

¿Es legítima la criminalización de la protesta social?

Derecho Penal y libertad de expresión
en América Latina

Eduardo Bertoni

COMPILADOR

Facultad de Derecho

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información



Este libro se publica gracias al apoyo financiero de la
Fundación Open Society Institute.

© 2010 Universidad de Palermo - UP

Mario Bravo 1050
(C1175ABT) Ciudad de Buenos Aires | Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 | Fax: (54 11) 4963-1560
cele@palermo.edu | www.palermo.edu/cele

Impreso en agosto de 2010 en
VOROS S.A. Bucarelli 1160.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina

Es legítima la criminalización de la protesta social? :
derecho penal y libertad de expresión en América Latina /
compilado por Eduardo Andrés Bertoni. - 1a ed. - Buenos
Aires :

Universidad de Palermo - UP, 2010.
288 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-1716-13-5

1. Derecho Penal. I. Bertoni, Eduardo Andrés, comp.
CDD 345

Fecha de catalogación: 11/08/2010

Índice

Introducción	
Eduardo Bertoni	I
ARGENTINA	
E. Raúl Zaffaroni	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	1
BOLIVIA	
Eduardo Rodríguez Veltzé y Farit L. Rojas Tudela	
<i>Criminalización y derecho a la protesta</i>	17
COLOMBIA	
Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez Duque	
<i>Derecho penal y protesta social</i>	47
CHILE	
Francisco Cox	
<i>Criminalización de la protesta social: “No tiene derecho a reunirse donde le plazca”</i>	75
ECUADOR	
Daniela Salazar Marín	
<i>El derecho a la protesta social en Ecuador. La criminalización de los manifestantes persiste pese a las amnistías</i>	101
MÉXICO	
Miguel Rábago Dorbecker	
<i>La criminalización de la protesta social como forma de restricción de la libertad de expresión en México: movimientos sociales en el centro de la llamada “lucha contra la delincuencia organizada”</i>	145
NICARAGUA	
Dayra Karina Valle Orozco	
<i>Criminalización de la protesta social en Nicaragua como forma de restricción de la libertad de expresión</i>	163

PERÚ	
Ronald Gamarra Herrera	
<i>Libertad de expresión y criminalización de la protesta social</i>	183
VENEZUELA	
Carlos Ayala Corao	
<i>La criminalización de la protesta en Venezuela</i>	209
INFORME I	
Relatoría Especial para la Libertad de Expresión	235
INFORME II	
Centro de Estudios Legales y Sociales	261
Sobre las autoras y los autores	277

COLOMBIA

Rodrigo Uprimny
y Luz María Sánchez Duque

Derecho penal y protesta social*

I. Breve introducción

Una de las apuestas de la Asamblea Constituyente que dio origen a la Constitución de 1991 fue romper con la tradición del Estado de sitio que operó casi de modo permanente durante la segunda mitad del siglo XX¹. Bajo su amparo, las graves restricciones o incluso las suspensiones totales de los derechos individuales y la represión de la protesta social se convirtieron en rasgos característicos de la vida política. Protestar en tal contexto era un delito, no un derecho. En efecto, el artículo 1 del decreto 2195 de 1976 expedido por el gobierno de Alfonso López Michelsen disponía: “Quienes reunidos perturben el pacífico desarrollo de las actividades sociales; realicen reuniones públicas sin el cumplimiento de los requisitos legales; (...) ejecuten o coloquen escritos ultrajantes en lugar público o abierto al público (...) incurrirán en arresto inmutable hasta de ciento ochenta días”. Igualmente, el Estatuto de Seguridad de 1978 expedido por el gobierno de Julio César Turbay tipificó como delitos la “perturbación del orden público”, la alteración del “pacífico desarrollo de las actividades sociales”, y la “ocupación de lugares públicos o privados para presionar decisiones de las autoridades”.

Para evitar que decretos como los señalados pudieran volver a ser expedidos y ser admitidos como válidos, los constituyentes no sólo impusieron condiciones más estrictas para la declaratoria de los Estados de excepción y establecieron mayores límites y controles al poder presidencial durante tales Estados, sino que además consagraron como derecho fundamental el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, y dispusieron que la limitación al ejercicio de este derecho sólo puede establecerse mediante ley (art. 37, CN). Además, la Constitución también incorpora el derecho a la libertad de expresión (art. 20, CN), íntimamente vinculado al derecho a la protesta.

* Manifestamos nuestro agradecimiento a Liliana Ávila, Elizabeth Gómez y Luz Marina Arroyave, integrantes de la Comisión Intereclesial de Justicia y Paz; y a Jomary Ortega y Ximena González del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, quienes de modo generoso nos proporcionaron información sobre algunos de los casos relatados en este artículo. Igualmente agradecemos al estudiante Álvaro Frías por su colaboración en la recolección de insumos valiosos para la realización de este trabajo.

¹ Según lo muestra el autor Mauricio García, durante la segunda mitad del siglo XX Colombia vivió más de las dos terceras partes de su tiempo en Estado de sitio. Al respecto ver: García, Mauricio, “Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997”, en Santos, Boaventura de Sousa y García, Mauricio (dirs.), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.

Estas regulaciones constituyen un avance frente a la Constitución de 1886, la cual sólo consagraba el derecho a la reunión pacífica, no a la manifestación, y advertía expresamente que las autoridades podían “disolver toda reunión que degenerare en asonada o tumulto, o que obstruya las vías públicas” (art. 46, CN de 1886). En consonancia con esta reserva legal en materia del derecho a la protesta y con los límites que en la Constitución de 1991 fueron impuestos a los Estados de excepción, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (ley 137 de 1994) dispuso expresamente que en virtud de las facultades que se derivan de la declaratoria del Estado de Conmoción Interior, el gobierno no puede tipificar como delito los actos legítimos de protesta social (art. 44). En el mismo sentido, en una de sus primeras sentencias, la Corte Constitucional advirtió que “no se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”² y que en todo caso para que las limitaciones a este derecho sean constitucionalmente aceptables deben estar orientadas a evitar perturbaciones graves e inminentes en materia de orden público.

La protesta social pacífica es pues un derecho constitucional en Colombia y, como tal, no puede ser criminalizada, ni aún bajo Estado de excepción. Sin embargo, no todo tipo de protesta goza de protección constitucional. En varias oportunidades, la Corte Constitucional ha enfatizado que el uso de la violencia con fines políticos es inadmisibles en el marco de un Estado democrático de derecho porque tal uso elude el camino abierto por los mecanismos institucionales previstos para permitir la participación popular y canalizar los reclamos de los ciudadanos. Según la Corte, “en el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria del mandato, el principio de soberanía popular, el control de constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad”³.

Ahora, si bien resulta admisible la penalización de actos de protesta violenta, debe estar estrictamente definida por la ley y operar de conformidad con criterios de proporcionalidad y bajo la premisa de que lo que puede ser objeto de reproche penal es el uso de la violencia, no el acto de protestar. Además, es preciso que la respuesta penal sea proporcional a la entidad del derecho afectado porque, de lo contrario, se genera una criminalización ilegítima de la protesta.

En cuanto al nivel de riesgo que se da en la tipicidad, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH se refirió a los límites que impone el sistema interamericano a la tipificación de conductas que entrañan el ejercicio del derecho a la protesta y manifestó su preocupación por “la existencia de disposiciones penales que convierten en actos criminales la simple participación en una

² Corte Constitucional, Sentencia T-456 de 1992, MP Jaime Sanín Greiffenstein y Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Corte Constitucional, sentencia C-009 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto ver también las Sentencias C-127 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero y C-456 de 1997, MP Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 o la libertad de las personas”⁴. 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 puede justificar el tratamiento penal de las conductas.

Conforme a lo anterior, el uso del derecho penal frente a la protesta social encarna riesgos diversos en distintos niveles. De un lado, podemos encontrar peligros derivados de la ley penal misma y, de otro lado, podemos encontrar problemas en la aplicación de disposiciones penales, que podrían ser legítimas en abstracto, pero que resultan indebidamente usadas por la policía, los órganos investigadores o los jueces. Brevemente explicamos estas dos formas de riesgos de criminalización de la protesta social legítima.

Los riesgos a nivel de la tipificación de las conductas o de la ley penal pueden ser al menos de tres clases diferentes:

1) La ley puede consagrar como delitos conductas que, de conformidad con la perspectiva constitucional del derecho penal mínimo, en sí mismas no pueden ser objeto de tratamiento penal puesto que se trata de legítimos actos de protesta social: un ejemplo en Colombia sería la sanción penal del ultraje a los símbolos patrios.

2) La ley puede prever como delito una conducta que en principio amerita ser criminalizada, pero el tipo penal puede ser ambiguo o tener una dosis considerable de indeterminación que favorecen interpretaciones extensivas que desembocan en la criminalización de conductas que no ameritan tratamiento penal. Un ejemplo en Colombia es la regulación penal del terrorismo. 3) La ley penal puede prever como delito una conducta que puede o debe ser objeto de reproche penal, pero la penalización puede ser desproporcionada, al prever una punición excesiva.

En segundo lugar, existen riesgos a nivel de la aplicación concreta de los tipos penales por parte de los operadores del sistema penal, a saber, las autoridades de policía, fiscales y jueces. En este escenario, se materializan los riesgos que se dan en el nivel de la tipificación, bien porque se aplican normas que penalizan conductas no sancionables, o porque se aplican tipos indeterminados. Pero además, se presentan riesgos por el uso abusivo del derecho penal a través de la aplicación de tipos penales que en sí mismos no resultan problemáticos, pero que se instrumentalizan para reprimir ilegítimamente la protesta social.

