



Hoja No. 1. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

Directiva No. **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”

I. CONTENIDO Y DECISIONES¹

A. Contenido

Esta directiva tiene como objetivo establecer límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos violentos en el curso de las manifestaciones públicas.

Para responder a los retos que implican los hechos violentos cometidos de manera ocasional por las personas que protestan, esta directiva establece que las conductas punibles cometidas por los manifestantes deben interpretarse de conformidad con los derechos fundamentales a la libertad de expresión y reunión, y de acuerdo con el principio democrático. Por esta razón, sostiene que 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.

En esta directiva se establecerá que el derecho a la protesta pacífica goza de protección constitucional. Solo la violencia realizada en el curso de una protesta puede ser objeto de investigación penal. El Código Penal tipifica las conductas punibles de asonada (art. 469), perturbación en servicio de

¹ Con base en los lineamientos del Fiscal General de la Nación, la Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (DNEAC), en conjunto con asesores del Despacho del Fiscal General proyectaron esta directiva. Además, tuvo como insumos para su elaboración, documentos presentados por contratistas externos de la DNEAC. La posición de la Fiscalía en esta directiva, no necesariamente compromete la opinión de los contratistas.



Hoja No. 2. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

transporte (art. 353) y obstrucción a vías públicas (art. 353A), que pueden ser cometidas en el curso de la protesta social.

En esos casos, se debe realizar un juicio estricto de tipicidad. En el delito de asonada, la exigencia violenta 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.

En contraste, en los delitos de perturbación de transporte colectivo y la obstrucción a vías públicas, la conducta solo será típica si se realiza a través de medios ilícitos. 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 la violencia contra servidor público.

El tipo penal de terrorismo no debe ser utilizado, bajo ninguna circunstancia, para reprimir las conductas violentas en que se incurra en una manifestación. Este tipo penal prohíbe las conductas que generan un estado de zozobra y terror en la población o en un sector de esta.

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.

Esta directiva también ordena que la responsabilidad penal se demuestre en cada caso concreto. Para tal fin, se deberá evitar cualquier referencia a "pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas



0008

Hoja No. 3. Directiva No. _____ "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

por personas que pertenecen a un grupo identificado"¹ en las decisiones del proceso penal. Tampoco 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.

Finalmente, se aborda el principio de oportunidad. Cuando en el desarrollo de una protesta social se incurra en una conducta punible, deberá evaluarse si es aplicable alguna de las causales del principio de oportunidad, especialmente aquellas previstas en los numerales 13, 14 y 15 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Si resulta aplicable alguna de las causales anteriores, deberá realizarse un test de proporcionalidad en el que se determine si la persecución penal es un medio idóneo, necesario y proporcional para garantizar el bien jurídico tutelado.

B. Decisiones adoptadas

En esta directiva se adoptan las siguientes decisiones:

1. La protesta pacífica no puede ser objeto de investigación penal bajo ninguna circunstancia.
2. Las molestias e incomodidades que se generan como consecuencia de las manifestaciones pacíficas no constituyen conductas punibles.

Alcance y límites del concepto de protesta violenta

3. Los manifestantes pueden incurrir en conductas punibles que, de acuerdo con las circunstancias en las cuales fueron realizadas, podrán

¹ Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279.



Hoja No. 4. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

ser perseguidas de forma diferente, por ejemplo a través de la aplicación del principio de oportunidad .

4. La violencia física es el uso de la fuerza aplicada a una persona.
5. Debe entenderse como protesta violenta aquella que es de carácter físico y se lleva a cabo a través de:
 - a. La lesión o puesta en peligro de la integridad física de las personas.
 - b. El daño grave a los bienes públicos o privados.
6. Por regla general, no debe considerarse protesta violenta:
 - a. La que es de carácter verbal.
 - b. La quema de banderas, debido a que es un discurso permitido por la Constitución.
7. Excepcionalmente, se puede considerar como violencia la que es de carácter verbal. Esta excepción se presenta en:
 - a. El delito de apología del genocidio (art. 102).
 - b. El delito de amenazas cuando exista un peligro real e inminente de causarle un daño a una persona.
 - c. Los actos de racismo o discriminación (art .134A, C.P.).



Hoja No. 5. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

- d. En el delito de hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política u origen nacional étnico o cultural (art. 134B, C.P.).

Exigencia violenta del delito de asonada

- 8. La “exigencia violenta” prevista en el tipo penal de asonada debe:
 - a. Por regla general, ser de carácter físico.
 - b. Causar un daño grave contra los bienes.
 - c. Causar un daño contra la integridad de las personas.
 - d. Llevarse a cabo con dolo.

Los medios ilícitos previstos en los artículos 353 y 353A del Código Penal

- 9. En los tipos penales de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público” (art. 353 A, C. P.) y “de perturbación del servicio de transporte” (art. 353, C.P.), deben entenderse como “medios ilícitos” los siguientes:
 - a. Daño en bien ajeno (art. 265, C.P.).
 - b. Incendio (art. 350, C.P.).
 - c. Disparo de arma de fuego contra un vehículo (art. 356, C.P.).



0008

Hoja No. 6. Directiva No. _____ “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

- d. Empleo o lanzamiento de sustancias peligrosas (art. 359, C.P.).
- e. Violencia contra servidor público (art. 429, C.P.).

Juicio de tipicidad del delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”

10. Al realizar el juicio de tipicidad del delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público” (art. 353A C.P.), también se requiere:

- a. Que se presente una obstrucción efectiva a las vías públicas.
- b. Un daño o que se ponga en grave peligro la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria.

Juicio de tipicidad del delito de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial

11. El supuesto de hecho “imposibilitar la circulación”, previsto en el artículo 353 del Código Penal, 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.



Hoja No. 7. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

El delito de terrorismo es inaplicable en casos de protesta social

12. El delito de terrorismo es inaplicable en casos relacionados con la protesta social, porque con este tipo penal se pretende reprimir las conductas que generan un estado de zozobra y terror en la población o en un sector de esta.

Los estereotipos no pueden fundamentar decisiones del proceso penal

13. En los fundamentos de cualquier decisión del proceso penal no es posible considerar “las pre-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado”². Por ejemplo, al decidir si se formula una acusación contra un integrante de una minoría étnica procesado por el delito de asonada, no podrán incluirse en las consideraciones eventuales hechos violentos del pasado, llevados a cabo por personas de ese grupo.

Responsabilidad penal individual

14. Una persona no puede ser investigada penalmente por el solo hecho de participar en una manifestación en la que se cometan actos de violencia.

Promover una protesta pacífica no puede dar lugar a la apertura de una investigación penal

15. Una persona no puede ser investigada penalmente por promover o incitar mediante cualquier medio a la protesta pacífica.

² Ibid.



Hoja No. 8. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

- 16.** Las denuncias presentadas por perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial (art. 353) o por obstrucción a vías públicas que afecten el orden público (art. 353A) en protestas pacíficas son atípicas y deben ser inadmitidas.
- 17.** Las protestas pacíficas pueden generar afectación en el tráfico. Sin embargo, siempre que dicha afectación no se realice por medios ilícitos, y solo sea producto de la movilización pacífica, serán afectaciones atípicas. Por lo tanto, las denuncias presentadas en estos casos deberán ser inadmitidas.

Aplicación del principio de oportunidad

- 18.** Cuando en el desarrollo de una protesta social se incurra en una conducta punible, deberá evaluarse si se puede aplicar alguna de las causales del principio de oportunidad, especialmente aquellas previstas en los numerales 12, 13, y 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.
- 19.** Si resulta aplicable alguna de las causales del principio de oportunidad, deberá realizarse un test de proporcionalidad en el que se determine si la persecución penal es un medio idóneo, necesario y proporcional para garantizar el bien jurídico tutelado.

C. Palabras clave

Protesta social, bloqueo de vías, asonada, obstrucción a vías públicas, juicio de tipicidad, bloqueo de vías, asonada, obstrucción a vías públicas, protesta violenta, eximentes de responsabilidad penal, principio de oportunidad.



Hoja No. 9. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

II. INTRODUCCIÓN

En Colombia se protesta por razones institucionales, por la desigualdad y por razones culturales. Así lo estableció una investigación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en la que se estudiaron las razones por las cuales se protestó durante 2009 y 2010 en diferentes países latinoamericanos³.

Según la investigación citada, el principal motivo de las protestas (45%) fueron las deficiencias en las instituciones⁴, es decir, desacuerdos en la manera en que se lleva a cabo la gestión de las autoridades públicas. Esta categoría también comprende ausencia de obras públicas (o sus deficiencias), limitaciones en la prestación de servicios básicos o el incumplimiento de convenios⁵.

En segundo lugar, en Colombia el 28% de la protesta, según el estudio citado, se produce por lo que el PNUD denomina conflictos culturales⁶. Estos comprenden movilización por motivos ideológicos y políticos⁷, por la seguridad ciudadana⁸, por los derechos humanos⁹, por recursos naturales y por

³ Fernando Calderón (coord.), *La protesta social en América Latina* (Buenos Aires: Siglo XXI editores, 2012), <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/crisis%20prevention/Understanding%20Social%20Conflict%20in%20Latin%20America%202013%20SPANISH.pdf>. Para un recorrido acerca de las protestas sociales en el país desde 1958 hasta 1990 se puede ver: Mauricio Archila Neira, *Idas y Venidas vueltas y revueltas. Protestas Sociales en Colombia, 1958-1990* (Bogotá: ICANH y CINEP, 2003).

⁴ *Ibid.*, 197.

⁵ *Ibid.*, 199.

⁶ *Ibid.*, 197.

⁷ Este conflicto: "corresponde a las pugnas entre facciones, en general entre partidos políticos, grupos internos que los conforman o sectores afines, alrededor de visiones políticas contrapuestas que son llevadas al plano del enfrentamiento". *Ibid.* 294.

⁸ Se refiere a "reclamos vinculados con la falta de protección de la población frente a hechos delictivos". *Ibid.*, 293.

⁹ Son: "conflictos generados por la violación de derechos de las personas o demandando su reconocimiento", *Ibid.*, 294.



Hoja No. 10. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

el ambiente¹⁰. En tercer lugar, en el país se protesta por la desigualdad. El 27% de las protestas se encuentran relacionadas con conflictos laborales y salariales, con controversias vinculadas con la afectación de la economía, así como por disputas por la tierra¹¹.

Ocasionalmente, en las protestas sociales del país se presentan hechos violentos. En ese contexto, se expidió y entró en vigencia la Ley 1453 de 2011, en la que se tipificaron las conductas punibles de "perturbación de transporte colectivo u oficial" y "la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público". Esta directiva se referirá a estos delitos, al de asonada y al de terrorismo, porque por una incorrecta interpretación se puede criminalizar la protesta social de manera injustificada.

En la Sentencia C-742 de 2012, la Corte Constitucional estableció que los delitos de "perturbación de transporte colectivo u oficial" y "la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público", respetaban el principio de legalidad, bajo ciertas condiciones que serán desarrolladas más adelante. Esta directiva pretende resolver el siguiente problema: ¿Resulta conforme con los derechos fundamentales a la libertad de expresión, reunión, con el principio democrático y el de legalidad, realizar un juicio estricto de tipicidad (de los delitos de asonada y obstrucción a vías y perturbación de transporte), aplicar eximentes de responsabilidad o el principio de oportunidad a quienes protestan de manera violenta?

Estructura de la argumentación

¹⁰ Estos son "conflictos generados por problemas en el uso de los recursos naturales y por el deterioro de la calidad ambiental debido a acciones específicas, llevadas a cabo por instancias públicas o privadas", *Ibid.*

¹¹ Definidos como "conflictos por disputas de tierra y territorios entre dos o más actores, pedidos de otorgamiento u ocupaciones ilegales de territorios o infraestructuras agrarias con la intención de apoderarse", *Ibid.*



Hoja No. 11. Directiva No.  0008 "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

Los fundamentos argumentativos de esta directiva se dividirán en cinco partes. En la primera parte, se abordará el derecho a la protesta. En la segunda, se argumentará que el derecho penal es de *última ratio*. En consecuencia, se deben utilizar medios menos lesivos para los actos que afectan el principio constitucional de la libertad de circulación. En la tercera parte, se presentarán las características que debe reunir la protesta violenta.

En el cuarto acápite, se analizará la tipicidad de los delitos de asonada, perturbación de transporte colectivo u oficial y la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. En esa sección también se presentarán los fundamentos con respecto a la antijuridicidad y a la responsabilidad penal. Y, en el aparte final, se presentarán los argumentos para la aplicación del principio de oportunidad en los delitos que podrían llevar a la investigación en la protesta social, y se abordarán los supuestos de hecho que dan lugar a la inadmisión de las denuncias que se refieran al ejercicio de este derecho.

