



De la política criminal para abordar la protesta social: caso de las manifestaciones del 2019

Juan Pablo Gallego Valencia¹

Resumen

La política criminal puede abordarse desde dos perspectivas, la primera como las acciones y directrices del Estado para abordar el crimen y prevenir la comisión de delitos, y también se puede ver como un estudio riguroso y académico de dichas acciones y directrices que emplea el Estado en torno a la política criminal en un contexto determinado. En cualquier caso la política criminal tiene unos límites, los cuales se encuentran en resumen en la Constitución Política y en el Derecho Penal. El caso concreto pretende analizar la política criminal que ha sido implementada en el año 2019 para la prevención de la comisión de delitos en el curso de la legítima manifestación de la protesta social, para ello además de aspectos conceptuales, se abordará la dicotomía de la protesta social entre derecho fundamental y delito, posteriormente se ejemplificará el uso de dicha política criminal en las actuaciones del poder público en las protestas del año 2019, y finalmente se hará una crítica a la misma según el respeto o no que se evidencie a los límites que tiene la política criminal.

Palabras clave: Política criminal; Derecho a la protesta social; Manifestaciones sociales del año 2019.

¹ Este artículo es el resultado de una reflexión académica en el marco del curso Problemas Colombianos del pregrado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: juan.gallego18@udea.edu.co



De la política criminal para abordar la protesta social: caso de las manifestaciones del 2019

Introducción

La política criminal puede ser comprendida como una serie de lineamientos y directrices, que son emitidos de acuerdo a un contexto determinado, para abordar el problema del crimen en un Estado, y en concreto a los mecanismos para evitar o reaccionar ante la comisión de delitos, según la Corte Constitucional (2001) esta es:

(...) el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole (Sentencia C-646 de 2001, s.p.).

Dentro del conjunto de respuestas, según la Corte, se encuentran variables sociales, económicas, jurídicas, culturales, administrativas y tecnológicas, por lo cual se puede observar que la política criminal tiene múltiples ámbitos de aplicación y que su materialización puede ser dada a través de diversas medidas que propendan por la prevención o la reacción ante el delito desde múltiples enfoques.

Para analizar el concepto de política criminal es preciso abordarlo desde la propuesta de Borja (2003) el cual hace un rastreo e interpretación del concepto desde los postulados del reconocido penalista Claus Roxin; en ese sentido el autor expresa que la política criminal es “aquel conjunto de medidas, criterios y estrategias, de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal” (p.148).

Esta definición de política criminal (con minúsculas adrede) hace referencia al componente político de la misma, puesto que es el poder público y las instituciones estatales las que, según las dinámicas gubernamentales, establecen las medidas, estrategias y criterios acordes a su administración política, igualmente el autor hace claridad en que dicha política criminal puede ser entendida en sentido amplio o en sentido estricto, la primera hace referencia al “conjunto de medidas destinadas a prevenir el fenómeno criminal y a tratar a la persona del infractor (sociales, económicas, administrativas, etc .), mientras que la segunda solo tomaría

en consideración, entre todas ellas, las estrictamente penales” (Roxin citado por Borja, 2003, p.135).

Es decir que las medidas tomadas por el poder público pueden ser reduccionistas al usar solo los instrumentos penales para prevenir el delito o se puede presentar desde un enfoque más amplio abordando el fenómeno desde múltiples respuestas.

Igualmente, Borja (2003) define la Política Criminal (mayúsculas adrede) como un campo del conocimiento independiente cuyo objeto de estudio son las medidas, criterios y argumentos que usa el Estado mediante sus poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al crimen.

Lo que se puede observar en estas definiciones es una relación dialógica entre teoría y práctica, pues la política criminal hace referencia a todas aquellas acciones (en sentido amplio o estricto) que desempeñan las instituciones del poder público del Estado en cumplimiento de sus funciones, con el fin de abordar el crimen y prevenir la comisión de delitos, y por otro lado, la Política Criminal es un estudio riguroso, podría decirse que académico, doctrinal y jurisprudencial que se le da a las acciones y estrategias implementadas por el Estado en un momento determinado, estableciendo como dicha política cumple o se aleja de los límites de un Estado Constitucional de Derecho.