Ahora bien, en el contexto colombiano las previsiones constitucionales comportan un notable avance en relación con el escenario anterior a 1991. Las disposiciones que de modo abierto y directo penalizaban el ejercicio de la protesta pacífica en sí mismo no tienen cabida en el ordenamiento penal. Incluso a través de la acción de inconstitucionalidad se han retirado del Código Penal disposiciones que constituían una amenaza para el libre ejercicio de la protesta, tal

⁴ Relatoría para la Libertad de Expresión CIDH, *La Agenda de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: problemas persistentes y desafíos emergentes*, disponible en www.cidh.oas.org/relatoria/showDocument.asp?DocumentID=212.

como sucedió con la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de ultraje a la bandera. Sin embargo, los riesgos en este nivel persisten pues aún existen tipos penales que resultan problemáticos en este sentido.

En lo que respecta al nivel de riesgo que se da en la aplicación, los problemas varían según la entidad de los agentes del sistema penal. Así, es factible que el riesgo del uso abusivo del derecho penal se concrete en las etapas iniciales de un proceso de criminalización –la detención o la investigación en la Fiscalía– y que en muchos casos se quede simplemente ahí, mientras que es más factible que los casos de aplicación de tipos penales problemáticos lleguen a instancias más avanzadas –el juicio o la condena–. Cabe advertir que, en este texto, se entiende que la criminalización existe con la sola detención del participante en un acto de protesta, o con la simple apertura de una indagación preliminar por parte de la Fiscalía, con independencia de que tal indagación desemboque en la apertura de un proceso penal y de que tal proceso culmine con una sentencia condenatoria. Aunque claramente cabe distinguir grados de intensidad en la criminalización pues no es lo mismo la apertura de una indagación preliminar que no conduce finalmente a la formulación de acusación, a la condena en virtud de la cual la persona es sometida a una pena privativa de la libertad, en materia de protesta social muchas veces las restricciones a la libertad de expresión operan a través del despliegue inicial de dispositivos penales como formas de amedrentamiento para desalentar la protesta en casos en los que se sabe de antemano la dificultad de que se concrete una condena o, incluso, de que se adelante un proceso penal hasta la etapa del juicio.

Por otro lado, es importante advertir que en el contexto colombiano la existencia del conflicto armado interno favorece otras formas de criminalización de la protesta que se sustentan en el señalamiento público de la infiltración de grupos guerrilleros en las movilizaciones sociales. Bajo esta perspectiva, y particularmente con ocasión de la política de seguridad democrática de los dos gobiernos de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010), es usual la judicialización de activistas por delitos asociados al conflicto armado.

De acuerdo con el esquema de los distintos niveles de riesgo en la criminalización de la protesta, el presente documento analiza los tipos penales que en el contexto colombiano pueden ser utilizados para reprimir la protesta social, bien sea por su estructura típica o por el uso desproporcionado que le pueden dar las autoridades de policía, la fiscalía o los jueces. Igualmente, partiendo de la base de que la existencia de un conflicto armado interno en Colombia introduce particularidades en las formas de criminalización de la protesta social, se seleccionaron los delitos que usualmente son utilizados para reprimir la pertenencia a organizaciones armadas al margen de la ley, especialmente a organizaciones guerrilleras, a saber, el delito de rebelión y el concierto para delinquir.

Los anteriores propósitos explican la estructura del documento, primeramente analizaremos los tipos penales riesgosos para la protesta social en tiempos ordinarios, para luego estudiar los tipos penales problemáticos debido especialmente al contexto de conflicto armado y presencia de organizaciones criminales. Continuaremos con un caso de retiro del ordenamiento jurídico por vía de jurisprudencia constitucional de un tipo penal que podía también potencialmente limitar la protesta social. Y, finalmente, se presentan las conclusiones.

II. Tipos penales riesgosos en todo tiempo

II. A. El delito de asonada

La protesta social violenta orientada a exigir un acto u omisión a las autoridades ha sido desde tiempo atrás catalogada como delito⁵. El artículo 469 del Código Penal vigente (ley 599 año 2000) –que es una reproducción exacta del artículo 128 del Código Penal de 1980– define así este delito bajo la denominación 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”. La tipificación de esta conducta fue impugnada ante la Corte Constitucional bajo la idea de que la asonada, en tanto mecanismo del pueblo para hacerse escuchar, constituía un derecho que, como tal, no podía ser objeto de criminalización. La Corte rechazó este planteamiento con base en las ya referidas ideas sobre la proscripción de la violencia. Concretamente dijo: “El artículo 128 de la ley sub examine tipifica no la simple reunión o tumulto, sino que especifica más aún la conducta, pues proscribire 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–”⁶.

Antes de hacer referencia a los elementos constitutivos del delito de asonada, conviene precisar que este se encuentra incluido en el Código Penal dentro del título de los delitos contra la seguridad y la existencia del Estado y ha sido considerado, al lado de la rebelión y la sedición, como un delito político. Ahora bien, el hecho de que esta modalidad de protesta social violenta sea catalogada como un delito político tiene importancia en la medida en que históricamente se ha reconocido en Colombia un estatus especial al delincuente político. Así, la propia Constitución de 1991 dispone la posibilidad de conceder amnistías e indultos por delitos políticos, prohíbe la extradición en estos casos y no implica las inhabilidades para participar en la elección a cargos públicos.

Una decisión adoptada por el Tribunal Superior de Medellín en el año 1982 pone en evidencia el alcance de esta caracterización de la asonada como delito político. A este Tribunal llegó en apelación el proceso adelantado en contra de un grupo de estudiantes universitarios que habían sido condenados en un Consejo de Guerra Verbal a la pena de 24 años de prisión por la comisión de las conductas establecidas en el artículo 5 del decreto 1923 de 1978, más conocido como Estatuto de Seguridad. Este decreto, expedido por el gobierno de Julio César Turbay bajo el amparo del Estado de sitio, constituye en la historia jurídica colombiana el estatuto de represión por antonomasia, pues no sólo criminalizó actos

⁵ El art. 217 del CP de 1890 contenía la siguiente tipificación: “Es motín o asonada el movimiento insubordinado y reunión ilegal y turbulenta de una parte del pueblo, o de una porción de individuos, que por lo menos llegue a veinte, mancomunados para exigir con la fuerza o con gritos, insultos o amenazas, que las autoridades o los funcionarios públicos, como tales hagan o dejen de hacer una cosa justa o injusta, sin llegar a ninguno de los casos que constituyen sedición”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-009 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

legítimos de protesta, sino que estableció el juzgamiento de civiles por militares lo cual implicó un claro menoscabo a las garantías individuales. La decisión de primera instancia en este caso se produjo pues en un contexto de fuerte represión social. Sin embargo, durante el trámite de la segunda instancia, bajo el mandato del recién posesionado presidente Belisario Betancur, se expidió la ley 35 de 1982 que decretó una amnistía general e incondicional a los autores, cómplices o encubridores de hechos constitutivos de delitos políticos cometidos antes de la vigencia de dicha ley, excluyendo únicamente los homicidios fuera de combate que hubieran sido cometidos con sevicia o colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.

En vista de este nuevo contexto normativo, el Tribunal procedió a evaluar el caso al margen de la tipificación efectuada por el Consejo de Guerra, preguntándose si cabía conceder la amnistía a los estudiantes, quienes habían sido condenados tras participar en una protesta en contra de la presencia del vicepresidente de los Estados Unidos en el curso de la cual los estudiantes incendiaron un vehículo oficial causando la muerte de uno de sus tres ocupantes. El Tribunal concedió la amnistía al considerar que la conducta de los estudiantes encajaba en el delito de asonada –reconocido en la misma Ley de Amnistía como un delito político–, el cual se había dado en conexidad con los delitos de homicidio, incendio y terrorismo, ninguno de los cuales caía en las exclusiones previstas en la misma ley. Al referirse al delito de asonada dijo el Tribunal: “Se ve, pues, con diáfana claridad, el carácter sociopolítico del acontecimiento total: no porque se trate de hechos ejecutados por un movimiento armado, o de un grupo de rebeldes o sediciosos, sino porque se ejecutaron en el curso de una típica asonada, es decir, de una manifestación tumultaria y violenta cuya finalidad era perturbar el orden público, alterar la paz social y requerir de las autoridades nacionales la salida del país del entonces vicepresidente de los Estados Unidos”⁷.

Aunque en los últimos años se ha generado en Colombia una controversia pública en torno a la conveniencia y legitimidad de la conservación de la categoría de delito político, y se ha llegado incluso a proponer su eliminación del ordenamiento jurídico, lo cierto es que tanto en la Constitución como en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia la categoría tiene vigencia y, en tal sentido, no resulta irrelevante la reconocida naturaleza política de la asonada en términos de los eventuales beneficios que pueden ser reconocidos a quienes sean procesados o condenados por este delito.

Ahora bien, en lo que respecta a la doctrina penal sobre el delito de asonada, sin duda el aspecto más problemático lo constituye la definición de lo que ha de considerarse como “exigencia violenta”. Los elementos objetivos del tipo penal son tres: un sujeto activo colectivo que constituye un presupuesto para que efectivamente se puede 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, por último, la conducta que consiste en exigir tumultuaria y violentamente a la autoridad un acto propio de sus funciones.

⁷ Tribunal Superior de Medellín, decisión del 3 de diciembre de 1982, MP Juan Fernández Carrasquilla, en Nuevo Foro Penal, V. 5, N° 20, Bogotá, julio-agosto 1983, p. 525.