III. FUNDAMENTOS

A. La protección constitucional del derecho a la protesta

1. La protesta social es un derecho fundamental

La protesta social se encuentra protegida por la Constitución de 1991 y por los tratados internacionales sobre derechos humanos. La Carta consagra el derecho fundamental a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Así mismo, dispone que la limitación al ejercicio de este derecho solo puede establecerse mediante la ley (art. 37). Además, es una expresión colectiva del derecho fundamental a la libertad de expresión, también protegido en la Constitución (art. 20).



0008

Hoja No. 12. Directiva No. *"Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"*

Los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República también consagran estos derechos, los cuales se encuentran previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13 y 16) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19 y 21).

De manera adicional, la protesta social es una manifestación del Estado Democrático. La Constitución consagra una democracia no solo representativa (art. 1º), sino también participativa y pluralista (art. 40). Por lo general, la protesta es un medio que tienen los sectores minoritarios para participar en los asuntos públicos y llamar la atención sobre la precariedad de la respuesta institucional. En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido lo siguiente:

"La protesta social tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades"¹².

Las calles, las vías públicas y los parques no solo son lugares de circulación, también son lugares habituales para la comunicación de las ideas. Así ha sido reconocido a través de la doctrina del "foro público", que ha sido definida por la Corte Constitucional como aquel "sitio, lugar o medio a través de los cuales la sociedad y sus integrantes circulan, debaten, intercambian y comunican sus ideas"¹³. Además las calles, parques y plazas públicas se han identificado como lugares que, por su naturaleza, se destinan a estos propósitos. Por ello, la Corte ha destacado que quienes circulan por estos escenarios "no pueden constitucionalmente oponerse al ejercicio en dicho foro público de la libertad de expresión, reunión o religión, que allí se despliega"¹⁴.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-403 de 1992.

¹⁴ *Ibid.* La doctrina del foro público es de vieja data en el constitucionalismo comparado. En la década de los treinta, en el siglo XX, la Corte Suprema de Estados Unidos planteó esta doctrina para definir el alcance de la



Hoja No. 13. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

De manera similar, Maina Kiai, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación ha advertido que “los organizadores y los participantes deberían poder utilizar las plazas, carreteras y calles públicas para celebrar reuniones pacíficas, ya sea estáticas o en movimiento”¹⁵.

2. Solo la protesta pacífica goza de protección constitucional y no puede ser objeto de sanción penal

Desde sus primeros fallos la Corte Constitucional señaló las posibles tensiones que puede generar el ejercicio del derecho a la protesta y advirtió la necesidad de armonizar los distintos intereses en juego¹⁶. Por esta razón, según la misma Corte, la Constitución autorizó al legislador para determinar bajo qué circunstancias puede ejercerse el derecho de reunión y manifestación¹⁷.

Adicionalmente, el ordenamiento jurídico colombiano ha contemplado el uso de ciertos medios policivos para el control de las protestas que interfieren con

protección debida a los manifestantes que utilizan las zonas destinadas al uso común para llevar a cabo actos de protesta o de expresión política. En el caso *Hague vs. CIO*, la Corte estadounidense reconoció el derecho a utilizar las calles y parques para la comunicación de opiniones, sobre la base de que estos lugares “han sido destinados desde tiempos inmemoriales para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas”.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación* (Maina Kiai, 23º periodo de sesiones, A/HRC/23/39, 24 de abril de 2013), párr. 66.

¹⁶ De acuerdo con la Corte: “Como la Constitución no determinó en forma expresa los valores o derechos que deben protegerse para justificar las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, sino que otorgó una facultad general al legislador para determinar los casos en los cuales se puede limitar su ejercicio, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás”. Corte Constitucional, Sentencia T-456 de 1992.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012.



Hoja No. 14. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

el goce de otros derechos o con el orden público, a los cuales se hará referencia en el siguiente apartado del documento.

Sin embargo, al analizar la limitación de la protesta social a través de normas penales las autoridades públicas deben tener en cuenta que, de conformidad con la Corte Constitucional “solo la protesta pacífica goza de protección constitucional”¹⁸. En sentido similar, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos advirtió:

“El derecho de reunión, tal como se ha definido en el plano internacional y en los ordenamientos jurídicos internos de rango constitucional en los países de la región, tiene como requisito identificadorio el de ejercerse de manera pacífica y sin armas”¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, las manifestaciones pacíficas no pueden ser criminalizadas. Desde esta perspectiva, debe entenderse que cuando la Ley Estatutaria de Estados de Excepción establece que “el Gobierno no podrá tipificar como delito los actos legítimos de protesta social” (Ley 137 de 1994, art. 44), se refiere a aquellos actos de protesta que gozan de protección constitucional, es decir, a las manifestaciones públicas pacíficas. La ilegitimidad de un acto de protesta se debe determinar en función del uso de la violencia, pues un entendimiento contrario conduciría a criminalizar protestas pacíficas.

B. Los medios policivos deben ser utilizados antes de acudir al derecho penal

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos* 31 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II Doc.57.



Hoja No. 15. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

La criminalización de ciertos actos de protesta no pacífica suele fundarse en la protección del orden público y en la garantía de los derechos que pueden verse afectados. Sin embargo, una política adecuada del uso del derecho penal en este tipo de casos no debe perder de vista que es la herramienta más extrema de represión del Estado. Por tal razón, en el ámbito de un Estado social y democrático de derecho "el recurso al *ius puniendi* del Estado se ha considerado como la *última ratio*, cuando no hay medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales que tengan la aptitud para brindar protección al bien jurídico agraviado"²⁰.

En el caso de los actos de protesta que atentan contra el orden público o que interfieren, por ejemplo, con los derechos a la libertad de circulación o al trabajo, este carácter del derecho penal como *ultima ratio* debe constituir en todos los casos un principio rector del análisis. El ordenamiento jurídico colombiano contiene otros mecanismos para garantizar los bienes jurídicos eventualmente afectados con las protestas. Se trata de las medidas preventivas de control en caso de perturbación del orden público²¹. La existencia de un conjunto de medidas preventivas de policía constituye una razón para reducir a su mínima expresión el uso del derecho penal con el propósito de criminalizar actos que se cometen en una protesta.

C. La violencia durante la protesta social

Aunque existe un consenso en la protección de la protesta pacífica, no es tan claro cuáles son los actos que deben considerarse violentos en el curso de una manifestación. En el derecho comparado tampoco existe una respuesta a esta

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ En este sentido, el Código Nacional de Policía establece que "la policía puede emplear la fuerza para impedir la perturbación del orden público y para restablecerlo" (art. 29). De modo más específico, faculta a la policía para disolver "Toda reunión o desfile público que degenera en tumulto o cause intranquilidad o inseguridad públicas" (art. 104), así como para "impedir la realización de reuniones y desfiles públicos que no hayan sido anunciados con la debida anticipación" (art. 105).



Hoja No. 16. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

pregunta. A propósito del alcance de la protección del discurso y la expresión en el derecho constitucional comparado, la profesora Adrienne Stone sostiene:

“El lugar que tienen los hechos criminales en un sistema de libertad de expresión no es del todo claro. Incluso en Estados Unidos, con su larga historia de protección constitucional del discurso, las cortes no han desarrollado de manera completa y explícita la pregunta, aunque parece que trabajan asumiendo que los hechos criminales se encuentran excluidos de la Primera Enmienda”²².

A pesar de esta dificultad, es posible encontrar las características que debe reunir la violencia para ser un límite al derecho fundamental a la protesta social. Una lectura conjunta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la Constitución y la dogmática, permite establecer una regla que determine qué debe entenderse por violencia. Sin embargo, antes de exponer esta regla, conviene precisar las razones para adoptar una interpretación restrictiva de la violencia en el curso de las manifestaciones públicas.

1. Restricción al uso del poder punitivo del Estado

El acto de protestar puede tener una doble connotación en nuestro ordenamiento, de acuerdo con los medios de los que se valgan los manifestantes. Si se trata de un acto pacífico, la protesta es vista como un derecho. Si se recurre a medios violentos de coacción o se utilizan medios ilícitos que afectan la movilidad y ciertos bienes jurídicos (seguridad alimentaria), la protesta puede configurar un delito.

²² Adrienne Stone, “The comparative constitutional law of freedom of expression”, en *Comparative Constitutional Law*, Tom Ginsburg y Rosalind Dixon (eds.) (Estados Unidos: Research Handbooks in Constitutional Law, Edward Elgar Publishing, 2011), 408. Traducción libre.



Hoja No. 17. Directiva No. **0008** *"Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"*

En ambos casos se trata de actos de protesta, frente a los cuales la distinción entre lo legítimo y lo delictivo no siempre resulta clara. La Constitución colombiana se funda en la aspiración de garantizar efectivamente los derechos de todas las personas y de fortalecer la democracia, como fundamento del ejercicio del poder político. Entonces resulta pertinente abordar la cuestión de la violencia en el derecho a la protesta a partir de la comprensión de su significado.

a. La democracia es participativa y debe garantizar la igualdad

Tal como se señaló con anterioridad, la protesta social es una manifestación de la democracia. Desde el punto de vista normativo, la Constitución consagra una democracia no solo representativa, sino también participativa (art 1º). Además, hace de la igualdad y la participación valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico, por lo cual corresponde a las autoridades realizar las acciones necesarias para que la igualdad sea real y efectiva (arts 1º, 13 y 40).

La igualdad y la participación son principios constitucionales y derechos fundamentales que irradian su efecto en el proceso penal. En este sentido, resulta ilustrativo lo que la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español han denominado como dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

Al respecto, el alto Tribunal colombiano ha advertido que el ordenamiento jurídico "no está conformado por compartimentos estancos, algunos de los cuales escapan del influjo de las garantías y libertades constitucionales, pues estas se difunden en todos los ámbitos del derecho"²³. La Corte ha señalado,

²³ Sentencia T-1318 de 2005.



Hoja No. 18. Directiva No.

0008

"Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

así mismo, que "el aparato [estatal] no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos"²⁴.

El carácter participativo de la democracia y la igualdad real y efectiva son el fundamento de los principios que a continuación se presentarán.

b. La distancia deliberativa y las violaciones sistemáticas

Cuando se aplica el derecho penal a protestas con actos violentos, los operadores jurídicos deben garantizar la igualdad material y el carácter democrático de la libertad de expresión. En este sentido, Ferrajoli ha advertido que al aplicar la ley penal el operador de justicia debe realizar un juicio de equidad que es de carácter valorativo. Este análisis consiste "en la comprensión de las características accidentales y particulares de cada caso individual verificado y no connotadas por la ley"²⁵.

De acuerdo con el autor, ese juicio de equidad no se refiere a los elementos esenciales del delito, sino "a sus agravantes, sus atenuantes o sus eximentes de responsabilidad"²⁶. Con el fin de garantizar lo que Ferrajoli denomina como equidad y la Constitución denomina igualdad real y efectiva, resultan de utilidad dos principios elaborados por el constitucionalista Roberto Gargarella. El primero, el principio de distancia deliberativa y el segundo el de violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

i) Principio de distancia deliberativa

²⁴ Sentencia T-406 de 1992.

²⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed., Trotta, Madrid. 2009, p. 159

²⁶ *Ibidem*, p. 160.



Hoja No. 19. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

De acuerdo con este principio²⁷:

"Cuanto más marginado del debate público está un grupo por razones que están más allá de su propia responsabilidad, más sensible tiene que ser el poder judicial a las demandas de dicho grupo, y mayor protección debe prestar a las formas de comunicación desafiantes que estos grupos eligen para presentar sus demandas²⁸".

Este principio fue desarrollado por Gargarella a partir del voto disidente del juez Brennan en el caso *Adderley v. Florida*, decidido por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en 1966²⁹. A propósito de las personas que se encuentran alejadas del debate público, en el voto se señaló:

"Los métodos convencionales de petición pueden ser, como suelen serlo, inaccesibles para grupos muy amplios de ciudadanos. Aquellos que no controlan la televisión o la radio, aquellos que no tienen la capacidad económica para expresar sus ideas a través de los periódicos o hacer circular elaborados panfletos, pueden llegar a tener un acceso muy limitado a los funcionarios públicos"³⁰.

Por ello, la filósofa política Iris Marion Young habla de los límites de la democracia deliberativa en contextos de inequidades estructurales donde se bloquea la posibilidad de influir políticamente a través de los mecanismos institucionales. La autora también sostiene que en tales contextos se deben

²⁷ Gargarella Roberto, Un diálogo sobre la ley y la protesta social, en *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

²⁸ *Ibid.*, 190.

²⁹ El caso se refería al arresto de aproximadamente doscientos manifestantes que protestaban en la puerta de la cárcel del condado de León en La Florida, donde se encontraban detenidos activistas por los derechos civiles. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Adderley v. Florida* (14 de noviembre de 1966).

³⁰ Citado y traducido por: Gargarella Roberto, "Constitucionalismo y Libertad de Expresión", en *Teoría Crítica y Crítica del Derecho Constitucional*, Roberto Gargarella (ed) (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009), 59, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29957.pdf>



Hoja No. 20. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

reconocer las virtudes de las prácticas políticas no deliberativas, como las huelgas, los boicots y las protestas disruptivas³¹.