El caso concreto de este escrito propende por analizar la política criminal implementada en el año 2019 para la prevención de la comisión de delitos en el curso de la legítima manifestación de la protesta social, para ello se abordará la protesta social desde la dicotomía entre derecho fundamental y delito, para finalmente realizar una descripción de la política criminal adoptada en la actualidad con la presentación de ejemplos de la actuación estatal.

1. Protesta social: dicotomía entre delito y derecho fundamental

El siglo XX en Colombia estuvo caracterizado por una convulsión política y social evidente, aunado a las condiciones de violencia propias del conflicto armado interno, del narcotráfico, y de la vulneración sistemática de derechos y garantías, los colombianos se vieron abocados en múltiples ocasiones a protestar exigiendo la garantía de sus derechos y el accionar de un Estado para garantizar mínimos como la vida y la libertad (por citar un ejemplo se puede mencionar el Paro Cívico Nacional de 1977), pero dichas manifestaciones eran vistas por el

poder como un atentado contra la legitimidad e integridad del Estado, pues “Protestar en tal contexto era un delito, no un derecho” (Uprimny y Sánchez, 2010, p.47). La reacción del Estado ha sido la recurrencia a la criminalización de la protesta social, limitándola a través de los poderes extraordinarios que otorgaba la declaratoria de Estado de Excepción, *v. gr.* son las medidas implementadas por el Estatuto de Seguridad de 1978 del expresidente Turbay Ayala, con el aparente fin de garantizar el orden público, pero que abordó en la práctica la protesta social como delito.

La descripción anterior es sólo un ejemplo de cómo históricamente la Protesta Social ha sido reprimida mediante formas penales que permiten su criminalización, lo cual, a su vez, es un ejemplo de política criminal en sentido estricto. Pero la Constitución Política de 1991 cambió el panorama entorno a la protesta social pacífica cuando estableció que ni en estados de excepción se puede criminalizar esta, pues dicha facultad para manifestarse es reconocida por la Constitución como un derecho, sin embargo, aún existen en el ordenamiento jurídico tipos penales que criminalizan algunos comportamientos en su marco, por lo cual es viable hablar de la dicotomía y constante enfrentamiento de la protesta social como derecho fundamental o delito (en algunos casos político).

En primer lugar, como ya se mencionó, la Protesta Social según la Constitución es un derecho fundamental, pues como afirma la Corte Constitucional (2017) “la protesta social por sí sola no representa una amenaza contra el orden constitucional ni contra la soberanía nacional. Por el contrario, es un derecho fundamental que debe ser protegido en todo momento por las autoridades” (Sentencia C-281); dicho derecho se encuentra en conexidad con el derecho a la libertad de expresión (art. 20 de la Constitución Política –C.P.–) y manifestado plenamente en el derecho a reunión y manifestación pública y pacífica (art. 37 C.P.). Igualmente, a la luz de la nueva Constitución, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, y de los tratados internacionales en la materia, no se puede tipificar como delito los actos legítimos de protesta.

En segundo lugar, es claro que el derecho a la protesta social no es absoluto, este se encuentra limitado con el fin de salvaguardar el orden social, proteger derechos e inadmitir la violencia, pues como afirma la Corte Constitucional (1995) “En aras de la paz no puede legitimarse la violencia, porque el fin siempre exige medios proporcionados a él. En el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad” (Sentencia C-009), dentro de dichos instrumentos se encuentra la Protesta Social, la cual, según la Corte,

es legítima sólo en la medida en que sea pacífica y no lesione bienes jurídicos como el orden social. En consonancia con lo anterior, las siguientes normas regulan comportamientos que suelen o pueden llevarse a cabo en el marco de la protesta social:

- Asonada, artículo 469 del Código Penal (2000): “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 uno (1) a dos (2) años”
- Violación de la libertad de trabajo, artículo 198 del Código Penal (2000): “El que mediante violencia o maniobra engañosa logre el retiro de operarios o trabajadores de los establecimientos donde laboran, o por los mismos medios perturbe o impida el libre ejercicio de la actividad de cualquier persona, incurrirá en multa.”
- Perturbación en el servicio de transporte público, colectivo u oficial, artículo 353 del Código Penal (2000): “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.”
- Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, colectivo u oficial, artículo 353A del Código Penal (2000): “El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, 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.”