Sobre los dos primeros no se advierten mayores discusiones. Es el último elemento el que abriga más confusiones, en particular porque para que la conducta sea punible se requiere de la existencia del tumulto, pero además de la violencia. Sin embargo, el desorden y la gritería que por definición hacen parte del tumulto pueden llegar a ser interpretadas como expresiones de violencia y, de este modo, el simple tumulto podría terminar siendo penalizado. Aunque esto claramente contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional que al pronunciarse sobre el delito de asonada resaltó que la norma no penalizaba el simple tumulto, la doctrina penal sobre la materia no aporta muchas luces a la hora de distinguir los elementos normativos de la conducta y, de hecho, en algunos casos favorece la criminalización de expresiones legítimas de la protesta.

Al referirse a la exigencia violenta como elemento normativo de la asonada, los doctrinantes concuerdan en caracterizarla como una forma de coacción sobre la autoridad⁸. Sin embargo, al explicar en qué consiste tal coacción, muchas veces terminan identificándola con las características del tumulto. Así, para diferenciar la asonada de los otros delitos contra el régimen constitucional previstos en el Código Penal (la rebelión y la sedición), se ha advertido que aquella “no es violencia armada, es más que todo desorden, griterío, vociferación”⁹, con lo cual se termina reduciendo el delito al acto tumultuoso. En el mismo sentido, se ha indicado que la violencia que caracteriza a la asonada es “una violencia psicológica que mediante la amenaza, los gritos, insultos y gestos coloquen a la autoridad en situación de temor y bajo la creencia de que el uso de la fuerza física es inminente”¹⁰; o que se trata de una “acción precedida por la fuerza material (pedreas, ataques físicos, rotura de vidrios, destrucción de vehículos, etc.), o por amenazas, o por cualquier otra forma propia o característica de medios violentos prohibidos, como las vociferaciones, injurias, desprecios o agresiones parecidas, e incluso, con cartelones escritos de grandes caracteres, portadores de lemas, expresiones o textos insultantes, o con manifestaciones simbólicas que encierren un claro contenido ofensivo”¹¹. Definiciones como las expuestas diluyen la distinción entre tumulto y violencia, y de este modo convierten en delito el ejercicio de un derecho constitucional.

De otra parte, los ejemplos ofrecidos por algunos doctrinantes terminan reduciendo la asonada a una actitud amenazante frente a la autoridad, desprovista incluso del elemento tumultuario. Así, se ha indicado que “la exigencia de una multitud pasiva, que ni siquiera constituya por sí misma una amenaza silenciosa, un amedrentamiento presunto en su propio comportamiento, no es asonada. No obstante, sí podrá tratarse de una multitud formalmente pacífica, y hasta guardar cierto comportamiento ordenado, pero con actitudes amenazan-

⁸ Ver Valencia, Jorge Enrique, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, t. I, Doctrina y Ley, Bogotá, 2007, p. 359; Ferreira, Francisco José, *Derecho Penal Especial*, t. II, Temis, Bogotá, 2006, p. 677; Cantillo, Milcíades, *Delitos Políticos*, Costa Norte, Cartagena, 1999, p. 84.

⁹ Ferreira, *Derecho Penal Especial*, cit., p. 678.

¹⁰ Cantillo, *Delitos Políticos*, cit., p. 84.

¹¹ Valencia, *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial*, cit., p. 360.

tes, como rodear la edificación donde funciona un juzgado, para impedir la entrada o salida de jueces u obligarlos a adoptar ciertas medidas judiciales”¹².

Resulta dicente que las elaboraciones doctrinarias sobre el delito de asonada ni siquiera hagan mención al derecho de manifestación que consagra la Constitución. Se trata de un silencio elocuente si se tiene en cuenta que el delito colinda precisamente con este derecho y que, en consecuencia, la ausencia de un aporte desde la dogmática penal en la dilucidación de los elementos que demarcan al uno del otro aumenta los riesgos de criminalización de actos legítimos de protesta.

Ahora bien, en situaciones como esta en la cual los tipos penales contienen “claras” zonas de penumbra cuya intensidad incluso se incrementa por las construcciones dogmáticas, el poder de definición de los jueces al valorar cada caso concreto resulta determinante. Sin embargo, en el contexto colombiano la jurisprudencia del más alto tribunal en materia penal es escasa. En las dos últimas décadas, la Corte Suprema de Justicia ha proferido únicamente dos pronunciamientos en los cuales se inhibió de abrir investigaciones penales en contra de congresistas denunciados por el delito de asonada.

En el primer caso, la Corte se inhibió de abrir investigación en contra de un representante a la Cámara que fue denunciado por haberse reunido con un grupo de seguidores políticos frente a las instalaciones del Concejo Municipal de Vichada, con el objeto de manifestar públicamente su inconformidad frente a una decisión adoptada por dicho Concejo. La Corte Suprema se abstuvo de abrir investigación penal pues según las pruebas obrantes en el proceso no existió ninguna expresión de desorden ni ningún acto de violencia por parte de los manifestantes. Como fundamento de su decisión indicó:

“Es claro que no cualquier aglutinación de personas que tenga por finalidad promover un propósito común o expresar una inconformidad sectorial pueda interpretarse o calificarse de aglomeración tumultuaria y mucho menos que esa connotación sea dable hacer de ella con miras a caracterizarla como elemento estructural del delito de asonada y por ende, como un atentado contra la seguridad del Estado y sus instituciones.

Imprescindiblemente, para que se concrete la figura típica en referencia debe mediar una concreta y específica exigencia a la autoridad pública la que se pretende satisfacer a través de mecanismos violentos, es decir, con el empleo de la fuerza”¹³.

El segundo caso en el cual se pronunció la Corte Suprema se encuentra más alejado aún de configurar una asonada. Se trató de la investigación en contra de dos senadores (Enrique Gómez e Ingrid Betancourt) que fueron denunciados por difundir una carta en la que solicitaban la donación de dineros a fin de financiar una campaña para cambiar el gobierno del entonces presidente de la República Ernesto Samper Pizano. Es claro que en este caso no se cumplía ni siquiera uno de los elementos objetivos del tipo penal pues no hubo tumulto, ni

¹² Ferreira, *Derecho Penal Especial*, cit., p. 678.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 12.486, fallo del 21 de abril de 1998, MP Carlos Augusto Gálvez Argote.

exigencia alguna a la autoridad, ni mucho menos el uso de medios violentos. Por tal razón, con justificación evidente se abstuvo la Corte Suprema de abrir investigación. En la decisión en cuestión, advirtió el alto tribunal que “la expresión de la opinión política en un Estado social democrático de derecho jamás puede ser sancionada penalmente, ya que de contemplarse como delito, se desconocería el modelo y la filosofía que lo informan, para degenerar en un Estado totalitario, autocrático y despótico”¹⁴.

Los anteriores pronunciamientos de la Corte Suprema ofrecen pocas luces para iluminar los aspectos problemáticos en materia del delito de asonada pues los dos casos analizados se ubican claramente por fuera de la zona de penumbra de la norma penal. En efecto, el primero constituye un claro ejemplo de ejercicio del derecho de reunión y de manifestación consagrado en el artículo 37 de la Constitución: no hubo desorden, vociferaciones, amenazas, ni mucho menos el empleo de la fuerza física en contra de la autoridad. Y el segundo caso de hecho ni siquiera puede calificarse como un acto de protesta. Ahora bien, aunque en ambas providencias la Corte Suprema efectuó declaraciones generales en torno al alcance del delito de asonada, destacando que no cualquier aglomeración puede ser calificada como tal y que en todo caso la expresión de la opinión política no puede ser criminalizada, lo cierto es que no ofrecen criterios para demarcar con mayor claridad la frontera borrosa que se da en ciertos casos.

Un caso de uso abusivo del delito de asonada para reprimir un acto de protesta se dio en el mes de mayo de 2008 en el territorio colectivo de Curvaradó ubicado en la zona del Bajo Atrato (Chocó) que ha sido fuertemente golpeada por los grupos paramilitares. Entre 1997 y 2002 estos grupos desplazaron forzosamente a las comunidades de Curvaradó y Jiguamiandó que tenían la titulación colectiva del territorio, con el propósito de impulsar el cultivo de palma de aceite y la ganadería extensiva. A mediados del año 2007, varios desplazados decidieron retornar a su territorio y recuperarlo. Para tal efecto, con el respaldo de la Comisión Interclesial de Justicia y Paz, constituyeron la zona humanitaria Caracolí. Motivadas por la existencia de esta zona humanitaria, otras familias decidieron también retornar para recuperar sus tierras. Una de estas fue la familia Barrera que regresó a la zona el 16 de mayo de 2008 para ocupar el territorio acaparado por poseedores de mala fe. Pero el intento fue fallido. Pese a que ocuparon pacíficamente la tierra que forzosamente se vieron obligados a dejar años atrás, entre 50 y 60 policías llegaron al lugar de la ocupación para desalojarlos. La actitud agresiva de la policía encendió los ánimos de los ocupantes que se resistieron a abandonar de nuevo su tierra. Se desató un enfrentamiento que culminó con la detención de uno de los miembros de la familia Barrera, un miembro de la zona humanitaria y dos integrantes de la Comisión Intereclesial que acompañaban a la familia en calidad de garantes del proceso de retorno. Tildados de ser los responsables del alboroto fueron conducidos a la Fiscalía de un municipio ubicado a cuatro horas del lugar de los hechos. Sin la presencia de un abogado, la fiscal recibió la declaración de los detenidos, después de lo cual fue-

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 14.751, MP Jorge E. Córdoba Poveda, Aprobado acta N° 13, 2/9/1999.

ron dejados en libertad. A partir de esa fecha no se ha adelantado ninguna otra actuación judicial. La Fiscalía ha informado que existe un proceso por el delito de asonada que se encuentra en la fase de indagación preliminar. Lo curioso es que técnicamente esta etapa procesal no existe en el sistema acusatorio cuya implementación progresiva inició en el año 2000, y que además se trata de una situación que en todo caso no amerita tan extenso periodo de indagación.