El principio de distancia deliberativa amplía "los términos de la discusión pública"³², de tal manera que se permita una participación abierta de los manifestantes que tradicionalmente han estado relegados de las decisiones públicas. Incluso, como se verá más adelante, este principio tiene como consecuencia práctica la consideración de la aplicación de eximentes de responsabilidad a los manifestantes que incurran en violencia.

ii) Principio de las violaciones sistemáticas

El segundo principio que garantiza la igualdad material y el carácter democrático de la libertad de expresión es el de las violaciones sistemáticas, según el cual:

"Cuando los manifestantes protestan como consecuencia de (lo que consideran) la violación sistemática de un derecho básico, las autoridades públicas deberían prestar especial atención al derecho particular en juego y al carácter de esas violaciones"³³.

En estos casos, surge la duda acerca de lo que debe considerarse como violación sistemática. Sin embargo, esta dificultad no es insuperable y es

³¹ Young, Iris. Activist challenges to deliberative democracy, en *Political Theory* (Vol. 29 No. 5, 2009).

³² La distancia deliberativa desarrolla el carácter democrático e igualitario que debe tener la libertad de expresión. En este sentido, resulta ilustrativo que el profesor Owen Fiss defienda la libertad de expresión como una garantía colectiva de carácter democrático. De acuerdo con este autor, la finalidad de este derecho: "sería ampliar los términos de la discusión pública, para permitir que los ciudadanos se den cuenta de cuáles son los temas de debate y los argumentos de todas las partes, a fin de que puedan conseguir sus objetivos libre y plenamente". Fiss Owen, *La ironía de la libertad de expresión* (Barcelona: Gedisa, 1999), 194.

³³ *Ibid.*, 194. Fiss también defiende una amplia circulación de las ideas que es consistente con una democracia igualitaria. Sostiene: "la democracia permite a la gente elegir el modo de vida que desea llevar y presupone que esta elección se hace en el contexto de un debate público, que es por usar la ya famosa frase del juez Brennan "deshinibido vigoroso y abierto".



Hoja No. 21. Directiva No. **JE 0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

posible establecer que se presenta una violación sistemática de un derecho cuando no se presenta de manera aislada o inusual, sino que, por el contrario, se repite en el tiempo³⁴.

Por ejemplo, el corte de un servicio básico durante un día no podría tener este carácter. Por el contrario, sería una violación sistemática si un grupo o una población tienen, sin justificación razonable, solamente dos o tres horas de ese servicio durante el día. También tendría este carácter la violencia contra un grupo social desarrollada a través de homicidios, amenazas o desplazamiento forzado.

En casos como los anteriores, resulta necesario que se establezca, tal como se señalará más adelante, si se presentan eximentes de responsabilidad penal, como el estado de necesidad y el legítimo ejercicio de un derecho. En conclusión, cuando los grupos se encuentren en una situación de distancia deliberativa o sufran una violación sistemática a algún derecho, se deben considerar eximentes de responsabilidad, como el legítimo ejercicio de un derecho o el estado de necesidad.

2. ¿Qué características debe reunir la violencia en el curso de la protesta para que esta adquiera relevancia para el derecho penal?

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra la violencia como límite a la protesta social. En primer lugar, de conformidad

³⁴ Esta definición toma del Derecho Penal Internacional los actos que no son aleatorios y que, por el contrario, son repetidos con regularidad. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha sostenido: “The term ‘systematic’ refers to an ‘organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence,’ and is often expressed through patterns of crimes, in the sense of non-accidental repetition of similar criminal conduct on a regular basis”. Blagojevic and Jokic, Trial Chamber (January 17, 2005), para. 545.



Hoja No. 22. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

con los Principios sobre Libertad de Reunión³⁵, elaborados en Europa, la violencia debe ser física. En segundo lugar, de acuerdo con los estándares del sistema interamericano de derechos humanos, la violencia verbal, por regla general, no puede ser criminalizada.

Además, existen expresiones, como la quema de banderas, que no deben ser consideradas violencia. Así lo confirma la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos.

a. Por regla general la violencia debe ser física

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege el derecho a la reunión pacífica. En la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 20)³⁶ se prevé el derecho de reunión pacífica para asuntos de cualquier índole y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. XXI)³⁷ se consagra de manera genérica. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 15)³⁸ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 21)³⁹ protegen el derecho de reunión pacífica. Este derecho también está protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art.

³⁵ OSCE, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, segunda edición (Varsovia: 2010).

³⁶ Este artículo dispone: "Toda persona tiene el derecho de reunirse pacíficamente con otras, en manifestación pública o en asamblea transitoria, en relación con sus intereses comunes de cualquier índole".

³⁷ De acuerdo con la disposición citada: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas; 2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación".

³⁸ De acuerdo con lo previsto en ese tratado: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás".

³⁹ Este artículo establece: "Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás".



0008

Hoja No. 23. Directiva No. _____ "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

11)⁴⁰ y por la Carta Africana (art. 11)⁴¹. En estos tratados además se protege el derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, el derecho de reunión no es absoluto y admite restricciones. La Convención Americana establece que estas son "necesaria[s] en una sociedad democrática" para proteger la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la salud y la moral, los derechos y las libertades de los demás. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece las restricciones por los mismos motivos.

El Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana no han tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de lo que puede considerarse violencia en el curso de una manifestación⁴². Sin embargo, es posible establecer, con base en los estándares establecidos por la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, que por regla general la "violencia verbal" no puede ser perseguida por las autoridades

⁴⁰ Al respecto, el tratado citado establece: "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses; 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones más aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

⁴¹ La Carta establece: "Todo individuo tendrá derecho a reunirse libremente con otros. El ejercicio de este derecho estará sujeto solamente a las necesarias restricciones estipuladas por la ley, en especial las decretadas en interés de la seguridad nacional, la seguridad personal, la salud, la ética y los derechos y libertades de los otros".

⁴² En el 2005, la Relatoría para la Libertad de Expresión, en el Capítulo V de su informe anual dedicado a la protesta social en las Américas, manifestó que hasta esa fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se había pronunciado acerca de las limitaciones a las manifestaciones públicas. Ocho años después, la Corte aún no se ha pronunciado sobre el tema. CIDH, Relatoría para la Libertad de Expresión, "Capítulo V Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión", en *Informe Anual de 2005*, 2005, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/social.asp>

Aunque la Corte Interamericana sí se pronunció recientemente por el procesamiento del pueblo Mapuche como consecuencia de las protestas violentas, en esa sentencia el problema jurídico a resolver se refería, principalmente, a violaciones del derecho al debido proceso y al principio de legalidad por la aplicación del tipo penal de terrorismo. Cfr. Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C No. 279.



0008

Hoja No. 24. Directiva No. _____ "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

penales. También se puede concluir que, de conformidad con los principios desarrollados en el derecho europeo, la violencia debe ser de carácter físico.

i) Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Aunque existe un consenso en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos en proteger la reunión pacífica, no resulta tan claro cuándo una manifestación deja de serlo y se torna violenta. Sin embargo, la Relatoría para la Libertad de Expresión sí ha expresado su preocupación por "la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una protesta, los cortes de ruta (a cualquier hora y de cualquier tipo) o los actos de desorden que en realidad, en sí mismos, no afectan bienes como la vida, la seguridad o la libertad de las personas"⁴³.

Como se verá a continuación, del sistema interamericano se pueden extraer dos conclusiones: primero, no hay violencia sin lesión o amenaza a un derecho ajeno y, segundo, por regla general, la violencia verbal no puede ser objeto de persecución penal.

No hay violencia sin lesión o amenaza a un derecho ajeno

Cuando en el curso de una protesta se causan daños a terceros o se afectan bienes como la vida o la libertad de las personas, se debe realizar un test de proporcionalidad para garantizar que la restricción se ajusta a la Convención

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Una Agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 25 de febrero de 2009, párr. 71.



Hoja No. 25. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

Americana, que forma parte del bloque de constitucionalidad y, en consecuencia, es vinculante⁴⁴.

Tales restricciones deben cumplir con varios elementos, de conformidad con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Primero, la restricción debe estar prevista en la ley. Segundo, la restricción debe proteger un objetivo imperioso. Tercero, las restricciones deben ser idóneas y necesarias en una sociedad democrática. Y cuarto, deben ser proporcionales en sentido estricto⁴⁵.

En este momento no es necesario señalar cada elemento del test porque este acápite se refiere a lo que debe entenderse por violencia⁴⁶. Sin embargo, resulta pertinente analizar en qué consisten los objetivos o finalidades imperiosas que pueden limitar el derecho a la libertad de expresión en el curso de una protesta. La jurisprudencia de la Corte y los informes de la Comisión

⁴⁴ Al respecto es importante recordar que la Corte Constitucional ha sostenido que aquellos tratados que reconocen derechos que no se pueden suspender en los estados de excepción, forman parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, es decir que se integran a las normas de la Carta. Como el derecho a la libertad de expresión no puede ser suspendido en los estados de excepción y se encuentra consagrado en la Convención Americana se puede afirmar que forma parte del bloque de constitucionalidad, y en consecuencia es vinculante. Cfr. Corte Constitucional C-358/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia C-582 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-988/04 M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría para la Libertad de Expresión, *Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* Washington D.C.: OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 2009.

⁴⁶ Los siguientes casos son los precedentes más recientes en los que se ha aplicado el test de proporcionalidad a las restricciones del derecho a la libertad de expresión: Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C No. 238); Corte IDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas* (Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207). Al respecto resulta pertinente recordar que de conformidad con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "la Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2006, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández.



 0008

Hoja No. 26. Directiva No. _____ “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

Interamericana han estudiado dos finalidades imperiosas, el orden público y los derechos de los demás⁴⁷.

La limitación de los derechos de los demás resulta útil para establecer un primer elemento de la violencia: la lesión o la amenaza a un derecho ajeno. De acuerdo con la Relatoría para Libertad de Expresión, solo se pueden limitar los derechos de los demás cuando “estos derechos se encuentren claramente lesionados o amenazados, lo cual compete demostrar a la autoridad que impone la limitación”⁴⁸. Y ha agregado que “si no hay una lesión clara a un derecho ajeno, las responsabilidades ulteriores resultan innecesarias”⁴⁹.

El orden público también es un objetivo imperioso, que en consecuencia puede dar lugar a que se limite las protestas. Sin embargo, de acuerdo con la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH:

“[D]ebe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras conjeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves”⁵⁰.

⁴⁷ *Ibidem*. Corte I.D.H., *Caso de Eduardo Kimel Vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177); Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 (Serie A No. 5), párr. 64

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, *Marco Jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión* (Washington D.C.: OEA Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 2009).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*



Hoja No. 27. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

Por regla general la violencia verbal durante la protesta no debe ser objeto de investigación penal

La Relatoría para la Libertad de Expresión y la Corte Interamericana han considerado que el lenguaje insultante contra los funcionarios públicos no debe ser objeto de sanción penal. Al respecto, en su Informe Anual de 1994, la CIDH indicó que "[l]a protección especial que brindan las leyes de desacato a los funcionarios públicos contra el lenguaje insultante u ofensivo es incongruente con el objetivo de una sociedad democrática de fomentar el debate público"⁵¹.

De acuerdo con la CIDH, este tipo de leyes "restringen indirectamente la libertad de expresión"⁵². Debido a que "[e]l temor a sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre los hechos y los juicios de valor"⁵³. De ahí se puede extraer como regla general que la violencia verbal no debe ser penalizada.

Sin embargo, esta regla tiene excepciones. Una de ellas, es el delito de amenazas⁵⁴. Otra reside en los actos de racismo y en el hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política u origen nacional⁵⁵. Y la última en

⁵¹CIDH, *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.88, Doc. 9 Rev. (1995) 17 de febrero de 1995. Capítulo IV.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Al respecto, el artículo 347 del Código Penal establece: "Amenazas. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (1) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

⁵⁵ Los actos de racismo y hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política u origen nacional étnico o cultural fueron tipificados como delitos en la Ley 1482 de 2011. "Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones".



Hoja No. 28. Directiva No. **00008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

el delito de apología del genocidio⁵⁶. Si en el curso de una protesta se incurre en alguna de estas conductas, deberán ser investigadas.

De lo expuesto sobre el sistema interamericano, es posible extraer dos conclusiones: en primer lugar, la violencia en el marco de la protesta implica la violación de un derecho ajeno; la segunda conclusión es que la violencia de carácter verbal no constituye, por regla general, una conducta típica.

ii) Sistema Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no establece qué debe entenderse por violencia. Sin embargo, los precedentes de esa alta Corte, sí desarrollan algunos límites al poder punitivo que resultan pertinentes en este acápite. En contraste, en los Principios sobre la Libertad de Reunión Pacífica, elaborados por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, es posible encontrar un concepto de violencia⁵⁷.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En la jurisprudencia del Tribunal Europeo no parece existir un caso del que pueda extraerse una regla que permita definir qué es violencia en el curso de la protesta social⁵⁸. Sin embargo, esa Corte ha establecido que: “en la práctica,

⁵⁶ Al respecto, el artículo 102 del Código Penal establece: “El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años”.