La asonada configura uno de los delitos políticos prescritos por el Código Penal colombiano, el elemento esencial en este es el uso de la violencia en un contexto tumultuario, siendo el requisito *sine qua non* el delito no se puede configurar, pero, esto presenta un problema pues como lo desarrollan Uprimny y Sánchez (2010) aunque la Corte Constitucional haya interpretado que esto sólo es aplicable en casos de exigencia violenta, los doctrinantes y los pocos pronunciamientos de las autoridades judiciales al respecto se prestan para ambigüedades.

La doctrina con respecto a este tema difumina la violencia hasta tacharla de psicológica, en el caso de mensajes en contra de la autoridad o que la autoridad sienta temor de un posible

acto violento. Lo que esta proscrito y configura el delito de asonada es la violencia física o material, es decir, la vías de hecho, puesto que es connatural a la protesta social la exigencia de que las autoridades actúen de una u otra manera en el cumplimiento de sus funciones y en su deber constitucional de proteger al pueblo, también es un elemento esencial de la protesta la libertad de expresión, esta se puede presentar como mensajes de oposición contra las autoridades, lo cual no es violencia psicológica ni amenaza, es el ejercicio del derecho a la oposición y de la libertad de expresión.

Por otra parte, los tipos penales de la violación de la libertad de trabajo; la perturbación del servicio de transporte público, colectivo u oficial; y la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, colectivo u oficial, parecieran improcedentes pues contradicen la naturaleza misma de la protesta social pública, ya que en razón de esta los manifestantes se movilizan por vías públicas haciendo que la obstrucción de vías y la interrupción de algunos trabajos (v. gr. transporte de carga) sea inevitable, pues la obstrucción de vías públicas y la manifestación en las mismas es realizada con el fin de que la protesta social tenga impacto y sea escuchado el clamor de la ciudadanía. Hay que considerar que dichos bloqueos no deben tener vocación de permanencia porque sólo en ese supuesto serían aplicables los tipos penales, en ningún caso cuando estos se hagan de forma temporal, pues en la práctica se impediría el derecho a la protesta social, por serle connatural que se obstaculice temporalmente la circulación de vehículos.

(...) persisten los riesgos de criminalización de la protesta social legítima, tanto en el nivel de la tipicidad, como en el de la aplicación. En lo que respecta al primer nivel de riesgos, existen tipos penales que en sí mismos catalogan como delitos actos que hacen parte del curso de protestas legítimas (Uprimny y Sánchez, p.72, 2010).

Además, estas normas pueden ser lesivas al principio de mínima intervención, pues no se comprende cómo se pueda castigar con privación de la libertad a una persona que pacíficamente y en el ejercicio de su derecho a la protesta (y para reclamar sus derechos) haya obstruido una vía, esto es claramente desproporcionado. Si bien para hacer movilizaciones se debe informar a las autoridades del recorrido que estas surtirán, en ningún caso esto puede ser una autorización ni un permiso para conocer cuales vías pueden ser transitables o no por los manifestantes, pues como afirma la Corte Constitucional (1992):

(...) la finalidad del aviso previo, a la luz de la Constitución de 1991, no puede ser la de crear una base para que la reunión o la manifestación sea prohibida. Tiene 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 (Sentencia T-456 de 1992).

En conclusión, el riesgo radica en que se instrumentalice “el derecho penal para desalentar la protesta y estigmatizar a los manifestantes” (Uprimny y Sánchez, p.56, 2010), y como se verá en el siguiente apartado, en el marco de la protesta social pacífica no es viable el uso del derecho penal, y la política criminal debe estar encaminada a prevenir la violencia y a proteger los derechos y garantías de los manifestantes.