Este caso configura una forma de criminalización de la protesta por parte de las autoridades de policía y de la Fiscalía, con el agravante de que se trata además de una revictimización de las víctimas del conflicto armado. Las personas no son sometidas a un proceso penal, pero son detenidas por largas horas, sometidas a un interrogatorio sin garantías y luego dejadas en un estado de incertidumbre frente a su situación jurídica. No se llega a la consecuencia extrema de la imposición de una sanción punitiva, pero sí se instrumentaliza el derecho penal para desalentar la protesta y estigmatizar a los manifestantes. En casos como este ni siquiera se diluye la frontera entre el derecho a la manifestación y delito de asonada: simplemente no se reconoce la existencia de tal frontera.

II. B. El delito de terrorismo y los delitos cometidos con fines terroristas

A partir de finales de la década de los setentas y hasta la expedición de la Constitución de 1991, la lógica del Estado de sitio imperó en el manejo de los problemas de orden público. Tres estatutos proferidos al amparo de los estados de excepción constituyen el prototipo del modelo de legislación antigarantista depositario de dicha lógica. El primero es el Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978) adoptado bajo el gobierno de Julio César Turbay Ayala (1978-1982), el cual otorgó competencias judiciales a las fuerzas militares y creó nuevos tipos penales que criminalizaban conductas como “perturbar el pacífico orden de las actividades sociales” o “fomentar u organizar reuniones públicas (...) consideradas contrarias al orden público”¹⁵, las cuales dejaban un amplio margen de definición a los operadores jurídicos, entre los cuales se encontraban, valga destacar, los militares investidos de funciones judiciales¹⁶. El segundo es el Estatuto para la Defensa de la Democracia (decreto 180 de 1988), más conocido como “Estatuto Antiterrorista”, el cual fue concebido como un instrumento penal para enfrentar a la subversión y a las mafias de las drogas. Este estatuto atomizó el delito de terrorismo que había sido tipificado por primera vez en Colombia en el Código Penal de 1980, estableciendo una serie de nuevos delitos cuyo elemento articulador era el de ser cometidos con “fines terroristas”.

La judicialización por estos delitos correspondía a la Jurisdicción de Orden Público (decreto 1631 de 1987), una justicia especial que había sido creada el año anterior a la adopción del Estatuto para suplir el vacío generado por la declaratoria de inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por parte de la

¹⁵ García, “Constitucionalismo perverso...”, cit., p. 322.

¹⁶ En un informe de la Comisión Andina de Juristas de 1988 se estima que con base en el Estatuto de Seguridad fueron detenidas por razones políticas unas 8000 personas, la mayoría de las cuales fueron procesadas por la justicia militar. García, “Constitucionalismo perverso...”, cit., p. 323.

justicia penal militar. Los contornos definitivos de esta justicia especial fueron establecidos en el tercer estatuto arquetípico de la legislación penal de excepción. Se trata del Estatuto para la Defensa de la Justicia (decreto 2790 de 1990), el cual creó la Jurisdicción Especializada de Orden Público, más conocida como “justicia sin rostro”. La norma fue la respuesta jurídica al estado de zozobra creado por la mafia de las drogas que con el estrépito de los carros bombas y el brazo armado del sicariato estremecía a las principales ciudades del país y que tenía como uno de sus blancos de ataque a los jueces. El Estatuto estableció un completo procedimiento penal paralelo al ordinario, que compartía con los otros estatutos la inclusión de normas confusas, caóticas e indeterminadas que abrían las puertas a la judicialización de actores distintos a los generadores de ese estado de zozobra¹⁷. La posibilidad de mantener pruebas y decisiones en secreto durante la etapa de instrucción y la existencia de un amplio margen de autonomía para la policía judicial eran otros de los rasgos antigarantistas más prominentes del Estatuto.

El fracaso del uso recurrente del Estado de excepción, tanto por su ineficacia como política de control del orden público, como por las violaciones directas a los derechos humanos producidas en virtud de él y por el desbalance institucional generado a favor del ejecutivo, explica que uno de los temas centrales de debate en la Asamblea Constituyente fuera precisamente el de su regulación. Sin embargo, aunque la Constitución de 1991 introdujo varias restricciones a los Estados de excepción¹⁸, el orden jurídico colombiano no logró desprenderse definitivamente de la tradición jurídica forjada bajo su amparo. En materia de manejo de orden público el ordenamiento penal colombiano posterior a la Constitución de 1991 adoptó como legislación permanente buena parte de las disposiciones contenidas en el Estatuto Antiterrorista y en el Estatuto para la Defensa de la Justicia, lo cual se hizo paradójicamente a través de un artículo

¹⁷ Según Alejandro Aponte: “De entrada, era perceptible, desde el mismo articulado sobre la competencia, la confusión de actores que serían castigados. Detrás del gran enemigo, el gran narcoterrorismo urbano, se situaron toda suerte de actores que, si bien estaban ligados a lógicas de violencia, no eran quienes habían generado esa gran violencia específica, ligada a la lucha contra la extradición al Norte de los ‘capos’ de la droga”; Aponte, Alejandro, *Guerra y derecho penal de enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal de enemigo*, Ibáñez, Bogotá, 2006, p. 302.

¹⁸ Las restricciones más relevantes son las siguientes: 1) el estado de sitio, que antes abarcaba tanto los asuntos de orden público interno, como los de guerra exterior, fue reemplazado por el Estado de excepción, el cual contempla tres modalidades –conmoción interior, guerra exterior y emergencia económica, social o ecológica– cada una de las cuales está sometida a una reglas específicas; 2) se precisaron las condiciones necesarias para declarar el estado de conmoción interior, “grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía” (art. 213, CP); 3) se le fijó un límite de 90 días a la duración del estado de conmoción interior, prorrogables por dos períodos iguales; 4) se prohibió la suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales; 5) se estableció el principio de conexidad entre las medidas adoptadas y la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de excepción y 6) se impuso la obligación de no alterar el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado.

transitorio de la Constitución que autorizó al gobierno a convertir en legislación permanente los decretos de estado de sitio expedidos antes de la entrada en vigencia de aquella y que fueran aceptados por la Comisión Legislativa Especial, también conocida como “congresito”¹⁹. En virtud de esta autorización constitucional se establecieron los decretos 2266 y 2700 de 1991, el primero de los cuales incorporó los tipos penales contenidos en el Estatuto Antiterrorista y el segundo estableció el Código de Procedimiento Penal, en el cual se creó la justicia regional, que era un calco de la justicia sin rostro. Sólo hasta el año 2000, la Corte Constitucional²⁰ declaró la inconstitucionalidad de las disposiciones que establecían la reserva de jueces y testigos y las que en materia del derecho a la libertad hacían más gravosa la situación de quienes eran procesados por los jueces regionales²¹, empezando a romper de este modo con la tradición de excepción enquistada en el orden jurídico colombiano.

Pero pese a estos giros, la ruptura no fue total pues, a diferencia de lo sucedido con las normas procedimentales, las disposiciones penales sustantivas proferidas durante los estados de sitio terminaron siendo incorporadas en la legislación penal ordinaria. Aunque el Código Penal vigente (ley 599 de 2000) derogó el artículo 4 del decreto 2266 de 1991 que había convertido en legislación permanente los delitos consignados en el Estatuto Antiterrorista, la mayoría de estos fueron integrados al nuevo Código. Así, el artículo 343 que define el delito de terrorismo es una copia idéntica de la definición establecida en ese Estatuto. Cosa similar sucede con las circunstancias de agravación de este delito que, salvo algunas sutiles modificaciones en la redacción y la incorporación de una causal relativa a la afectación de personas internacionalmente protegidas, también son reproducidas. Del mismo modo, se mantuvieron los tipos que definen el homicidio y las lesiones personales con fines terroristas, la instigación para cometer actos terroristas (art. 348), la instrucción y entrenamiento para el desarrollo de actividades terroristas (art. 341) y las amenazas con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella (art. 347).

El anterior recuento pretende resaltar que la definición jurídica del terrorismo y de las conductas cometidas con fines terroristas que ha estado vigente en Colombia durante los últimos veinte años fue establecida en un contexto de fuerte represión social y bajo una lógica de Estado de sitio que riñe abiertamente con el respeto de las garantías individuales. Una de las expresiones de dicha lógica de excepción es el uso de categorías indeterminadas en las definiciones de los delitos, tan proclives a favorecer formas abusivas de la criminalización. En efecto, si se compara la definición del delito de terrorismo contenida en el Cód-

¹⁹ Dice el artículo: “Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del presente acto constituyente, continuarán rigiendo por un plazo máximo de noventa días, durante los cuales el gobierno nacional podrá convertirlos en legislación permanente, mediante decreto, si la comisión especial no los imprueba” (art. transitorio 8, Const. P.).

²⁰ Sentencia C-392 de 2000 MP Antonio Barrera Carbonell.