⁵⁷ OSCE, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, segunda edición (Varsovia: 2010).

⁵⁸ La Corte Constitucional ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Europea como un criterio auxiliar de interpretación que no tiene carácter vinculante. Dos ejemplos ilustran esta afirmación. El primero se encuentra en la Sentencia C-370 de 2006, en la que se estudió la constitucionalidad de algunas disposiciones de la ley de justicia y paz. El Tribunal Constitucional se refirió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos



0008

Hoja No. 29. Directiva No.

“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

el único tipo de eventos que no califican como “reunión pacífica” son aquellos en los que los organizadores y participantes tienen como propósito usar la violencia”⁵⁹.

En el caso *Stankov* contra Bulgaria, la Corte estudió si las declaraciones de una asociación separatista en el curso de una manifestación podían ser consideradas como incitación a la violencia⁶⁰. El Tribunal definió que estas manifestaciones eran marginales y no constituían el centro del debate. Por el contrario, concluyó que en las intervenciones centrales de la organización se hacía un llamado a aumentar la presión política para lograr los objetivos de la organización⁶¹.

Los Principios sobre la Libertad de Reunión Pacífica

Los Principios sobre la Libertad de Reunión Pacífica (en adelante Los Principios OSCE), elaborados por un panel de expertos para la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, establecen algunos parámetros de lo que debe entenderse por violencia en las protestas sociales⁶². Estos principios recogen los tratados regionales y universales de derechos humanos, el derecho comparado de diferentes Estados (principalmente europeos) y los

Humanos al referirse al alcance de los derechos de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. El segundo ejemplo proviene de la Sentencia T-391 de 2007, en la que se estudiaba la acción de tutela promovida por una cadena radial contra un fallo que le ordenaba moderar el lenguaje sexualmente explícito. En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional utilizó la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para referirse a la titularidad del derecho a la libertad de expresión de las personas jurídicas, al carácter democrático de este derecho, así como la garantía a escoger la forma y el tono para manifestar las ideas, pensamientos y opiniones.

⁵⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos; *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom*, decisión del 16 del July 1980. Reiterado por el Tribunal Europeo en: *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, sentencia del 2 de enero de 2001, aplicaciones 29221/95 and 29225/95, *Faber v. Hungría*, sentencia del 24 de julio de 2012, aplicación 40721/08.

⁶⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden*, sentencia del 2 de enero de 2001, aplicaciones 29221/95 and 29225/95.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 100.

⁶² *Ibid.*



Hoja No. 30. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

principios generales del derecho que son reconocidos por la comunidad de naciones⁶³.

Los Principios OSCE no son de carácter vinculante, son una norma de *soft law*⁶⁴ que constituye doctrina autorizada y sirve como un medio auxiliar para interpretar las obligaciones del Estado colombiano con respecto al derecho de reunión. Así lo ha establecido la Corte Constitucional con respecto a documentos similares. Por ejemplo, en la sentencia C-038/04 se estableció que los Principios de Limburgo⁶⁵ y Maastricht⁶⁶ son doctrina, ya que constituyen "la interpretación académica más respetada y autorizada sobre el sentido y alcance de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, que es expedida por unos expertos".

La violencia debe ser física

⁶³ *Ibidem*. p.12. Los principios han sido citados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los siguientes fallos: *Oya Ataman v Turquía*, sentencia del 5 de septiembre de 2006, párr.16; *Gillan and Quinton v. Reino Unido*, 12 de enero de 2010, párr. 47. También han sido citados por el Relator de Naciones Unidas sobre los Derechos de reunión y asociación Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, 7 de agosto de 2013, párr. 13.

⁶⁴ La Corte ha precisado que el *soft law* se compone de "disposiciones flexibles, adoptadas en el seno de organizaciones internacionales, a veces por amplias mayorías, que constituyen sobre todo directivas de comportamiento dirigidas a los Estados, más que obligaciones estrictamente de resultado". Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003.

⁶⁵ Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos señala sobre estos principios: "En 1986, un grupo internacional de distinguidos expertos en derecho internacional reunido en la Universidad de Limburgo en Maastricht (Países Bajos) elaboró una serie de principios y obligaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, los denominados Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En estos principios se exponen diversas opiniones sobre la interpretación de las disposiciones del Pacto. En ellos se establece un marco amplio para comprender la naturaleza jurídica de las normas del Pacto, y se usan generalmente para interpretar esas normas". Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales Manual para las instituciones nacionales de derechos humanos* (Nueva York, 2004).

⁶⁶ En 1997: "los Principios de Limburgo fueron complementados con directrices preparadas en otra reunión de expertos en derecho internacional celebrada en Maastricht. Las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tratan de la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales, las violaciones de esos derechos por comisión y omisión, la responsabilidad por la vulneración de los derechos y el derecho de las víctimas a recursos eficaces", *Ibid*.



Hoja No. 31. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

Los Principios OSCE resultan relevantes para establecer bajo qué circunstancias una reunión no es pacífica y se considera violenta. Este documento señala que la violencia debe ser física. Sin embargo, de acuerdo con estos principios, los tratos inhumanos, degradantes, y el acoso a una audiencia cautiva deben considerarse violencia⁶⁷.

Los tratos inhumanos o degradantes también son violencia

De acuerdo con lo anterior, por regla general, la violencia debe ser física, con dos excepciones. La primera consistiría en los tratos inhumanos o degradantes. Esta conducta se encuentra prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por la Constitución (art. 12)⁶⁸, y se puede llevar a cabo por medios distintos a la violencia física, como sucede con las amenazas. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos, con base en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁹, sostiene lo siguiente:

“La mera amenaza de una conducta prohibida por el artículo 5 de la Convención Americana [que consagra el derecho a la integridad personal], **cuando sea suficientemente real e inminente**, puede en sí

⁶⁷ Al respecto los principios establecen: “El espectro de conducta de lo que constituye violencia debe ser construido de una manera restrictiva, pero excepcionalmente debe extenderse más allá de la violencia puramente física, para incluir los tratos inhumanos o degradantes, o la intimidación intencional o acoso de una “audiencia cautiva” OSCE, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, segunda edición (Varsovia: 2010) *Ibid.*, párr. 84. Traducción libre. Se omiten las notas al pie

⁶⁸ La Corte Constitucional ha sostenido: “El Artículo 12 de la Constitución Nacional es incluso más amplio que los instrumentos internacionales suscritos por Colombia sobre el tema, pues como se dijo arriba, la Carta colombiana prohíbe la tortura incluso en los casos en que el torturador sea un particular (...) La consagración constitucional del derecho a no ser torturado, busca, junto con las demás hipótesis consagradas en el mismo artículo 12, proteger el derecho a la integridad personal, cuya vulneración había sido tema de preocupación constante para las altas corporaciones judiciales, en particular para el Consejo de Estado”. Sentencia C-587 de 1992.

⁶⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, N° 7511/76 y N° 7743/76, sentencia del 25 de febrero de 1982.



Hoja No. 32. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

misma estar en conflicto con la norma de que se trata. En otras palabras, crear una situación amenazadora o amenazar a un individuo con torturarlo puede constituir, al menos en algunas circunstancias, un tratamiento inhumano⁷⁰ (negrilla fuera del texto).

El acoso a una audiencia cautiva no es violencia

En los Principios OSCE, la doctrina del acoso a una audiencia cautiva es la segunda excepción a la violencia física como límite de la protesta social. Como se reconoce en dichos principios, esta teoría ha sido debatida en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos⁷¹ y tiene como finalidad proteger a la persona que no desea oír un discurso si sus “intereses sustanciales de privacidad están siendo invadidos de una manera intolerable”⁷².

Para que sea aplicable la doctrina de la audiencia cautiva, se requieren dos elementos: primero, que la audiencia no pueda evitar el mensaje y, segundo, que no tenga el deber de retirarse para evitar el mensaje⁷³. Por ejemplo, estos dos elementos se reúnen cuando una persona no quiere escuchar el mensaje de los manifestantes y se ve obligada a hacerlo en su casa⁷⁴.

Es importante precisar que para determinar si se presenta el acoso a una audiencia cautiva se debe valorar el contexto en que se llevan a cabo algunas conductas para establecer si deben considerarse punibles. Por ejemplo, si un

⁷⁰Corte IDH, *Instituto de Reeducción del Menor c. Paraguay*, sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C 112 párr. 167.

⁷¹ Al respecto se pueden ver los siguientes casos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos: *Rowan v. United States Post Office Department*, mayo 4 de 1970; *Cohen, vs California*, junio 7 de 1971; *Frisby vs Shultz*, junio 27 de 1988; *Snyder vs Phelps*, marzo 2 de 2011.

⁷² Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Cohen, vs California*, junio de 1971. Traducción libre.

⁷³ Corbin, Caroline Mala, *The First Amendment Right Against Compelled Listening* (Marzo 4, 2009, Boston University Law Review, Vol. 89, 2009), <http://ssrn.com/abstract=1353489>

⁷⁴ *Ibid.*



Hoja No. 33. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

grupo de personas —en un caso distinto al de una protesta— le impide a otra entrar a su domicilio, esta conducta se podría adecuar típicamente al delito de violación a habitación ajena, si se encuentran en “sus dependencias inmediatas”. Sin embargo, si esa situación ocurre en el curso de una protesta y se le impide a una persona entrar a su casa porque los manifestantes pacíficos bloquean la entrada, el delito sería atípico, puesto que los participantes se encuentran en el legítimo ejercicio de un derecho. En otras palabras, el contexto fáctico determina la configuración del delito.

Es importante precisar que la doctrina de la audiencia cautiva ha sido interpretada de manera restrictiva⁷⁵. La Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos la ha aplicado excepcionalmente en casos en los que han llegado cartas indeseadas al correo de una persona⁷⁶ y también cuando consideró la constitucionalidad de una ordenanza municipal que restringía los piquetes alrededor o al frente de una residencia⁷⁷.

Sin embargo, la teoría de la audiencia cautiva no le ha atribuido el acoso a esta el carácter de violencia. Bajo ciertas circunstancias pueden presentarse afectaciones graves a la privacidad, pero si se permitiera la persecución penal por invasiones a la privacidad, se podría desincentivar la protesta social, lo cual no sería una consecuencia deseable en un Estado democrático de derecho. Precisamente, la Corte Constitucional ha advertido que el derecho a la manifestación pública revela que el orden constitucional:

⁷⁵ Así sucedió en el reciente caso *Snyder vs Phelps*, en el que se debatía si las protestas de una iglesia bautista —en la que se levantaban carteles de odio contra los militares y Estados Unidos— durante el funeral de un militar— podían dar lugar a la responsabilidad civil de los manifestantes. O si, por el contrario, estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión. La Corte consideró que no resultaba aplicable la intimidación a “la audiencia cautiva”, porque los letreros que tenían los manifestantes no podían ser vistos por la familia cuando se dirigían al funeral y porque no existía prueba de que la protesta hubiese interferido con el desarrollo del sepelio. *Snyder vs Phelps*, marzo 2 de 2011.

⁷⁶ *Rowan v. United States Post Office Department*, mayo 4 de 1970.

⁷⁷ *Frisby vs Shultz*, junio 27 de 1988.



Hoja No. 34. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

“Está edificado sobre la base de una confianza amplia y justificada en la capacidad colectiva del pueblo colombiano para discutir pública y abiertamente los asuntos que le conciernen (art. 2, C.P.) y también para conformar, controlar y transformar sus instituciones en parte a través de manifestaciones públicas y pacíficas⁷⁸”.

Ese carácter democrático de la protesta social le resta legitimidad al derecho penal para proteger la privacidad de las personas. El Estado tiene a disposición de las personas que consideren gravemente afectado su derecho a la privacidad otros medios para su defensa, como las acciones de tutela⁷⁹.

En suma, en conformidad con Los Principios sobre la Libertad de Reunión Pacífica, la violencia debe ser física. Excepcionalmente, se puede considerar la violencia que no tenga este carácter y que constituya tratos crueles, degradantes e inhumanos, como sucede con el delito de amenazas cuando constituyen un peligro real e inminente⁸⁰. Estas conclusiones sirven para establecer qué debe entenderse por violencia.

b. Por regla general, la violencia debe dirigirse contra las personas

El principio de lesividad, tal como ha sido desarrollado por la teoría del garantismo penal de Luigi Ferrajoli, es pertinente para establecer lo que debe entenderse por violencia en el curso de la protesta social. Como se expondrá a continuación, una lectura de este principio implica que la violencia es aquella que se dirige contra las personas. El autor plantea que una política que se tome en serio este principio debe restringir determinados tipos de delitos por ser

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012.

⁷⁹ La tutela podría ser procedente en aquellos casos en que la conducta no sea lo suficientemente grave para ser considerada un delito, pero puede existir la vulneración y/o amenaza de un derecho fundamental.