2. Política *criminal* contra la protesta social

Como se mencionó anteriormente, la política criminal hace referencia a las estrategias que implementa el poder público para prevenir y reaccionar frente al fenómeno delictivo, además dicha política se encuentra limitada “a sí misma, y la lucha contra el delito no se ha de llevar a cabo a cualquier precio, sino dentro del respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (Borja, 2003, p.148), es decir que en el contexto colombiano la política criminal debe cumplir con los principios que rigen el derecho penal, como lo son los principios de lesividad, legalidad, mínima intervención, respeto por la dignidad humana y no instrumentalización del derecho penal con fines políticos, esto aunado al respeto por los derechos fundamentales y en general por lo dispuesto en la Constitución.

Como se verá a continuación, en las últimas protestas sociales de forma sistemática la política criminal ha sobrepasado sus límites, haciendo visible su ilegitimidad y su aplicación arbitraria, pues no cumple con los postulados que un Estado Constitucional de Derecho le exige.

Desde el 21 de noviembre de 2019 se presentaron una serie de manifestaciones sociales, pues la violencia, el desempleo, y la educación superior presentaban situaciones críticas en las cuales los derechos fundamentales se vulneraban (hoy la situación no cambia), *v. gr.* el asesinato de líderes sociales para esa época era alarmante y aún hoy el gobierno sigue sin prestar medidas de protección efectiva a esta población. En ese contexto, la ciudadanía salió a protestar pacíficamente por la exigencia de sus derechos, pero la respuesta estatal fue altamente represiva, esto fue documentado en el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos -ACNUDH- (2020), organismo que observó

las protestas entre el 21 de noviembre y el 12 de diciembre de 2019, encontrando entre otros hallazgos, los siguientes:

- Algunos miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios (ESMAD) no cumplieron con las normas y estándares internacionales relacionados con el uso de la fuerza. (...) El ACNUDH documentó una presunta privación arbitraria de la vida de un estudiante de 18 años en Bogotá, cometida por un agente del ESMAD armado con un rifle de calibre 12 cargado con munición del tipo “beanbag”. Algunos manifestantes en Bogotá, Cali y Medellín sufrieron lesiones oculares o craneales debido a golpes o por impactos de proyectiles disparados por las fuerzas policiales. (p.21)
- Durante las protestas, algunos oficiales de policía presuntamente perpetraron actos contra los manifestantes que podrían llegar a constituir malos tratos y/o tortura, tales como desnudez forzada, amenazas de muerte con matices racistas y repetidas golpizas. (p.22)
- (...) muchas de las detenciones ocurridas durante las protestas resultaron del uso frecuente de una medida administrativa denominada “traslado por protección”. Esta medida otorga facultades discrecionales a la policía para limitar el derecho a la libertad personal, tal y como fue observado por el ACNUDH, el 7 de diciembre, durante una protesta pacífica y silenciosa en el aeropuerto de Bogotá. Según la policía, entre el 21 de noviembre y el 12 de diciembre, 1662 personas fueron detenidas a nivel nacional en aplicación de esta medida (...) las protestas implicaron varios ataques contra periodistas y representantes de medios alternativos. (p.22).
- Cuarenta y ocho horas antes de la primera protesta, se reportó que la policía judicial efectuó al menos 36 allanamientos contra medios de comunicación alternativos, asociaciones de artistas, organizaciones no gubernamentales y residencias de estudiantes (...) En solamente dos casos se presentaron cargos y los dos acusados fueron liberados después de haber comparecido ante un juez ya que la evidencia presentada no era suficiente. Al momento de finalizar este informe, los jueces habían declarado ilegales 10 de los allanamientos realizados (p.22).

Igualmente, la ONG Human Rights Watch (2020) documentó y denunció los abusos policiales ocurridos a partir del 21 noviembre en el marco de las protestas sociales, y aunque reconoce que hubo actos violentos en las manifestaciones, dichas acciones fueron aisladas, y muchos de los casos de abusos policiales que Human Rights Watch documentó se cometieron contra personas que no participaban en las manifestaciones y que simplemente se desplazaban hacia su residencia.

Con lo anterior, se evidencia que la política criminal para evitar la comisión de delitos en el contexto de las protestas mencionadas, es altamente arbitraria y vulnera los derechos fundamentales, las garantías y libertades, en concreto no se puede hablar de una política criminal legítima en la protesta social, pues esta no respeta los límites que el derecho penal y la Constitución le imponen, por el contrario, de manera sistemática esta política *criminal* instrumentaliza el derecho para reprimir la protesta social e irrespetar derechos fundamentales.