²¹ A partir de la ley 504 de 1999, los jueces regionales fueron sustituidos por jueces especializados del circuito.

go Penal de 1980 –que lo contempló por primera vez–, con la definición contenida en el Estatuto Antiterrorista –que es la definición vigente–, se advertirá que la primera resulta un poco más afortunada en términos de técnica legislativa. El Código Penal de 1980 tipificó así el delito: “Artículo 187. Terrorismo. El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”. El decreto 180 de 1988 sustituyó la noción de “medios de destrucción colectiva” por la más amplia de “medios capaces de causar estragos”, y en vez de referirse al empleo de tales medios contra personas o bienes, se refirió a 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”. El tipo penal contenido en el decreto 180 de 1998 decía: “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 diez (10) a veinte (20) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos mensual, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho”. El Código Penal vigente (ley 599 de 2000) reproduce en su artículo 343 la anterior descripción típica. La única diferencia es en el monto de la pena que ahora es mayor: prisión de 160 a 270 meses (aprox. de 13 a 22 años) y multa de 1333,33 a 15.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Corte Constitucional se pronunció frente al alegado carácter abierto e indeterminado de las disposiciones penales sobre el terrorismo. Pese a que reconoció tal carácter, estimó que el mismo no implicaba la inconstitucionalidad de dichas normas. Advirtió que en virtud de la constitucionalización del derecho que operó a partir de la Constitución de 1991, los tipos penales abiertos no pueden ser catalogados *per se* como inconstitucionales pues la determinación de su contenido por parte de los operadores jurídicos debe realizarse de conformidad con las normas de la Constitución. De acuerdo con esto, para la Corte “la falta de técnica legislativa que eventualmente pueda afectar el debido proceso (...) puede y debe ser subsanada por el operador jurídico en cada caso concreto. Así pues, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, se exigirá de parte del juez una mayor razonabilidad al momento de pronunciarse de fondo”²². Pero la Corte Constitucional no sólo consideró que los tipos penales abiertos eran admisibles, sino que incluso señaló que para cierto tipo de delitos –como el terrorismo– el uso de tales tipos era lo adecuado:

“Frente a delitos ‘estáticos’ o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos ‘dinámicos’ o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos (...) Así pues, el

²² Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero.

‘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 personas”²³.

Pese al llamado a una interpretación constitucional de los tipos penales que describen las conductas asociadas al terrorismo, estos delitos han sido utilizados para criminalizar las protestas sociales que se valen del uso de la violencia, lo cual es claramente desproporcionado si se tiene en cuenta que el ordenamiento establece otros delitos en los que las conductas criminalizadas por terrorismo pueden encajar con mayor precisión, como lo son la asonada para la cual se prevé una pena de 16 a 36 meses de prisión, o la violencia contra servidor público sancionada con pena de 16 a 24 meses de prisión, mientras que la establecida para el terrorismo oscila entre 13 y 22 años de prisión. Además, en el caso del terrorismo no proceden beneficios que sí operan para los otros delitos como las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, la libertad condicional y la prisión domiciliaria²⁴. Esto se explica porque especialmente a partir de los atentados del 11 de septiembre el terrorista es visto y tratado como el enemigo por antonomasia.

El riesgo que el carácter abierto, ambiguo e indeterminado de los delitos asociados al terrorismo implica frente a la criminalización de la protesta crece aún más si se tiene en cuenta que la misma Corte Suprema de Justicia avaló años atrás la tipificación como terrorismo de la conducta desplegada por unos estudiantes universitarios en el curso de una protesta. La decisión fue adoptada el 20 de septiembre de 1988 al resolver un conflicto de competencias entre un juez de Orden Público y otro de Instrucción Criminal dentro de un proceso seguido en contra de una persona que en medio de una manifestación estudiantil a la entrada de la Universidad Nacional en Bogotá lanzó una piedra en contra de un capitán de la Policía Nacional. La providencia describe así los hechos:

“Ocurrió, que el quince de junio del presente año, el Capitán de la Policía Nacional José Olimpo Ortega al mando de un grupo de agentes bloqueó la salida (puerta principal) de la Universidad Nacional, para impedir la salida a un grupo de estudiantes, que al parecer trataban de promover desórdenes en las calles aledañas al centro educativo.

Los universitarios y la Policía entraron en violento enfrentamiento, lanzando los primeros piedras y ‘cócteles Molotov’, botellas con ácido contra los uniformados, mientras estos trataban de disolverlos con el empleo de chorros de agua y tinta.

En el curso de estos hechos, el Capitán José Olimpo Ortega, recibió una pedrada lan-

²³ *Ibidem*.

²⁴ Art. 26, ley 1121 de 2006.

zada por uno de los revoltosos que lo lesionó en la boca y le ocasionó varios días de incapacidad”²⁵.

El conflicto de competencias se desató porque para el juez de Orden Público la conducta encajaba en el delito de terrorismo, que para la época estaba sancionado con una pena de 10 a 20 años, mientras que para el juez de Instrucción Criminal se trataba del delito de violencia contra empleado oficial, sancionado con una pena de 1 a 3 años. Como puede advertirse, la diferencia en términos punitivos era más que considerable.

La Corte Suprema decidió que la competencia correspondía a la Jurisdicción de Orden Público pues los hechos descritos eran constitutivos del delito de “empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas”, el cual había sido catalogado como delito por el Estatuto Antiterrorista (decreto 180 de 1988) y que, al igual que el tipo básico de terrorismo, era sancionado con una pena de 10 a 20 años²⁶. En respaldo de su decisión, la Sala Penal de la Corte Suprema dijo:

“Es verdad que la mencionada norma [la que tipifica el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos] demanda para su estructuración, que el sujeto agente actúe con fines terroristas. Y procede con esta finalidad, según el artículo 1° del aludido decreto quien lo haga para provocar o mantener en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella.

Los hechos que originaron la investigación son indudablemente idóneos para crear o estimular zozobra o terror, pues las pedreas en las calles aledañas a la Universidad, acompañadas del empleo de ácidos y sustancias explosivas (con bombas molotov) ocasionan la pérdida del sosiego alteran el orden público y crean una atmósfera peligrosa, no sólo para los atacados, en este caso los agentes de policía, sino para los particulares que se hallen en el lugar y para las personas y vehículos que circulan en sus inmediaciones”.

Si ya este fallo resulta problemático por atribuir a la acción de la protesta de los estudiantes un propósito terrorista, más problemático resulta si se tiene en cuenta que para la Corte Suprema pasó inadvertido el hecho de que si bien en el marco de la protesta los estudiantes utilizaron artefactos explosivos, según los hechos narrados en la misma providencia, lo lanzado por el procesado fue una piedra. Grave error este si se considera que el delito que le fue atribuido al estudiante se refería únicamente al lanzamiento de bomba o artefacto explosivo, incendiario o corrosivo.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, MP Dr. Jorge Carreño Luengas, Radicación 3212, 20/9/1988.

²⁶ Art. 12, decreto 180 de 1988: “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que con propósitos terroristas, coloque, lance bomba o artefacto explosivo o incendiario, o corrosivo de cualquier tipo, lo envíe, porte o remita que pueda afectar la integridad física de las personas o los bienes, en la vía pública, centros de recreación, instalaciones deportivas, instituciones de enseñanza, iglesias, en lugares caracterizados por la concurrencia habitual de personas, centros de salud, edificios públicos o privados, en lugares destinados a la habitación, en instalaciones industriales, militares o de policía, estará sometido a pena de 10 a 20 años de prisión y a multa de diez a cien salarios mínimos mensuales”.

Aunque se trata de un fallo de hace dos décadas que fue dictado apenas unos meses después de la adopción del Estatuto Antiterrorista, y pese a que con posterioridad a dicho fallo el alto tribunal en materia penal no ha proferido otra decisión en la que se debata la calificación como terrorismo de actos de protesta, sí existe evidencia de la aplicación de dichos tipos para criminalizar estos actos por parte de los jueces penales. Además, es preciso destacar que el delito por el cual fue procesado el manifestante se mantiene en el Código Penal vigente con dos modificaciones: la primera es que se incluyó una noción más amplia de los objetos cuyo porte o lanzamiento está prohibido, los cuales ya no se reducen a bombas o artefactos explosivos, incendiarios o corrosivos, sino que abarca la categoría de “sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear”. La segunda es que se prevé una sanción de prisión de 16 a 90 meses, y de 80 a 180 meses si la conducta se realiza con fines terroristas.

Como evidencia de la aplicación de los delitos asociados al terrorismo a actos de protesta social se tiene una decisión del Tribunal Superior de Bogotá adoptada el 29 de julio de 2003 por hechos ocurridos el 17 de agosto de 2000, día en el que se llevó a cabo una protesta estudiantil en la Universidad Pedagógica Nacional por la llegada al país del Presidente de los Estados Unidos. Según se relata en la providencia del Tribunal, un grupo de personas con el rostro cubierto lanzaron petardos a la vía pública y se enfrentaron con la Policía que, a su vez, utilizó gases lacrimógenos. Algunos manifestantes se refugiaron en la universidad en la cual se produjo un estallido que ocasionó lesiones a unos obreros y al mismo procesado que perdió sus manos y sufrió graves quemaduras en el rostro y en las córneas que conllevaron la pérdida de la visión de uno de sus ojos y considerables daños en el otro. Este estudiante fue acusado de portar el explosivo y fue condenado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá a la pena de 60 meses de prisión y multa de 10 salarios por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas²⁷.

Cabe destacar que en la resolución acusatoria la Fiscalía únicamente se concentró en demostrar que el procesado efectivamente manipuló el artefacto explosivo y que era partícipe del grupo de encapuchados que hacía parte de la protesta. Las consideraciones en torno a la adecuación de la conducta en el delito ocupa apenas cuatro renglones de la resolución. Nada se dice acerca de los fines terroristas del acusado, sino que simplemente se dan por descontados. Únicamente en sus alegatos de conclusión realiza la Fiscalía una referencia escueta al respecto, indicando que “es una realidad el riesgo en el cual se colocó no solo las instalaciones de la Universidad Pedagógica, sus muebles, sino a los alumnos del plantel educativo y a toda la ciudadanía al lanzarse de manera indiscriminada en la vía pública y en contra de los uniformados dichas papas explosivas, creando pánico, alarma, zozobra y terror sobre aquellos que presenciaron aquel acon-

²⁷ Este caso llegó en sede de casación a la Corte Suprema de Justicia la cual confirmó el fallo proferido por el Tribunal. Sin embargo, el debate no giró en torno a la existencia de un propósito terrorista en el estudiante condenado, sino en torno al tipo penal aplicable dada la situación de tránsito legislativo que se produjo en el curso del proceso, y a la inclusión del artefacto explosivo dentro de la categoría de “sustancia peligrosa”. Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso n° 22201, Fallo del 27/6/2006, MP Sigifredo Espinosa Pérez.

tecer delictual”²⁸. Bajo esta perspectiva, crear una “atmósfera de riesgo” es suficiente para develar el propósito terrorista de la conducta.