⁸⁰ Aunque los Principios OSCE también se refieren a la intimidación, la directiva entiende que esta conducta se encuentra comprendida en las amenazas.



Hoja No. 35. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

injustificados⁸¹. Para tal fin, el jurista plantea tres restricciones. Una cualitativa, otra cuantitativa y la última, que es de carácter estructural.

La primera restricción es cuantitativa y, según lo explica Ferrajoli, implica que los delitos de bagatela deben ser excluidos. En este orden de ideas, los delitos con pena pecuniaria podrían despenalizarse. Una variante de lo planteado por Ferrajoli ha sido esbozada por el exjuez de la Corte Suprema argentina, Eugenio Zaffaroni, quien se ha referido al *principio de insignificancia*. Este autor ha sostenido que "las afectaciones insignificantes o de bagatela no son suficientes para cumplimentar el principio de ofensividad, pues se entiende que los delitos deben afectar con cierta relevancia los bienes jurídicos, sin poder configurarles cuestiones más o menos baladíes o que no guarden proporción elemental con la magnitud de la pena"⁸².

Con base en los planteamientos de Ferrajoli, la segunda restricción es cualitativa. Al referirse al Código penal italiano, señala que "nuestro principio de lesividad permite considerar 'bienes' solo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso"⁸³. La tercera restricción tiene un carácter estructural por los requisitos que impone el principio de lesividad concreta. Según esta limitación, los tipos penales de peligro abstracto deben ser reformulados para ser delitos de lesión o de peligro concreto⁸⁴.

De acuerdo con el autor, esas tres características hacen del principio de lesividad "un valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales". Y resulta útil para formular la siguiente directriz preliminar: "la violencia debe dirigirse contra las personas". Hechos

⁸¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed (Madrid: Trotta, 2009), 477.

⁸² Zaffaroni, E. Raúl, "Derecho penal y protesta social", Eduardo Bertoní (comp.), en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina* (Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2009).

⁸³ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 9ª ed, (Madrid: Trotta, 2009), 479.

⁸⁴ *Ibid.*, 480.



Hoja No. 36. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

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.

c. La quema de banderas no es violencia, es una expresión protegida por la Constitución

La quema de banderas es un discurso protegido por el derecho constitucional norteamericano que resulta pertinente destacar como un ejemplo de lo que no debe entenderse por violencia. Así, se estableció por la Corte Suprema de Justicia de ese país en los casos *Texas vs. Johnson* y *US vs. Eichman*. Como se verá, estas decisiones fueron consideradas en la Sentencia C-575 de 2009, donde el delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios se declaró inexecutable por la Corte Constitucional.

i) Los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos

En el caso *Texas vs. Johnson*, la Corte Suprema de EEUU estudió la constitucionalidad de una condena penal contra un ciudadano que participó en una protesta pública contra la Convención Nacional Republicana⁸⁵. Después de una marcha, quemó una bandera norteamericana sin que nadie corriera peligro de ser lesionado. Johnson fue condenado por el ultraje de un objeto venerado a un año de prisión. Sin embargo, la Corte Suprema y el Tribunal Penal de Apelaciones de Texas sostuvieron que su condena violaba el derecho a la libertad de expresión, protegido por la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *Texas vs. Johnson*, Junio 21 de 1989.



Hoja No. 37. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

La Corte señaló que por las circunstancias en las que se quemó la bandera al final de una protesta contra la Convención Nacional Republicana, hacían intencional y evidente el carácter expresivo de esa conducta. Además, encontró que el Estado de Texas no había señalado ninguna finalidad distinta a la supresión de la expresión que permitiera limitar el discurso. El Tribunal también sostuvo que, a diferencia de lo que había argumentado el Estado de Texas, no existía interés por prevenir infracciones a la paz, puesto que no se debe asumir que cada idea provocativa incitará a cometer disturbios, sino que deben considerarse las circunstancias que rodean la expresión.

La Corte concluyó que tampoco se justificaba la condena para proteger el interés de preservar la bandera como un símbolo de la nacionalidad y de la unidad nacional. Argumentó que la restricción de la expresión política en ese caso se basa en el contenido, ya que la ley aplicada está diseñada para proteger el abuso intencional que cause serias ofensas a otros. Y añadió lo siguiente:

"El Gobierno no puede prohibir las expresiones verbales o no de una idea solamente porque la sociedad la encuentra ofensiva o desagradable, aun cuando nuestra bandera se encuentre involucrada. Un Estado no puede promover su propia visión de la bandera prohibiendo la conducta expresiva, ya que el Gobierno no puede seleccionar unos símbolos designados para comunicar un número limitado de mensajes. Por otra parte, este Tribunal no va a crear una excepción a estos principios protegidos por la Primera Enmienda"⁸⁶.

Estas razones llevaron a la Corte a concluir que la condena del señor Johnson había violado el derecho a la libertad de expresión. Este precedente fue reiterado por el alto Tribunal en el caso *US vs. Eichmann*, que se refería a la

⁸⁶ *Ibid.* Traducción libre.



0008

Hoja No. 38. Directiva No. _____ “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

aplicación de una ley aprobada por el Congreso⁸⁷. En la norma se prohibían diferentes actos que irrespetaban la bandera, como pisarla o quemarla.

La Corte reiteró el precedente *Texas vs. Johnson* debido a que, en ese caso, la restricción no se podía justificar sin acudir al contenido del discurso regulado. Así mismo, recordó que el “Gobierno no puede prohibir la expresión de una idea simplemente porque la sociedad la encuentra ofensiva o desagradable”⁸⁸.

ii. La inexequibilidad del delito de ultraje a los símbolos patrios

Los casos citados de la Corte Suprema de Justicia norteamericana fueron considerados por la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-575 de 2009. En esta decisión, el Tribunal declaró inexequible el delito de ultraje a emblemas o símbolos patrios⁸⁹. En aquella oportunidad, el Tribunal Constitucional indicó que, para evaluar si la restricción a la libertad de expresión prevista por ese tipo penal era proporcional, era necesario realizar un test estricto. En esos casos, la finalidad de la medida que restringe el derecho debe ser imperiosa, adecuada y conducente, necesaria y proporcional en sentido estricto⁹⁰.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *US vs. Eichmann* junio 11 de 1990.

⁸⁸ *Ibid* Traducción libre.

⁸⁹ “Artículo 461. Ultraje a emblemas o símbolos patrios. El que ultraje públicamente la bandera, himno o escudo de Colombia, incurrirá en multa”.

⁹⁰ En la nota al pie 22 de la sentencia citada, la Corte señala al respecto: “Con respecto al test estricto de proporcionalidad los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida. Este modalidad de test se aplica 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3)



Hoja No. 39. Directiva No. ^{ME-} **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

Al analizar la finalidad de la medida, la Corte definió que el tipo penal desarrollaba un fin legítimo, dado que el ultraje a los símbolos patrios podía ser considerado como “una afrenta a lo que estos representan, es decir, la calidad de colombiano y el sentido de pertenencia a la comunidad nacional”. La Corte determinó que la medida era idónea para garantizar la seguridad del Estado por los efectos disuasorios y preventivos para cometer la conducta prevista en el tipo penal.

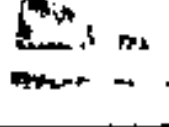
Sin embargo, consideró que no se cumplía con el principio de necesidad. Concluyó que la medida era inconstitucional porque en el ordenamiento jurídico existían medios menos lesivos para proteger los bienes constitucionales en juego, como las medidas policivas y administrativas. En consecuencia, la Corte declaró la inexequibilidad del delito de ultraje a símbolos patrios previsto en el artículo 461 del Código Penal.

De acuerdo con lo anterior, la quema de banderas de Colombia no puede considerarse como una conducta punible. Ahora bien, si la bandera no es un símbolo de Colombia, sino de otro país, ciudad o departamento, tampoco resulta acorde con la Constitución el hecho de perseguir penalmente esta conducta por dos razones. En primer lugar, porque se trata del ejercicio del derecho a la libertad de expresión. La Corte indicó lo siguiente al respecto:

“[E]s fácil suponer que detrás de la destrucción de un ejemplar de la bandera o del escudo o la modificación del himno se esconde una voz de protesta, de descontento, de desconfianza, de frustración o de ira”.

cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio”.



Hoja No. 40. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

En segundo lugar, porque la libertad de expresión protege las ideas “que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”⁹¹.

En síntesis, por regla general, si en el curso de una protesta se queman banderas, este hecho se debe considerar como una expresión protegida por la Constitución. El derecho penal no es necesario para proteger los símbolos patrios.

d. Criterios para establecer el significado del término violencia según el Código Penal

Diferentes delitos consagran el uso de la violencia como uno de los elementos del tipo. Así se encuentra dispuesto en delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (acceso carnal violento o los actos sexuales abusivos a persona protegida, terrorismo). La violencia también es un ingrediente objetivo del tipo en los delitos de apoderamiento de aeronaves, naves, o medios de transporte colectivo⁹² y desplazamiento forzado⁹³. Así mismo, el hurto calificado se puede llevar a cabo con violencia sobre las cosas (art. 240 num. 1º) o sobre las personas (art. 240 num. 6º).

Con el fin de precisar en qué consiste la proscripción de la violencia en las manifestaciones públicas, se tomará el delito de violencia contra el servidor

⁹¹ Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., *Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Corte I.D.H., *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105; Corte I.D.H., *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

⁹² Artículo 173 del Código Penal.

⁹³ Artículo 180 del Código Penal.



Hoja No. 41. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

público. La Sala Penal de la Corte Suprema se pronunció al respecto en un caso en el que un congresista entró a una registraduría departamental, insultó a los funcionarios y amenazó con hacerlos despedir de la entidad por cambiar la lista de candidatos a la Asamblea del Vaupés.

La Corte Suprema de Justicia advirtió que el delito de violencia contra un servidor público requiere violencia en dos modalidades. La primera es física, definida por el alto Tribunal como "la energía material aplicada a una persona con el fin de someter su voluntad"⁹⁴, o la que denomina de carácter moral "consistente en la promesa real de un mal futuro dirigido contra una persona o alguna estrechamente vinculada a ella"⁹⁵. Al resolver el caso en concreto, la Sala precisó que el congresista investigado "si bien es cierto se extralimitó oralmente (...), también lo es que tal desbordamiento careció de la intensidad y gravedad".

Conclusiones sobre las características de la violencia en la protesta social

Con base en lo anterior, se pueden formular dos grupos de conclusiones acerca de las características que debe tener la violencia, situación aplicable también en el curso de la protesta social. El primer grupo señala que debe entenderse por violencia aquella que: (i) es de carácter físico, es decir *la energía material aplicada a una persona con el fin de someter su voluntad*; (ii) lesione o ponga en peligro la integridad física de las personas; (iii) dañe gravemente los bienes públicos o privados necesarios para la supervivencia de un grupo poblacional.

El segundo grupo de conclusiones sobre las características de la violencia tienen un carácter negativo. Estas se refieren a lo que no debe entenderse por

⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (rad. 28232, 15 de julio de 2008).

⁹⁵ *Ibid.*



Hoja No. 42. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

violencia. Con base en los argumentos presentados, puede concluirse que no es violencia, por regla general, (i) la que es de carácter verbal; (ii) la quema de banderas, porque es un discurso permitido por la Constitución; (iii) la quema de llantas, porque es una conducta que por sí sola no tiene significancia.

D. Análisis de la tipicidad, la antijuridicidad y la responsabilidad penal en los delitos que pueden ser cometidos en el curso de una protesta

1. La tipicidad en los delitos que pueden ser cometidos en el curso de una protesta social

Es posible que en el curso de una protesta social algunos participantes se salgan del cauce de la manifestación pacífica e incurran en la comisión de ciertos delitos como daño en bien ajeno, lesiones personales o violencia contra servidor público. Aparte de estos y otros delitos que tienen una relación simplemente eventual con la protesta social, el Código Penal (Ley 599 de 2000) consagra tres tipos que penalizan conductas que pueden ser cometidas en el curso de la protesta social.

Se trata de los delitos de asonada (art. 469), “perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial” (art. 353) y “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público” (art. 353 A)⁹⁶. Como se ha presentado

⁹⁶ Los tipos penales previstos en los artículos 353 y 353A fueron incorporados al Código Penal a través de la ley 1453 de 2011 “por medio de la cual se reforma el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad”.



Hoja No. 43. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

la situación en la que el tipo penal de terrorismo se aplica a actos violentos cometidos en el curso de la protesta social, se presentarán los argumentos para descartarlo en estos casos.

