcázar Alvarado, A. (2019). La criminalización de la protesta social: Un estado de la cuestión. *Rupturas*, 10 (1), 25-43.

Barbosa Parra, E. J. (2020). Contención militar de la protesta social en Colombia. *Brújula*, vol 11, N° 15, 31-45.

Barrera, V., & Hoyos, C. (2020). ¿Violenta y desordenada? Análisis de los repertorios de la protesta social en Colombia. *Análisis Político* n° 98, 167-190.

Cediel Borrero, J. C., Manrique Vargas, D. F., & Jamith, C. G. (2017). Protesta social en Colombia: las vías de hecho como limitante. Análisis normativo y jurisprudencial. *Erasmus*, 41-53.

Cruz Rodríguez, E. (2011). El derecho a la protesta social en Colombia. *Pensamiento jurídico* N° 42, 47-69.

Gallego Valencia, J. P. (2020). De la política criminal para abordar la protesta social: caso de las manifestaciones del 2019. *Diálogos de derecho y política* N°10, 83-92.

Gargarella, R. (2008). De la justicia penal a la justicia social. de la injusticia penal a la justicia social. *Universidad de los Andes*, 77-104.

Morón Campos, M. A. (2015). Movimientos Sociales, Nueva Razón de Estado y la Estigmatización de la Protesta Social. *Jurídicas CUC*, 11 (1), 329-344.

Páez Bimos, P. M. (2020). Aproximaciones jurídico- sociales de la protesta: una revisión desde la legitimidad y legalidad. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 73-108.

Penna, G. (2016). por una respuesta democrática frente a la criminalización de la protesta social . *Revista crítica penal y poder N° 10*, 8-27.

Personería de Medellín. (2011). Protesta social: entre derecho y delito. *Kabilando*, 133-144.

Sanín Tobón, G. (2014). Del estado benefactor al estado Penitenciario- la política social en neoliberalismo. *FORUM*, 13-22.

- **Tesis**

Murillo Rodríguez, J. S. (2020). La criminalización de la protesta social en Colombia: un pliego de inconstitucionalidades e imprecisiones. *Tesis de pregrado*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Núñez Uribe, M. F., & Vargas Hernandez, J. I. (s.f.). Relevancia de la protesta social pacífica como derecho humano reconocido. *Trabajo de grado especialización*. Bogotá: Universidad Libre.

Ortegón Osorio, J. (2016). ¡La tal marcha sí existe! garantías para la protesta social en Colombia. *Tesis de maestría*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Torres Gómez, A. D. (2018). Normativa de la protesta en Colombia: ¿ en contravía con los principios constitucionales? *Tesis de maestría*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.

- **Sentencias**

Corte Constitucional, Sentencia C-233/2017

Corte Constitucional, Sentencia C-009/2018

- **Documentos legales**

CIDH. (2019). *Protesta y derechos humanos*. Open Society Foundations.

Fiscalía General de la Nación. (27 de marzo de 2016). Directiva 0008 " por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social". Bogotá.

Senado de la República. (2021). *Exposición de motivos, proyecto ley "por medio de la cual se dictan normas tendientes al fortalecimiento de la seguridad ciudadana y se dictan otras disposiciones"*. Bogotá.

- **Normas**

Constitución Política de 1886.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 599 . (2000).

Ley 2197 .(2022).

- **Documentos de Páginas Web**

Temblores ONG, Indepaz. (junio de 2021). *Cifras de la violencia en el Marco del paro nacional 2021*. <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2021/06/3.-INFORME-VIOLENCIAS-EN-EL-MARCO-DEL-PARO-NACIONAL-2021.pdf>:
Temblores .

- **Páginas Web**

Diccionario de la lengua española. (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es/criminalizar>

Fiscalía General de la Nación. (s.f.). *Fiscalía General de la Nación*. Obtenido de <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/delitos/>