Como puede advertirse, tanto la matriz autoritaria del delito de terrorismo que se concreta en su carácter abierto e indeterminado, como los ejemplos concretos de su uso por parte de autoridades judiciales para calificar los actos de protesta social violenta, evidencian que la definición típica de este delito implica un riesgo efectivo para la criminalización desproporcionada de la protesta social, el cual tiende a incrementarse al amparo de discursos estigmatizantes en contra de la protesta y de los activistas sociales. El planteamiento de la Corte Constitucional en el sentido de que los tipos abiertos deben ser interpretados de conformidad con la Constitución, así como los avances que en materia de constitucionalización del derecho se han dado en Colombia en los últimos años, no han logrado eliminar el riesgo.

II. C. Otros tipos penales que pueden comportar un riesgo

Existen otros delitos que por su descripción típica y por su relación con actos que pueden ser cometidos en el curso de manifestaciones pueden ser eventualmente utilizados para criminalizar la protesta. Se trata de los delitos de violación de la libertad de trabajo y de perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial. El artículo 198 del Código Penal define el primero de estos en los siguientes términos: “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. Si como consecuencia de la conducta descrita en el inciso anterior sobreviniere la suspensión o cesación colectiva del trabajo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, sin sobrepasar las diez (10) unidades multa”. Aunque no contamos con evidencia empírica de su aplicación para reprimir actos de protesta, la existencia del tipo es potencialmente riesgosa pues puede ser utilizado para criminalizar a quienes participen en manifestaciones, especialmente en las que se produzcan en el contexto de huelgas. Dado que la conducta de perturbar o impedir el libre ejercicio del trabajo únicamente es punible si se realiza a través de la violencia o el engaño, el poder de definición de los operadores jurídicos en punto a la catalogación de estos medios de la acción es determinante. En este sentido, los riesgos advertidos en relación con el delito de asonada, en el que también el uso violencia fija la línea de demarcación entre lo permitido y lo prohibido penalmente, resultan también predicables frente a este delito.

Por su parte, el artículo 353 del mismo Código tipifica así la perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial: “El que por cualquier medio ilícito imposibilite la conducción o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres

²⁸ Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Subunidad de Terrorismo, Proceso 42730, Memorial del 10/4/2002.

(13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Se trata de un delito que ha sido utilizado tanto en casos de quema de vehículos por parte de grupos armados ilegales, como frente al bloqueo de vías que se da en el curso de algunas protestas sociales. Aunque estos bloqueos afectan la prestación de un servicio público y generan molestias a los ciudadanos, es importante resaltar que en estos casos el uso del derecho penal es desproporcionado considerando que en el marco del Estado de derecho este es la última ratio y que lo que está en juego en este tipo de situaciones es un conflicto de derechos que como tal no puede ser resuelto a partir de la criminalización del ejercicio de uno de los derechos en tensión. En este sentido, someter a tratamiento penal la conducta de imposibilitar la conducción de vehículos de transporte colectivo y oficial resulta incompatible con los postulados de un derecho penal mínimo.

Finalmente, existe evidencia empírica de la tendencia a criminalizar acciones que se dan en el curso de las protestas a través de delitos sumamente gravosos que apenas tienen una correspondencia forzada con las conductas objeto de represión. Un caso paradigmático en este sentido es el proceso que actualmente se adelanta en contra de tres destacados líderes de la Minga Indígena por los delitos de secuestro simple agravado y lesiones personales agravadas. Los hechos por los cuales está siendo actualmente procesados se remontan al mes de octubre de 2008, época en la cual se llevó a cabo la Minga de Resistencia Indígena que congregó a cerca de 45.000 indígenas, principalmente de la etnia Nasa.

El 12 de octubre de 2008, los indígenas iniciaron una marcha de protesta manifestando su rechazo al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y a la política de Seguridad Democrática, y exigiendo la entrega de tierras a las que se había comprometido el gobierno nacional, así como la reparación al pueblo Nasa por la masacre de El Nilo en la que 21 indígenas fueron asesinados por miembros de la Policía Nacional el 16 de diciembre de 1991. Ante el fracaso de los acercamientos con el gobierno nacional, la Minga Indígena emprendió su marcha a la ciudad de Bogotá el 2 de noviembre de 2008. Durante el curso de la Minga se dieron varios enfrentamientos con la Fuerza Pública. Tres indígenas resultaron muertos y se calcula que 89 fueron heridos, situación esta que resulta en extremo delicada dada la evidencia de uso de armas de fuego y cortopunzantes por parte de la Policía Antidisturbios ESMAD. Igualmente, con posterioridad a la marcha hacia Bogotá, el 16 de diciembre de 2008, murió Edwin Legarda, esposo de Ayda Quilcué, una de las voceras de la Minga y líder del CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca). Edwin murió a causa del impacto de tres tiros de fusil que según las denuncias de los voceros indígenas fueron disparados por soldados. Por su parte, el general de la Policía indicó que los indígenas estaban utilizando explosivos de fabricación artesanal y otras armas de fuego y cortopunzantes, y denunció públicamente que el frente sexto de las FARC estaba invitando, concertando y estimulando los hechos de violencia por parte de los indígenas.

En medio de este contexto, el 16 de octubre de 2008 los indígenas denunciaron la presencia al interior de la Minga de un miembro del ejército colombiano de ascendencia indígena que estaba infiltrado en la protesta haciéndose pasar por manifestante. Según los indígenas, el infiltrado portaba un morral con camuflados, radios de comunicaciones y manuales de armas y explosivos que debía dejar en el territorio de la concentración indígena para inculpar a la Minga

de tener nexos con la guerrilla²⁹. En vista de la situación, la comunidad decidió aplicar el derecho propio y dispuso como sanción dar 20 fuetazos al soldado infiltrado.

Son estos los hechos por los cuales están siendo actualmente procesados Feliciano Valencia, líder del CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca) y vocero de la Minga Indígena, y otros dos destacados líderes de la Minga: Ayda Quilcué, cuyo esposo fue asesinado después de las marchas de la Minga, y Daniel Piñacué, gobernador del Cabildo de la comunidad de Calderas, quien fue víctima de un fallido atentado en enero del presente año.

Una simple apreciación superficial de los hechos evidencia el carácter desproporcionado de imputar el delito de secuestro simple agravado por la retención del soldado que se extendió por el tiempo que duró el procedimiento de juzgamiento por parte de la comunidad y de ejecución de la sanción por parte de las autoridades indígenas. El delito de secuestro simple está tipificado en el artículo 168 del Código Penal en los siguientes términos: “El que con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente, arrebate, sustraiga, retenga u oculte a una persona, incurrirá en prisión de ciento noventa y dos (192) a trescientos sesenta (360) meses y multa de ochocientos (800) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Como se les imputa secuestro simple agravado, la pena que eventualmente podría ser impuesta es de 21 años y 4 meses a 45 años de prisión.

En el contexto colombiano el secuestro es uno de los delitos que más ha concitado el repudio público. Su utilización como práctica de guerra y como medio extorsivo por parte de los grupos guerrilleros que han llegado a mantener privados de su libertad tanto a soldados como a civiles en la selva por más diez años en condiciones degradantes explica este claro rechazo. Este reproche social explica, a su vez, el alto reproche penal de la conducta. Ahora bien, teniendo en cuenta este contexto, el proceso en contra de los líderes indígenas se muestra aún más desproporcionado. Es preciso resaltar además que el hecho judicializado consiste en la aplicación del derecho indígena –que goza de reconocimiento constitucional³⁰–, a un soldado indígena que infiltró la Minga con el propósito, al parecer, de realizar montajes en contra de los manifestantes. Considerando que la decisión de sancionar al soldado fue adoptada y aplicada por los cabildos que hacían presencia en la Minga, el hecho de que el proceso no se dirija contra los cabildantes que aplicaron la sanción, sino contra los voceros de la Minga revela que el propósito del proceso es criminalizar la protesta, más que penalizar el procedimiento seguido en contra del soldado.

²⁹ Consejo Regional del Cauca, Comunicado del 6/6/2009, en www.cric-colombia.org/noticias/index.php?content=detail&id=279.

³⁰ La Constitución de 1991 reconoció por primera vez la jurisdicción especial indígena. Al respecto el artículo 246 dispone: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

III. Las particularidades colombianas: conflicto armado y criminalización de la protesta social

La criminalización de la protesta social en Colombia está atravesada por una particularidad: la existencia de un conflicto armado interno que se ha prolongado por varias décadas. A partir de los años sesenta, empiezan a constituirse grupos guerrilleros que pretenden la transformación revolucionaria de las estructuras políticas, económicas y sociales a través del uso de las armas. La actitud del Estado frente a estos grupos se ha movido entre dos tendencias. Por un lado, la búsqueda de su derrota a través de las vías militares y jurídicas y, por el otro, la búsqueda de acuerdos que permitan la superación del conflicto por la vía política. La situación de la criminalización de la protesta social en Colombia varía de conformidad con la tendencia imperante en cada momento histórico. Así, en momentos en los que se privilegia la búsqueda de la derrota de los insurgentes, la criminalización de la protesta tiende a ser mayor.