Al tratarse de delitos como el de asonada, la perturbación del servicio de transporte y la obstrucción de vías públicas, que lindan con el ejercicio de un derecho constitucional, la salvaguarda del principio de legalidad resulta aún más exigente. El ejercicio del derecho a la reunión y a la manifestación puede afectar las rutinas sociales y generar algunos traumatismos en el transcurso cotidiano de las actividades, pero esto no justifica el tratamiento penal de las conductas. Por esta razón, la verificación de los elementos objetivos del tipo en cada caso concreto debe partir de una interpretación restrictiva.

a. “La exigencia violenta” del delito de asonada requiere (i) dolo, (ii) que se cause un daño contra la integridad de las personas, o (iii) se cause un daño muy grave a un bien

i) La violencia es distinta al tumulto

El artículo 469 del Código Penal vigente (Ley 599 de 2000) define así el delito de asonada: “Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses”. Esta norma fue impugnada ante la Corte Constitucional bajo la idea de que el delito de asonada, en cuanto mecanismo del pueblo para hacerse escuchar, constituía un derecho que no podía ser criminalizado.

Sin embargo, dicho planteamiento fue rechazado por la Corte con base en la ya referida idea de la proscripción de la violencia. Al respecto, señaló lo siguiente:



Hoja No. 44. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

“[E]l artículo 128 de la ley sub examine tipifica no la simple reunión o tumulto, sino que especifica más aún la conducta, pues proscribe la exigencia violenta, lo cual es apenas obvio, ya que dentro de un Estado de Derecho no se puede tolerar el empleo de la violencia –que es la situación resultante de la negación del derecho”⁹⁷.

De acuerdo con lo expresado por cierto sector de la doctrina:

“Los elementos objetivos del tipo penal son tres. Un sujeto activo colectivo que constituye un presupuesto para que efectivamente se pueda hablar de la existencia de una “forma tumultaria”. Un sujeto pasivo que es el Estado, y más concretamente la autoridad pública cuya acción u omisión se reclama. Y la conducta que consiste en exigir tumultuaria y violentamente a la autoridad un acto propio de sus funciones”⁹⁸.

La existencia del tumulto y la violencia suelen confundirse, por lo que este tema amerita un comentario detenido. La doctrina penal tiende a caracterizar la exigencia violenta como una forma de coacción sobre la autoridad⁹⁹. Por esta razón deberá entenderse aquella que es de carácter físico, tal como se señaló con anterioridad.

Solo excepcionalmente la violencia verbal que vaya más allá del uso del lenguaje ofensivo o insultante podrá ser considerada como exigencia violenta, como sucede con las amenazas que puedan representar un riesgo para la

⁹⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-009 de 1995*, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁹⁸ Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez, “Derecho penal y protesta social”, Eduardo Bertoní (comp.), en *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho Penal y libertad de expresión en América Latina* (Buenos Aires: Universidad de Palermo), 51.

⁹⁹ Ver: Jorge Enrique Valencia. *Derecho Penal Colombiano, Parte Especial* (Tomo I, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007), 359; Franciso José Ferreira (2006). *Derecho Penal Especial* (Tomo II, Bogotá: editorial Temis S.A.), 677; Cantillo, Milciades, *Delitos Políticos* (Cartagena: editorial Costa Norte Ltda., 1990), 84.



Hoja No. 45. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

integridad personal de las autoridades a quienes se dirige el reclamo. Pero, en general, el tipo de violencia que tiene la potencialidad de marcar el límite entre el ejercicio legítimo del derecho a la protesta y el delito de asonada es la violencia física que cause un daño en la integridad de las personas. También existe cuando se causa un daño grave a los bienes.

ii) La exigencia violenta requiere dolo y una afectación intensa del bien jurídico tutelado

No todo tipo de violencia física determina automáticamente la configuración de este elemento típico, sino que es necesario hacer ponderaciones. Para tal efecto, la violencia debe satisfacer al menos dos condiciones.

La primera es que debe llevarse a cabo con dolo como elemento de la tipicidad y, la segunda, es que 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 y, en principio, únicamente el daño grave contra los bienes podría jugar como elemento de la tipicidad en el delito de asonada.

De otro modo, se corre el riesgo de penalizar actos menores de violencia – como tirar con fuerza un objeto contra la pared– que pueden ser enfrentados a través de medios distintos al derecho penal, como las funciones policivas o de responsabilidad civil.



Hoja No. 46. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

a. El bloqueo de vías. Solo será típico aquel bloqueo de vías previsto en el artículo 353A del Código Penal que se realice a través de medios ilícitos

El Código Penal, tal como fue reformado por la Ley 1453 de 2011, contiene dos artículos que tipifican las conductas punibles que se pueden llevar a cabo en el curso de una protesta. El artículo 353A penaliza la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público:

“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, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

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”.

Recientemente, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de estos dos artículos en la Sentencia C-742 de 2012, pero únicamente en relación con el principio de estricta legalidad. Según la Corte:



Hoja No. 47. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

“Aunque *prima facie* la formulación aprobada por el legislador penal podría dar pie a ciertas discusiones en torno a su aplicación a casos concretos, no por ese solo hecho la norma es inconstitucional”.

La Corte concluyó que la norma no era inconstitucional por violación del principio de estricta legalidad y, al hacerlo, indicó algunos criterios que deben ser tenidos en cuenta en la aplicación de la norma. El artículo 353A no penaliza cualquier bloqueo de vías, sino solo aquel que se realice por medios ilícitos. Según la sentencia de la Corte:

“Comportamientos ilícitos son aquellos actos que reúnen al menos dos propiedades: que efectivamente están prohibidos, y a los cuales se les enlaza una penalidad coherente con la Constitución. En Colombia el legislador decide cuáles medios son ilícitos, para efectos de que se configure el tipo acusado”¹⁰⁰.

i) Son medios ilícitos aquellos en los que se recurre a la violencia

Además, en consonancia con el ámbito de protección constitucional de la protesta pacífica, la Corte precisó que son medios ilícitos por cuanto comportan el uso de la violencia. En palabras de la Corte: “Recurrir a medios ilícitos, que conllevan violencia, sustrae en principio los comportamientos resultantes, del ámbito de protección del derecho a la manifestación”¹⁰¹.

De acuerdo con la sentencia de la Corte, solo será típico aquel bloqueo de vías que se realice a través de un medio prohibido y penalizado por el legislador, que involucre el uso de la violencia. Una interpretación contraria de la norma conduciría a criminalizar actos de protesta pacífica.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012.

¹⁰¹ *Ibid.*



Hoja No. 48. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

En este sentido, para que la conducta sea típica, el bloqueo debe realizarse a través de la comisión de un acto que a su vez sea un delito, pues, por definición, los medios ilícitos que conlleven el uso de la violencia se encuentran establecidos en el Código Penal. Por esta razón, son atípicos los bloqueos que se dan en el curso de manifestaciones como expresamente se indica en el párrafo¹⁰².

También son atípicos los bloqueos espontáneos de los cuales no se dio previo aviso a las autoridades, siempre y cuando no se utilicen medios ilícitos en los términos planteados por la Corte. Este tipo de bloqueos constituirían eventualmente una infracción a las disposiciones del Código de Policía, pero esto no lo convierte en una conducta típica¹⁰³.

Delitos que pueden ser considerados medios ilícitos

¹⁰² En este punto, es necesario aclarar que en Colombia no se requiere obtener un permiso para hacer una reunión o manifestación en el espacio público, sino únicamente avisar a las autoridades con 48 horas de antelación. El Código Nacional de Policía, en su artículo 102, establece que: “Toda persona puede reunirse con otras o desfilar en sitio público con el fin de exponer ideas e intereses colectivos de carácter político, económico, religioso, social o de cualquier otro fin lícito. Con tales fines debe darse aviso por escrito presentado personalmente ante la primera autoridad política del lugar. Tal comunicación debe ser suscrita por lo menos por tres personas. Tal aviso deberá expresar día, hora y sitio de la proyectada reunión y se presentará con 48 horas de anticipación. Cuando se trata de desfiles se indicará el recorrido prospectado. Dentro de las veinticuatro horas siguientes al recibo del aviso la autoridad podrá, por razones de orden público y mediante resolución motivada, modificar el recorrido del desfile, la fecha, el sitio y la hora de su realización. Si dentro de ese término no se hiciere observación por la respectiva autoridad, se entenderá cumplido el requisito exigido para la reunión o desfile”.

¹⁰³ La organización de reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales es una contravención especial definida como tal en el Código de Policía: Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía Artículo 15, Título IV, adicionado por el artículo 11 del Decreto 522 de 1971: “Los que organicen reunión pública efectuada sin el cumplimiento de los requisitos legales, incurrirán en multa de cincuenta a mil pesos”.



Hoja No. 49. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

De conformidad con este planteamiento, eventualmente un bloqueo podría constituir una conducta típica cuando los manifestantes se valgan de alguno de los siguientes medios ilícitos¹⁰⁴:

- Lesiones: “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud...” (art. 111 Código Penal).
- Daño en bien ajeno: “El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble...” (art. 265, Código Penal).
- Incendio: “El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble...” (art. 350, Código Penal).
- Disparo de arma de fuego contra vehículo: “El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas...” (art. 356, Código Penal). “Quien teniendo permiso para el porte o tenencia de armas de fuego la dispare sin que obre la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente e inevitable de otra manera” (art. 356A, Código Penal).
- Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos: “El que emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente...” (art. 359, Código Penal), esto es “sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes” (art. 358, Código Penal).

¹⁰⁴ No se trata de una lista exhaustiva, pero sí corresponde a una revisión completa de las conductas típicas que eventualmente podrían llegar a tener relevancia, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se dan algunos bloqueos.



Hoja No. 50. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

Corresponde una pena mayor “cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes” (art. 359, Código Penal).

- Violencia contra servidor público: “El que ejerza violencia contra servidor público, por razón de sus funciones o para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales...” (art. 429, Código Penal).

La determinación de la comisión de estas conductas como medios para llevar a cabo un bloqueo también debe someterse a un análisis estricto. Por ejemplo, la postura de considerar como típico un bloqueo en el que se atraviesan llantas prendidas en la vía porque los manifestantes se ‘valen de un incendio’, resultaría desproporcionada, puesto que, generalmente, este tipo de actos no tiene la capacidad de generar “un peligro común”. No obstante, en el caso en que la quema tenga tal magnitud que logre crear dicho peligro común se debe analizar si se configura algún tipo penal.

Por otro lado, al tratarse del delito de violencia contra un servidor público, resultan extensibles las consideraciones planteadas en relación con el concepto de exigencia violenta como elemento típico de la asonada. En este sentido, la violencia verbal en general no debe ser suficiente para determinar la existencia de este medio ilícito.

Como en estos eventos se configura un concurso de delitos, se deberá seguir la regla establecida en el artículo 31 del Código Penal, según la cual la persona quedará sometida a la disposición que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Código Penal, artículo 31: “El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que



Hoja No. 51. Directiva No. 0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

Finalmente, debe tenerse en cuenta que para que el bloqueo constituya delito, además del uso de medios ilícitos, “debe necesariamente presentarse una efectiva ‘obstrucción a vías públicas’, que afecte el orden público”¹⁰⁶ y “que se demuestre en concreto que el acto se realizó ‘de tal manera’ que atentó en realidad ‘contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo’ ”¹⁰⁷.

Así lo indicó la Corte en la Sentencia C-742 de 2012. Por lo general, los bloqueos entorpecen la circulación y generan molestias a los ciudadanos, pero esto resulta insuficiente para la configuración de la conducta delictiva. Es necesario determinar las circunstancias de cada caso, como el lugar del bloqueo, la intensidad, la duración y el modo como estas características en su conjunto constituyen una afectación concreta –y no un mero riesgo abstracto– para, al menos, uno de los bienes jurídicos enunciados. Al respecto, en 2008 la relatoría especial para la libertad de expresión señaló que: “Las huelgas, los cortes de ruta, el copamiento del espacio público e incluso los disturbios que se pueden presentar en las protestas sociales pueden generar molestias o incluso daños que es necesario prevenir y reparar. Sin embargo, los límites desproporcionados de la protesta, en particular cuando se trata de grupos que no tienen otra forma de expresarse públicamente, comprometen seriamente el derecho a la libertad de expresión”.

b. El juicio de tipicidad de la perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial

establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-742 de 2012.

¹⁰⁷ *Ibid.*



Hoja No. 52. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

La Ley 1453 de 2011 (art. 45) agregó un supuesto de hecho al delito de perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial, que está directamente relacionado con la protesta social y en el cual se establece:

“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, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes (negrilla fuera del texto)”.

En este caso lo señalado en el apartado anterior sobre los medios ilícitos resulta aplicable a este tipo penal. Además para que se configure se debe eliminar cualquier posible condición para la circulación del servicio de transporte público, colectivo u oficial

De acuerdo con la Sentencia C-742 de 2012, la expresión “imposibilitar la circulación” para ser conforme con el principio de legalidad debería “hacer completamente imposible el transporte público, colectivo u oficial, y por tanto no consiste solamente en paralizar o frenar un vehículo o el servicio de transporte público, sino en eliminar cualquier posible condición para la circulación del mismo”. Esa fue la razón (*ratio decidendi*) que llevó a la Corte a declarar exequible la disposición analizada.¹⁰⁸

Una interpretación contraria resultaría abiertamente violatoria del derecho a la manifestación pública previsto en la Constitución, porque uno de sus elementos es la utilización del espacio público. Al respecto, el Tribunal

¹⁰⁸ Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia C-836 de 2001: “Para determinar qué parte de la motivación de las sentencias tiene fuerza normativa resulta útil la distinción conceptual que ha hecho en diversas oportunidades esta Corporación entre los llamados *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso, y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho”.