Además, el gobierno nacional minimiza el hecho de que a la protesta social se le de tratamiento de delito y utiliza instrumentos inadecuados para corregir los excesos que de tal tratamiento se desprende, lo que permite que dicha política siga perpetuándose, por ejemplo, a los abusos policiales no se les da el tratamiento jurídico adecuado, y pareciera que el sistema está diseñado para proteger al funcionario infractor en vez de al ciudadano. Al respecto:

El Ministerio de Defensa indicó que el sistema de justicia penal militar estaba investigando 32 casos de posibles abusos relacionados con las protestas. Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, los abusos atribuibles a agentes de seguridad deben ser investigados por la justicia penal ordinaria, no por la justicia penal militar (Human Rights Watch, párr. 5, 2020).

El uso de la justicia penal militar es sólo un ejemplo de cómo la política criminal en torno a la protesta pareciera estar diseñada en contravía de principios fundamentales, como lo es el del juez natural, pues los abusos policiales son delitos cometidos por agentes del Estado a civiles dentro del curso de protestas sociales que deben tener una respuesta asertiva desde el ordenamiento, que permita prevenir dichos delitos y no entrever una posible impunidad o desventaja de la víctima, de estos asuntos también debe ocuparse una política criminal seria que aborde la protesta social.

En conclusión, la política *criminal* para abordar y prevenir los posibles delitos que se puedan presentar en el marco de la protesta social en Colombia, actualmente se encuentra diseñada de forma tal que no se puede hablar de política criminal en el estricto sentido del término, pues incumple su definición al irrespetar los límites que esta tiene, y más allá dicha política instrumentaliza al Derecho y hace uso de la fuerza pública para reprimir el legítimo derecho a la protesta social.

Es necesario que el gobierno colombiano diseñe de una manera consciente y respetuosa una política criminal respecto al tema que garantice los derechos y las libertades, es inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho el uso de una política criminal como instrumento para la vulneración de derechos y la búsqueda de fines gubernamentales, que nada tienen que ver con los fines constitucionales que tiene el gobierno; es pues fundamental una revisión estructural que desde la Política Criminal (como ámbito del conocimiento) contribuya a la configuración de un actuar respetuoso, garantista y preventivo de los poderes estatales con respecto a los posibles delitos que se puedan presentar en las protestas, asegurando en cualquier caso los derechos y las libertades.

Además, en un Estado Constitucional de Derecho, donde la democracia y la oposición son baluartes ineludibles, protestar es un derecho, lo que es reprochable es el uso de la violencia, puesto que como interpretó la Corte (1995) con el fin de instaurar el orden no se puede imponer el desorden, la violencia y la injusticia no se justifican en ningún caso, pero, cabe preguntarse qué sucede cuando arbitrariamente esa violencia viene del poder público como manifestación de su política *criminal* contra la protesta, y qué pasa cuando se instrumentaliza el derecho o las instituciones estatales para buscar fines políticos y acallar a la ciudadanía.

Referencias bibliográficas

Cibergrafía

Uprimny, R. & Sánchez, M. (2010). Derecho penal y protesta social. En E. Bertoni. (Comp.), *¿Es legítima la criminalización de la protesta social?* (pp. 47-74). Buenos Aires: Universidad de Palermo. Recuperado de https://www.palermo.edu/cele/pdf/LIBRO_BERTONI_COMPLETO.pdf

Borja, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *ADPCP*, vol. 56, pp. 113-150. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1217111.pdf>

Documentos institucionales

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*. Recuperado de <https://www.hchr.org.co/index.php/informes-y-documentos/informes-anales>

Human Rights Watch. (10 de marzo de 2020). Colombia: Abusos policiales en el contexto de manifestaciones multitudinarias. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2020/03/10/colombia-abusos-policiales-en-el-contexto-de-manifestaciones-multitudinarias>

Sentencias

Colombia. Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-456 (14 de julio de 1992).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-009 (17 de enero de 1995).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-646 (20 de junio de 2001).

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-281 (3 de mayo de 2017).