Tres razones entrelazadas explican este fenómeno. En primer lugar, los grupos guerrilleros son estructuras político-militares interesadas en tener presencia en los movimientos sociales. En segundo lugar, la sospecha de participación de las guerrillas –que son actores ilegales– en estos movimientos que como tales gozan de reconocimiento jurídico termina generando una peligrosa estigmatización de los activistas sociales como militantes, colaboradores o simpatizantes de la guerrilla. En contextos en los que se busca la derrota de la insurgencia, la persecución a los activistas de los movimientos sociales –particularmente del sindical, el estudiantil, el indígena y el campesino– aumenta por efecto de dicha estigmatización. Y en tercer lugar, además de las actividades de hostigamiento militar y de persecución judicial, la derrota de las guerrillas también se busca a través de políticas de sometimiento que ofrecen beneficios de índole jurídica y económica para propiciar desmovilizaciones individuales. Estos beneficios se otorgan usualmente a cambio de información. En virtud de la estigmatización, los desmovilizados pueden verse tentados a proporcionar información falsa sobre la cual se construyen montajes judiciales en contra de activistas, quienes precisamente en virtud del ambiente de estigmatización se convierten en blanco fácil de tales ataques.

III. A. El delito de rebelión

El delito que históricamente ha sido utilizado para juzgar a los miembros de los grupos guerrilleros es la rebelión. El artículo 467 del Código Penal vigente lo define así: “Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de noventa y seis (96) a ciento sesenta y dos (162) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Con ocasión de la tendencia a negar el carácter de delincuentes políticos a los guerrilleros, lo cual obedece por un lado a la dinámica de degradación de las formas de lucha de estos y, por el otro, a la pretensión de instancias gubernamentales de negar la naturaleza política y social del conflicto armado colombiano o, más aún, de negar la existencia misma del conflicto, algunos jueces han optado por calificar la militancia

en organizaciones guerrilleras bajo los delitos de concierto para delinquir o terrorismo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia es clara en señalar que en estos casos la denominación típica que resulta adecuada es la de rebelión³¹.

Según la jurisprudencia del alto tribunal en materia penal, el delito de rebelión lo comete tanto el que “siendo integrante de un grupo al margen de la ley y en su condición de combatiente pretende mediante el empleo de las armas el derrocamiento del gobierno de turno y la supresión del régimen constitucional vigente con la toma violenta del poder, para imponer sus ideas y establecer un nuevo orden”³², como el “sin dejar de lado las armas, realiza actividades de instrucción, adoctrinamiento ideológico, financiamiento, inteligencia, relaciones internacionales, reclutamiento, publicidad, planeación, infiltración, y en fin, de cualquier otra índole que tenga aquella misma finalidad”³³. Es en esta segunda categoría en la que se encaja a los activistas sociales acusados de hacer parte de los grupos insurgentes.

Después del fracaso de la mesa de diálogo entre el gobierno de Andrés Pastrana y las FARC-EP, la elección de Álvaro Uribe como presidente marcó el giro desde la búsqueda de una salida negociada al conflicto, hacia la búsqueda de la derrota de las guerrillas. Una de las primeras medidas adoptadas por el gobierno de Álvaro Uribe fue la declaratoria del estado de conmoción de interior y la creación de zonas de rehabilitación en las cuales fueron comunes las detenciones masivas y arbitrarias en virtud de la figura de la detención preventiva. Se calcula que entre 2002 y 2004 se realizaron 7134 detenciones de las cuales más del 90% se realizó sin orden judicial previa³⁴. Según el autor Jorge Carvajal, a partir del año 2004 las detenciones masivas son sustituidas por detenciones selectivas orientadas principalmente a la captura de líderes sociales, campesinos, indígenas y miembros de organizaciones comunales acusados de ser miembros de las guerrillas³⁵.

Los activistas de derechos humanos también han sido objeto de persecución penal por el delito de rebelión. Un informe de Human Rights First documenta treinta casos de investigaciones penales por este delito en contra de defensores

³¹ Sobre la distinción entre rebelión y concierto para delinquir dijo la Corte Suprema: “Siempre que la agrupación alzada en armas contra el régimen constitucional tenga como objetivo instaurar un nuevo orden, sus integrantes serán delincuentes políticos en la medida en que las conductas que realicen tengan relación con su pertenencia al grupo, sin que sea admisible que respecto de una especie de ellas, por estar aparentemente distantes de los fines altruistas que se persiguen, se predique el concierto para delinquir, y con relación a las otras, que se cumplan dentro del cometido propuesto, se afirme la existencia del delito político”, Sala de Casación Penal, rad. 21639 del 26/11/2003, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 19434 del 21/5/2002, MP Jorge Aníbal Gómez Gallego.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Carvajal, Jorge, *El Estado de Seguridad dentro del Estado de Garantías. La seguridad democrática y el caso de las privaciones de la libertad en Colombia durante el período 2002-2006*, Ilsa, Bogotá, 2008, p. 107.

³⁵ *Ídem*, p. 111.

de derechos humanos y miembros de organizaciones sociales. Sobre las características de estas investigaciones en el informe se advierte que

“existe un patrón claro de investigaciones penales falsas en contra de los defensores de derechos humanos. Generalmente, un fiscal regional inicia una investigación previa en secreto de un defensor que puede incluir la recolección de informes de inteligencia por parte del ejército, la policía judicial u otras entidades estatales de seguridad, que suelen contener información irrelevante e inflamatoria. Después el fiscal obtiene declaraciones falsas, incoherentes o contradictorias de testigos que reciben beneficios de reintegración del estado por ser ex-combatientes. En esta etapa, es común que un defensor sea capturado y detenido, y a veces significativamente después, se le acusa de rebelión por presuntamente ser un terrorista o un guerrillero (...) No hubo evidencia en ninguno de los casos revisados para producir este informe de que un defensor hubiera usado la violencia o las armas. Al contrario, el proceso penal suele basarse en la presunta pertenencia clandestina del defensor a las FARC. Es frecuente que un fiscal superior archive o deseche la investigación después de que la defensa solicite una revisión del caso (...) A veces, el fiscal lleva el proceso penal a juicio en que es común que un juez declare al defensor inocente”³⁶.

Un proceso penal adelantado en contra de dos líderes indígenas pone en evidencia algunos de los patrones señalados por el referido informe. Estos líderes, pertenecientes a la comunidad Embera Chamí y militantes del partido político de izquierda Polo Democrático Alternativo, fueron acusados de ser ideólogos y colaboradores del Frente Aurelio Rodríguez de las FARC y condenados en primera instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Manizales a la pena de 8 años de prisión por el delito de rebelión. El juez de primera instancia tomó en consideración los testimonios de tres guerrilleros desmovilizados que indicaron que los líderes hacían parte del Partido Comunista Clandestino (PC3) que es señalado como el brazo político de las FARC. El Tribunal Superior de Manizales³⁷ revocó el fallo de primera instancia luego de advertir la debilidad de los testimonios de los desmovilizados sobre los cuales se fundó la condena. Señaló que lo único que estos probaban es que los líderes indígenas habían asistido a un par de reuniones organizadas por grupos subversivos, pero que de tal hecho no podía deducirse su participación dentro de la organización insurgente, máxime si se tiene en cuenta que el grupo guerrillero hacía presencia masiva en el sector en el que está ubicado el resguardo al cual pertenecen los indígenas acusados, por lo cual no resultaría extraño considerar que estos pudieron haber sido presionados para asistir a tales reuniones.

En el caso de la rebelión es claro que el riesgo para el ejercicio de la libertad de expresión se deriva del uso abusivo de este tipo penal por parte de ciertos operadores jurídicos. En estos casos los prejuicios de los investigadores frente a los activistas sociales y defensores de derechos humanos favorecen la criminalización de aquellos que ejercen sus derechos a la manifestación política por vías legales.

³⁶ Human Rights First, *Los defensores de derechos humanos acusados sin fundamento. Presos y señalados en Colombia*, 2009, p. 8, en www.humanrightsfirst.org/pdf/090211-HRD-colombia-esp.pdf.

³⁷ Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal de Decisión, fallo del 24/9/2009, MP Héctor Salas Mejía.

III. B. El delito de concierto para delinquir

El Código Penal colombiano agrupó en su Título XII los delitos contra la seguridad pública, catalogando como tales los delitos de concierto para delinquir, terrorismo, amenazas, instigación a delinquir, y los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad, tales como el incendio, el empleo o lanzamiento de sustancias peligrosas y el tráfico y porte ilegal de armas. El artículo 340 define el delito de concierto para delinquir como la asociación entre varias personas con el propósito de cometer delitos:

“Art. 340. Concierto para Delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir”.

Esta conducta tiene antecedentes remotos en la legislación colombiana. Así, el Código Penal de 1873 tipificaba como delito contra la paz y el orden interior la conformación de “cuadrillas de malhechores”, y el Código Penal de 1936 se refería a la asociación e instigación para delinquir que tipificaba la pertenencia a una asociación o banda “organizada con el propósito permanente de cometer delitos, mediante el común acuerdo y recíproca ayuda de los asociados” (art. 208). Durante el gobierno de Guillermo León Valencia, este delito fue modificado bajo la idea de que tal como estaba estructurado resultaba prácticamente imposible de probar. Se expidió entonces el decreto 2525 de 1963 el cual suprimió tres elementos de la conducta: la organización, la permanencia del propósito y la recíproca ayuda de los asociados³⁸. Posteriormente, el Código Penal de 1980 consagró el delito de concierto para delinquir, el cual reemplazó la noción de “asociación” contenida en las normas anteriores por la de “concierto”, pero conservó en lo sustancial la definición del decreto 2525, es decir, sin inclusión de las nociones de organización, permanencia y ayuda recíproca. La definición del Código de 1980 se mantuvo en el Código actual, el cual adicionó la modalidad de la conducta agravada que es la definida en el segundo inciso del artículo citado.