Hoja No. 53. Directiva No. **0008** “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

Constitucional español sostuvo recientemente que la prohibición de una manifestación de un sindicato por interrumpir el tráfico era contraria a la Constitución. Ante lo cual ese alto Tribunal agregó lo siguiente:

“La interrupción del tráfico y la restricción de la libertad de circulación de los ciudadanos no manifestantes —que se verán impedidos de deambular o de circular libremente por el trayecto durante la celebración de la manifestación— son consecuencias, sin embargo, que no pueden excluirse *a priori* del contenido del derecho de reunión pues, por su propia naturaleza, el ejercicio de este derecho requiere la utilización de los lugares de tránsito público y, dadas determinadas circunstancias, permite la ocupación, por así decir, instrumental de las calzadas. En suma, la celebración de este tipo de reuniones suele producir trastornos y restricciones en la circulación de personas y, por lo que aquí interesa, de vehículos que se ven impedidos de circular libremente por el lugar en el que se celebra la reunión¹⁰⁹”.

De acuerdo con lo anterior, en una sociedad democrática de alta intensidad, los bloqueos de vías que apenas limiten la circulación, se encuentran protegidos por la Constitución. Para que se configure el tipo penal descrito, se requiere que se imposibilite la circulación del transporte de forma permanente, a través de medios ilícitos y en donde se ponga en riesgo la vida de las personas.

c. El tipo penal de terrorismo es improcedente en casos relacionados con la protesta social

El artículo 343 del Código Penal tipifica el delito de terrorismo en los siguientes términos:

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional español, Sentencia 193/2011 (12 de diciembre de 2011).



Hoja No. 54. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

“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 incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a doscientos setenta (270) meses y multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y la multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La Corte Constitucional ha señalado que “la interpretación del delito de ‘terrorismo’, más allá de la rigurosidad técnica, debe matizarse conforme al principio constitucional de legalidad, en procura de evitar que a su amparo se incriminen y penalicen los delitos políticos, en sí mismos considerados, el delito común y la protesta social”¹¹⁰. A pesar de ello, existe evidencia del uso de este delito para criminalizar actos de protesta social, lo cual resulta claramente desproporcionado.

El tipo penal de terrorismo requiere la existencia de “medios capaces de causar estragos”. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado lo siguiente:

¹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993.



Hoja No. 55. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

“Entiéndase por estrago y de acuerdo con el diccionario de la Academia de la Lengua, no todo daño o deterioro que se cause a los bienes por leve que sea, "sino el daño hecho en guerra, con matanza de gente, destrucción de la campaña del país, o en el ejército, ruina, asolamiento". Con esta acepción, parece haber incorporado el legislador el vocablo a la norma, cuando requiere para la existencia del delito del terrorismo el empleo de medios capaces de causar estragos¹¹¹”.

El tipo penal de terrorismo ha sido pensado para reprimir conductas que revisten una gravedad extrema y que, por lo general, provienen de organizaciones o personas que cometen los actos con la intención específica de generar un estado de zozobra y terror en la población. En palabras de la Corte Constitucional:

“El ‘terrorismo’ es un delito dinámico y se diferencia por tanto de los demás tipos. Como conducta responde a unas características diferentes de cualquier tipo penal, por lo siguiente: Primero, es pluriofensivo pues afecta o puede llegar a afectar varios bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal. Segundo, obedece a organizaciones delincuenciales sofisticadas. Tercero, el terrorista demuestra con su actitud una insensibilidad frente a los valores superiores de la Constitución Política, que son un mínimo ético, al atentar indiscriminadamente contra la vida y dignidad de las personas¹¹²”.

Por estas razones, resulta desproporcionado utilizar este tipo penal para reprimir protestas que incluso sean violentas, máxime si se tiene en cuenta que el ordenamiento penal contiene descripciones típicas más precisas para

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de septiembre de 1989, M.P. Jorge Carreño Luengas.

¹¹² Corte Constitucional, Sentencia C-027 de 1993.



Hoja No. 56. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

reprimir los actos de violencia que se presentan en el curso de una manifestación.

2. La antijuridicidad material de la conducta

El problema de la penalización de la protesta social no se agota al constatar la tipicidad de la conducta. Según la Ley 599 de 2000: “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (art. 11).

En este sentido, no basta con determinar si se empleó o no violencia no permitida durante un acto de protesta. Además, es preciso determinar si tal empleo es suficiente para lesionar o poner en peligro los bienes jurídicamente protegidos –que es lo que se conoce como antijuridicidad material de la conducta–. También se debe evaluar si los manifestantes actuaron amparados bajo alguna de las causales de ausencia de responsabilidad previstas en el artículo 32 del Código Penal.

Al respecto, la Corte Suprema ha destacado la importancia de la noción de lesividad, que implica determinar el desvalor de resultado de la conducta, es decir, “el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo”¹¹³.

Así, en el caso del delito de asonada, solo será antijurídico el acto tumultuoso y violento que atente o ponga en riesgo concreto el régimen constitucional y legal vigente. En este sentido, debe evaluarse en cada caso si la modalidad y la intensidad de la violencia utilizada ponen a las autoridades públicas frente a

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 8 de agosto de 2005 (rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, rad. 24612).



Hoja No. 57. Directiva No. ME 0008 "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

tal situación de coacción que la vigencia del orden jurídico queda puesta en entredicho.

Igualmente, en el caso de los bloqueos, debe evaluarse en qué medida se atenta o se pone en riesgo efectivo la seguridad pública, consideración que depende de la modalidad de los medios ilícitos empleados, así como de las circunstancias de tiempo, lugar y duración del bloqueo. Para garantizar el respeto del principio de lesividad debe verificarse que en realidad se puso en grave peligro a la comunidad por atentar contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo.

En cualquier caso, debe considerarse que, en principio, una movilización masiva de personas podrá generar obstrucción de vías públicas y afectación a la movilidad, así como perturbación en el servicio de transporte. Sin embargo, si dichas afectaciones fueron pacíficas y transitorias, son atípicas.

En este sentido es importante recordar el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la Sentencia C-1177 de 2005, en la cual recordó dos parámetros constitucionales "que condicionan la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal: la posible existencia del hecho, y que el mismo revista las características de un delito investigable de oficio".

Por lo tanto, en el marco de lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia C-1177 de 2005, las denuncias que pretendan poner en conocimiento de las autoridades las obstrucciones y afectaciones en la movilidad realizadas de forma pacífica, son atípicas, y deberán ser inadmitidas.

3. Responsabilidad penal individual



Hoja No. 58. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha realizado dos precisiones a propósito de la responsabilidad penal por los actos de violencia que se presentan en las protestas. En primer lugar, los estereotipos raciales no deben ser parte de las consideraciones de ninguna decisión en el proceso penal. Y, en segundo lugar, los organizadores o los participantes de una marcha no deben responder por los hechos de violencia cometidos por otras personas.

a. Los estereotipos no son un fundamento jurídico válido para adelantar una investigación penal

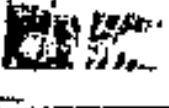
No es posible que la responsabilidad penal de los manifestantes por actos alegados de violencia se base en estereotipos como la raza o el género. Solamente se puede fundamentar en la responsabilidad penal individual. Así lo recordó recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche* contra Chile. Para ese fallo, se estudió la violación del derecho al debido proceso en el proceso penal que se adelantó contra integrantes de esta etnia, quienes fueron acusados de participar en hechos violentos ocurridos en el curso de varias protestas¹¹⁴.

En el fallo, la Corte declaró que se había probado que las sentencias penales tuvieron en sus consideraciones estereotipos raciales. Los estereotipos constituyen, según recordó el Alto Tribunal: "[p]re-concepciones de los atributos, conductas, papeles o características poseídas por personas que pertenecen a un grupo identificado"¹¹⁵. Señaló que se puede configurar una aplicación discriminatoria de la ley penal si un juez condena a una persona con

¹¹⁴ Corte IDH, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

¹¹⁵ *Ibid.*



Hoja No. 59. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

base en estereotipos negativos que asocien a un grupo étnico con un delito como el terrorismo.

La Corte citó extractos de las sentencias penales en las que se señalaba que integrantes del pueblo llevaron a cabo “acciones de fuerza previamente planificadas, concertadas y preparadas por grupos exacerbados que buscan crear un clima de inseguridad, inestabilidad y temor en diversos sectores”. Según los jueces chilenos, estas acciones se proponían “alcanzar el fin más ambicioso, a través de ellas se irán recuperando parte de los espacios territoriales ancestrales y se fortalecerá la identidad territorial del Pueblo Mapuche”. Con todo, el alto Tribunal Interamericano decidió que este tipo de consideraciones violaban el derecho a la igualdad (art. 24) y la prohibición de discriminación (art. 1.1) previstos en la Convención Americana.

Al respecto, resulta ilustrativo el informe de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el mismo caso. Según la CIDH: “Todo procesamiento y condena penales deben estar basados estrictamente en el análisis de la conducta individual de las personas, y, si bien el contexto y las circunstancias juegan un rol en la valoración de tal conducta individual, es esta, y no aquellos, la que debe fundamentar cualquier juicio de responsabilidad criminal en su contra”¹¹⁶.

Estas consideraciones resultan aplicables a todos los grupos sociales respecto de los cuales se hace sospechosa toda forma de trato diferente que no sea legítima, necesaria y proporcional en sentido estricto. De acuerdo con la Corte Constitucional, son criterios sospechosos:

“El sexo, la orientación sexual o la identidad de género; - La raza; - El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole; -

¹¹⁶ CIDH, Informe No 176/10, *Segundo Aniceto Norin, Juan Patricio Marileo Saravia, Víctor Ancalaf Llaupé y otros c. Chile*, Fondo (casos 12.576, 12.611 y 12.612), párr. 234.



Hoja No. 60. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

La lengua; - La religión; -La opinión política o filosófica; - La pigmentación o el color de la piel; - La condición social y/o económica; - La apariencia exterior; - La enfermedad, la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral”¹¹⁷.

Según el Tribunal Constitucional, estas categorías son sospechosas porque

“(i) Se fundamentan en rasgos permanentes y connaturales de las personas, de los cuales no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad o libre desarrollo. (ii) Históricamente han sido sometidos, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlos y/o segregarlos. (iii) No constituyen, per se, razonamientos con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”¹¹⁸.

b. Los organizadores y los manifestantes no son responsables de los hechos de violencia cometidos por otras personas en el curso de una protesta social

De conformidad con los Principios sobre la Libertad de Reunión Pacífica, si se presentan actos de violencia, a menos que pueda probarse su vínculo como determinadores de los hechos violentos, los organizadores de la protesta no deben responder penalmente por las acciones de los participantes individuales, los no participantes o los agentes provocadores¹¹⁹. Por el contrario, solo deben responder individualmente aquellas personas que cometan un delito¹²⁰.

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-314 de 2011.

¹¹⁸ *Ibidem*

¹¹⁹ OSCE, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, segunda edición (Varsovia, 2010), principio 5.7

¹²⁰ *Ibid.*



Hoja No. 61. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

En el caso *Ezelin* contra Francia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que una persona que participa en una manifestación pública en la que se presentaron algunos disturbios no puede ser sancionada, ni siquiera con una sanción disciplinaria leve¹²¹. También advirtió que no era posible restringir el derecho a manifestarse de una persona en una protesta que no había sido prohibida, ya que no había cometido ningún acto reprochable¹²².

4. Inadmisión

El artículo 69 de la Ley 906 de 2004 establece: “en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento”. La Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de esta disposición, en la Sentencia C-1177 de 2005, precisó que la Carta Política (art. 250) contempla dos parámetros para establecer el fundamento de una denuncia. Según el primero, los hechos deben revestir las características de un delito. Y de acuerdo con el segundo, la denuncia debe cumplir con un mínimo de motivación acerca de la existencia del hecho. De acuerdo con el alto Tribunal, solo en esos dos casos pueden ser inadmitidas las denuncias. Estas causales serán analizadas a continuación en el marco de la protesta social.

a. Los hechos deben revestir las características de un delito

El Tribunal Constitucional ha establecido que los hechos denunciados deben revestir las características de un delito. De acuerdo con la Corte “se trata de una exigencia que hace referencia a aspectos meramente descriptivos de la conducta, sin que su constatación involucre elementos valorativos”.

¹²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ezelin contra Francia* sentencia del 26 de abril de 1991, aplicación 11800/85.

¹²² *Ibid.*, párr. 53.



Hoja No. 62. Directiva No. **DE 0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

Para establecer que se cumple con este parámetro “basta con que el funcionario investigador constate que la conducta que denuncia se encuentra descrita como delito, perseguible de oficio, sin que le sea permitido ingresar en la consideración de aspectos valorativos”. Es decir que el funcionario debe establecer que se cumplen los elementos objetivos del tipo. Y, por el contrario, la denuncia podría ser inadmitida de plano si se trata de una denuncia “que se contrae a hechos que son manifiestamente inocuos, que evidentemente revelan una actuación conforme a derecho, o una queja ostensiblemente intrascendente para el derecho penal”.

Son múltiples los casos de denuncias que se pueden presentar por la ausencia de elementos objetivos del tipo. Por ejemplo si la denuncia se refiere al delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, no bastará para que se configuren los elementos objetivos del tipo que el ciudadano afirme que la movilización se realizó sin permiso de la autoridad competente y que, en consecuencia, se trataba de una manifestación prohibida por el Código Penal. Con respecto al permiso al que se refiere el artículo 353A, la Corte Constitucional ha precisado:

“[E]l permiso al que alude la norma debe entenderse entonces como el resultado de un aviso previo, que no persigue solicitar autorizaciones para ejercer un derecho fundamental, sino que “[t]iene por objeto informar a las autoridades para que tomen las medidas conducentes a facilitar el ejercicio del derecho sin entorpecer de manera significativa el desarrollo normal de las actividades comunitarias”¹²³.

Al investigar conductas punibles que se cometan en el curso de la protesta social se debe ser especialmente cuidadoso en tramitar como denuncias aquellos aspectos inherentes del derecho a manifestarse públicamente. Por ejemplo, sería recomendable inadmitir aquellas denuncias que se refieran

¹²³ Corte Constitucional, sentencia C-724 de 2011.



Hoja No. 63. Directiva No.  0008 “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”

exclusivamente a cortes de ruta, molestias en el tráfico o a quien impida la circulación de un medio de transporte público. Con respecto a esta última hipótesis, el Tribunal Constitucional advirtió que la expresión “imposibilite” prevista en el delito de perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial, implica:

“[H]acer completamente imposible el transporte público, colectivo u oficial, y por tanto no consiste solamente en paralizar o frenar un vehículo o el servicio de transporte público, sino en eliminar cualquier posible condición para la circulación del mismo”¹²⁴.

En consecuencia, imposibilitar la circulación de un solo vehículo constituiría una denuncia manifiestamente infundada en los términos del artículo 69 de la Ley 906 de 2004.

b. La denuncia debe cumplir con un mínimo de motivación en relación con el hecho

El segundo parámetro de fundamentación de las denuncias, según la Corte Constitucional, le impone “al denunciante una carga informativa que permita inferir razonablemente que el hecho denunciado efectivamente existió”¹²⁵. De acuerdo con el alto Tribunal se trata de comprometer al denunciante con “un deber elemental de rodear de credibilidad su declaración de conocimiento y de aportar información, no pruebas, que permitan construir una hipótesis de investigación”¹²⁶.

Lo que se pretende con este parámetro no es que el ciudadano deba aportar pruebas de su relato, sino que este sea coherente y que permita precisar cuáles

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ Corte Constitucional, C-1177 de 2005.

¹²⁶ *Ibidem*



Hoja No. 64. Directiva No. **0008** *"Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"*

de los hechos narrados considera que son un delito. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

"[U]na denuncia penal no puede considerarse tal si carece de un mínimo de motivación, es decir que en ella se debe consignar en qué consistió el atropello, qué hecho o hechos son los que deben ser investigados"¹²⁷.

c. Garantías procesales que deben acompañar la decisión de inadmitir una denuncia

Al analizar la disposición sobre inadmisión de la denuncia prevista en el artículo 69 de la Ley 906 de 2004, la Corte condicionó su exequibilidad a una serie de garantías por tratarse de una limitación del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

De acuerdo con el Tribunal Constitucional la decisión de admitir o inadmitir debe ser proferida por un fiscal. Al respecto la Corte ha advertido que: "La decisión de admitir o inadmitir una denuncia constituye un típico acto de dirección de la investigación, reservado de manera privativa a la Fiscalía General de la Nación, por conducto del fiscal director de la investigación. En consecuencia, no resulta acorde con la Constitución el que órganos que ejercen, en forma permanente o transitoria, funciones de policía judicial, se arroguen esta función".

La decisión de inadmitir debe ser notificada a la víctima y a la Procuraduría. La corte justificó esta decisión por la necesidad de controles externos a la actividad de la Fiscalía. Y además la decisión de inadmitir debe ser motivada ya que "la validez de las decisiones depende de las razones justificativas en

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 9 de julio de 1986.



Hoja No. 65. Directiva No. **0008** *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

que se soportan, como un desarrollo del principio de legalidad que permite determinar si ellas se ajustan al orden jurídico o si se avienen a los fines señalados en el mismo”.

5. Principio de oportunidad

Puede suceder que, una vez realizado un análisis estricto de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, se llegue a la conclusión de que existe un acto de protesta punible. Sin embargo, en esos casos se debe establecer si resulta aplicable una causal del principio de oportunidad. Además, se debe constatar si la aplicación del principio de oportunidad es proporcional.

a. Subsunción

Resulta necesario hacer una subsunción en una de las causales del principio de oportunidad y realizar una ponderación entre los bienes constitucionales en juego.

En el curso de la protesta social, para la violencia pueden resultar procedentes las siguientes causales descritas en los numerales 12, 13 y 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, respectivamente: “Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”. También podría ser aplicable el principio de oportunidad “cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse”, y “cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas”.



Hoja No. 66. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

b. Test de proporcionalidad

Es necesario establecer, además, a través de un test de proporcionalidad, si la persecución penal para proteger bienes jurídicos, como la propiedad, no resulta desproporcionada. En este orden de ideas, se deberá determinar si la investigación penal persigue un fin legítimo, idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto¹²⁸.

En relación con los móviles de la conducta, resulta de singular relevancia la consideración de la situación particular de los manifestantes, de conformidad con los principios de distancia deliberativa y de violación sistemática de derechos.

Por ello, es preciso evaluar si debido a las dificultades de acceso efectivo a los mecanismos legítimos de reclamación de derechos y la situación de vulneración de derechos que motiva la acción de los manifestantes, no existen condiciones para exigirles una conducta diferente. Y, por tanto, el reproche penal de su comportamiento debe ser menor. En particular, la aplicación de la causal 12 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, deberá considerar las siguientes situaciones:

- Cuando los manifestantes se encuentran en una situación de marginalidad que impide o dificulta gravemente el acceso efectivo a los medios institucionales para la reclamación de sus derechos y cuando tienen escasa probabilidad de que sus reclamos sean atendidos por las autoridades (principio de distancia deliberativa).

¹²⁸ Al respecto, ver: *Directiva sobre principio de oportunidad*.



Hoja No. 67. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

- Cuando se trata de grupos o poblaciones ubicados en territorios en los cuales el Estado no ha tenido una presencia institucional integral (principio de distancia deliberativa).
- Cuando los manifestantes han agotado los medios institucionales y pacíficos de reclamación sin ni siquiera haber sido escuchados por las autoridades (principio de distancia deliberativa).
- Cuando la protesta es motivada por una situación social angustiante basada en una violación sistemática de los derechos de los manifestantes (principio de violación sistemática de derechos).

En el análisis de estas causales, también es necesario considerar aquellos casos en los cuales los actos de violencia reprochables se desatan como respuesta al uso de la fuerza por parte de organismos policiales dirigidos a disolver una manifestación.

Ahora bien, dado que la aplicación de los criterios sugeridos puede comportar un trato diferenciado en atención a las condiciones particulares de los manifestantes, es necesario resaltar que el mismo no constituiría una vulneración del derecho a la igualdad. No todo trato distinto comporta una violación de este derecho, sino solo aquel que sea arbitrario o, en otras palabras, que carezca de una justificación constitucional. La consideración de causales de justificación en el juicio de responsabilidad penal, por las condiciones de exclusión social, abandono o marginalidad de quienes acuden a medios ilícitos de protesta, responde a un fin constitucionalmente imperioso que es, precisamente, el de garantizar que la igualdad sea real y efectiva.

En efecto, la criminalización de los actos de protesta de quienes se encuentran en alguna de las situaciones indicadas profundiza su situación de marginalidad y exclusión. Por tal razón, la aplicación de los criterios descritos constituye un



Hoja No. 68. Directiva No.  0008 *“Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”*

medio necesario para evitar que las personas sean objeto de una doble exclusión social.

En estos casos puede aplicarse la causal prevista en el numeral 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. De acuerdo con esta causal, se podrá aplicar este principio: “Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas”.

Si las personas se encuentran dispuestas a pagar los daños causados, resulta relevante preguntarse si resulta adecuado continuar con la persecución penal. Debe recordarse que la investigación penal persigue un fin constitucional relevante, que es la protección de la propiedad privada. Así mismo, la investigación penal es un medio idóneo porque, a través de la investigación penal, se reafirma la vigencia de las normas penales que protegen la propiedad privada y se disuade a otros manifestantes de utilizar medios violentos.

Sin embargo, la persecución penal no será necesaria si los manifestantes reparan los daños causados. En ese caso, el pago de una suma de dinero o la compensación por cualquier otro medio será una alternativa menos lesiva para proteger la propiedad privada y se evitarán las consecuencias sociales de perseguir a un número considerable de personas que se encontraban en una situación angustiante y acudieron a la protesta social.

En síntesis, cuando se procese penalmente a las personas que hayan incurrido en violencia física bajo los términos previstos en esta directiva, deberá considerarse la aplicación del principio de oportunidad. Además del juicio de subsunción de las causales previstas en el artículo 324 del Código, se deberá realizar un juicio de proporcionalidad para establecer si la persecución penal resulta excesiva. De ser así, se deberá renunciar a la acción penal.



Hoja No. 69. Directiva No.  0008 "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

IV. CONCLUSIONES

1. La Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Congreso protegen la protesta pacífica. En consecuencia, esta no debe ser objeto de persecución penal.
2. Solo puede ser objeto de persecución penal la protesta que se lleva cabo por medios violentos. Por violencia deberá entenderse el uso de la fuerza aplicada especialmente a una persona. Sin embargo, bajo ningún motivo se podrá investigar a una persona por el solo hecho de participar en una manifestación en la que se cometan actos de violencia.
3. Las denuncias presentadas por perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial (art. 353) o por obstrucción a vías públicas que afecten el orden público (art. 353A) en protestas pacíficas son atípicas y deben ser inadmitidas.
4. No debe considerarse violencia la quema de banderas porque es un discurso que se encuentra protegido por la Constitución. Tampoco es violencia aquella que es de carácter verbal. Excepcionalmente pueden ser considerados violencia los delitos de: apología del genocidio (art. 102 CP); amenazas, cuando exista un peligro real e inminente de causarle un daño a una persona; racismo o discriminación (art. 134A, C.P.); hostigamiento por motivos de raza, religión, ideología política u origen nacional étnico o cultural (art. 134B, C.P.).
5. En el delito de asonada "la exigencia violenta" requiere (i) dolo, (ii) que se cause un daño contra la integridad de las personas, (iii) o se cause un daño muy grave a un bien.



Hoja No. 70. Directiva No. **0008** "Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

6. En los tipos penales de "obstrucción a vías públicas que afecten el orden público" (art. 353 A, C. P.) y "de perturbación del servicio de transporte" (art. 353, C.P.), deben entenderse como "medios ilícitos" los siguientes delitos: (i) daño en bien ajeno (art. 265, C.P.); (ii) incendio (art. 350, C.P.); (iii) disparo de arma de fuego contra un vehículo (art. 356, C.P.) (iv) empleo o lanzamiento de sustancias peligrosas (art. 359, C.P.); (v) violencia contra servidor público (art. 429, C.P.).
7. Al realizar el juicio de tipicidad del delito de "obstrucción a vías públicas que afecten el orden público" (art. 353A, C.P.), además se requiere: a. que se presente una obstrucción efectiva a las vías públicas, prolongada, permanente y que ocasione un daño grave; b. Un daño o que se ponga en grave peligro la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria.
8. El supuesto de hecho "imposibilitar la circulación", previsto en el artículo 353 del Código Penal, 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 las molestias e incomodidades que se generen por la utilización de los lugares de tránsito público.
9. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el delito de terrorismo es inaplicable en casos relacionados con la protesta social, porque con este tipo penal se pretende reprimir las conductas que generan un estado de zozobra y terror en la población o en un sector de esta.
10. Cuando en el desarrollo de una protesta social se incurra en una conducta punible, deberá evaluarse si se aplica alguna de las causales



Hoja No. 71. Directiva No.

0008

"Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a los delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social"

del principio de oportunidad, especialmente aquellas previstas en los numerales 12, 13 y 14 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Si resulta aplicable alguna de las causales del principio de oportunidad, deberá realizarse un test de proporcionalidad en el que se determine si la persecución penal es un medio idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto para garantizar el bien jurídico tutelado.

Comuníquese y cúmplase,

27 MAR. 2016

Dada en Bogotá, a los

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
FISCAL GENERAL DE LA NACIÓN