Pese a la modificación introducida por el decreto 2525 de 1963, la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales continuó otorgando a las nociones de organización y permanencia en el propósito de delinquir el carácter de ele-

³⁸ Al respecto ver Paz, Gonzalo, “Concierto para delinquir,” en *Cuadernillos de Derecho Penal*, n° 36, Universidad Santiago de Cali, 2007.

mentos típicos. Así, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el concierto para delinquir “consiste en concertarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades para la realización de actos delictivos indeterminados, que en manera alguna puede ser momentáneo u ocasional, esto es, debe ostentar continuidad y permanencia, entendidas no como una duración ilimitada de ese designio delictivo común, sino como la permanencia en el propósito contrario a derecho por parte de los concertados, que se proyecta y renueva en el tiempo mientras la asociación para delinquir persista”³⁹. Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que este delito exige tres elementos constitutivos: “el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, pongan en peligro o alteren la seguridad pública”⁴⁰.

La conservación por vía jurisprudencial de tales elementos del delito de concierto para delinquir resulta importante pues estos contribuyen a distinguirlo de la figura de la coparticipación criminal, distinción que resulta particularmente problemática cuando el concierto para delinquir se presenta en concurso con otros delitos, caso que se da cuando las personas pertenecientes a la organización criminal incurrían en otros delitos cometidos en el marco de aquella⁴¹. Además, teniendo en cuenta que estamos ante un delito de peligro que criminaliza el solo acuerdo de voluntades para delinquir⁴², la exigencia de la presencia de una organización como elemento constitutivo del delito reduce en cierta medida las posibilidades de criminalizar como conducta autónoma los simples actos preparatorios de una conducta delictiva en la que concurren varias personas, o de la doble imputación en los casos en que la conducta es cometida por varias personas.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003, MP Edgar Lombana Trujillo.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-241 de 1997, MP Fabio Morón Díaz.

⁴¹ Acerca de la distinción entre concierto para delinquir y coautoría, la Corte Suprema ha indicado: “En el concierto, la acción incriminada consiste en asociarse para cometer delitos, que se traduce en la existencia de un acuerdo de voluntades con permanencia en el tiempo. En la coautoría esa arreglo voluntario puede ser momentáneo u ocasional; pues la comisión del ilícito constituye la consecuencia de un querer colectivo que se manifiesta en la decisión y realización conjunta de la acción típica determinada de antemano en toda su especificidad”, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003. Es importante advertir cómo es el carácter permanente o momentáneo del acuerdo criminal lo que permite efectuar la distinción.

⁴² Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia: “En relación con el bien jurídico tutelado, la seguridad pública, el concierto para delinquir es un delito autónomo y de peligro, que se entiende derivado de la realización misma de la conducta incriminada; y respecto de su contenido, de mera conducta, por cuanto se reprime el simple comportamiento de concertarse con la finalidad indicada en él, es decir, ‘de cometer delitos’, sin que sea necesaria la producción de un resultado y menos aún, la consumación de un ilícito que concrete el designio de la asociación criminal”, Sala de Casación Penal, proceso n° 17.089, fallo del 23/9/2003.

Ahora bien, en lo que respecta a la criminalización de la protesta social, existen dos tipos de riesgos que se derivan del delito de concierto para delinquir. El primero es que pese a que ciertos sectores de la doctrina, así como la jurisprudencia de las altas cortes han insistido en la conservación de los elementos de la conducta que fueron suprimidos con el decreto de 1963, la descripción típica del delito tal como está en el Código Penal puede favorecer la doble imputación en la criminalización de actos de protesta social, pues se trata de actos en los que por definición concurren varias personas. Así por ejemplo, en octubre de 2008 la Fiscalía capturó a cinco líderes del grupo de los corteros de caña acusados, entre otros delitos, de concierto para delinquir. La apertura de este proceso penal se dio con ocasión de la huelga de 18.000 trabajadores del occidente del país que reclamaban contratación directa, estabilidad laboral y negociación colectiva. Desde el principio del paro tanto el gobierno como los gremios azucareros se concentraron en reducir la situación a un problema de orden público y en señalar la presencia de la guerrilla de las FARC en la protesta. La acusación en este caso por el delito de concierto para delinquir implica la catalogación de un acuerdo de voluntades para protestar por mejores condiciones laborales, en un acuerdo orientado a la comisión de acciones delictivas.

El segundo riesgo es que aunque la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los delitos de concierto para delinquir y rebelión se excluyen entre sí⁴³, la tendencia a ver el fenómeno de las guerrillas no como una cuestión de delincuencia política, sino de criminalidad común organizada favorece a su vez la criminalización de los activistas señalados de tener vínculos con los grupos guerrilleros, no por el delito de rebelión sino por el de concierto para delinquir o incluso por los dos delitos en concurso.

IV. La declaratoria de inexecutable del delito de ultraje a la bandera

Si los tipos penales descritos en los puntos anteriores comportan riesgos de criminalización de la protesta social, conviene igualmente reseñar ciertos avances jurídicos en la eliminación de tipos penales que podían ser riesgosos en este campo. Un ejemplo interesante es la sentencia C-575 de 2009 de la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 461 del Código Penal que establecía el delito de “ultraje a emblemas o símbolos patrios”, incluido dentro del título de los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y que disponía una pena de multa para aquel que ultrajara públicamente la bandera, el himno o el escudo de Colombia.

Los demandantes consideraron que “la penalización de la conducta es la vía para obligar a los ciudadanos a obedecer las políticas estatales y de garantizar la

⁴³ “El concierto es un delito que afecta el bien jurídico seguridad pública; sus móviles son egoístas, individuales; la finalidad de los integrantes –cometer delitos– se colma en concreto cada vez que perpetran un delito; los asociados no tiene (*sic*) como objetivo el establecimiento jurídicamente reconocido, sino a la sociedad. (...) La rebelión, al contrario, vulnera el bien jurídico régimen constitucional y legal; el rebelde es altruista, generoso, piensa en el bien común; su finalidad solamente se cumple cuando cambia el sistema que ataca e impone el que cree justo, razón por la cual su objetivo es el Estado”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 21343 del 10/9/2003, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

lealtad al sistema”, lo cual significaba que en el fondo consideraban que ese tipo penal criminalizaba la protesta social. La Corte Constitucional dio razón a la demanda pues señaló que “no es difícil imaginar múltiples circunstancias en que los símbolos patrios sirven de instrumento de protesta social, cuando no se los usa como medio comunicativo para manifestar posiciones personales sobre temas que atañen a la vida en comunidad”. La Corte consideró, entonces, que este delito restringía el derecho fundamental a la libertad de expresión, razón por la cual, después de realizar un juicio intenso de proporcionalidad, concluyó que la norma era inconstitucional “porque es innecesaria para la protección de los valores constitucionales asociados a los símbolos patrios, debido a que existen medidas alternativas de carácter no penal que cumplen con la misma finalidad y resultan menos gravosas para los otros derechos constitucionales en juego”.

Creemos que esta sentencia es un avance interesante en términos de eliminar del estatuto penal tipos punitivos que implican un claro riesgo de criminalización de la protesta social.

V. Conclusiones

La Constitución de 1991 implicó un avance considerable frente al contexto imperante de represión de la protesta social que caracterizó las décadas anteriores. El reconocimiento de los derechos a la reunión y a la manifestación pacífica como derechos fundamentales, la supresión de la disposición contenida en la Constitución de 1886 que autorizaba a las autoridades para disolver las reuniones que se convirtieran en tumultos o que provocaran el bloqueo de vías, la determinación de que toda restricción al ejercicio del derecho a la protesta tiene reserva de ley, y que ni siquiera bajo estados de excepción tal ejercicio puede ser tratado como delito, constituyen importantes conquistas normativas para evitar la criminalización de la libertad de expresión ejercida por medio de la protesta. Igualmente cabe destacar la declaratoria de inconstitucionalidad del delito de ultraje a la bandera como una expresión de esta nueva perspectiva constitucional en materia de los derechos a la protesta y a la libertad de expresión.

Sin embargo, pese a los referidos avances en materia constitucional, aún 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. Tal es el caso del delito de perturbación en servicio de transporte colectivo y oficial que se comete con el simple hecho de imposibilitar la conducción de vehículos que presten dicho servicio. La entidad de los intereses que resultan afectados con los bloqueos de vías no resulta suficiente para justificar su penalización, máxime si se tiene en cuenta que el espacio público no sólo es un escenario para la circulación, sino para la participación.

Pero sin duda, en este primer nivel, los mayores riesgos se dan por la indeterminación de los tipos penales, aunada a las interpretaciones que de los mismos han hecho la jurisprudencia y amplios sectores de la doctrina penal. Así, en el caso del delito de asonada, las elaboraciones dogmáticas en torno a la especificación de los elementos normativos, concretamente del uso de la violencia,

favorecen la criminalización de los simples desórdenes públicos, pese a que la Corte Constitucional ha señalado que el solo tumulto no puede ser penalizado. El mismo riesgo se presenta con el delito de violación a la libertad de trabajo en tanto uno de sus elementos es la comisión de la conducta mediante la violencia. Por su parte, las interpretaciones por parte de los jueces han conducido a extender la categoría de delitos cometidos con fines terroristas a ciertos actos de violencia cometidos en el curso de protestas sociales, actos que si bien deben ser objeto de reproche penal, no tienen la entidad necesaria para ser penalizados bajo los gravosos tipos de terrorismo.

En lo que respecta al nivel de la aplicación, los riesgos específicos se concretan en el uso abusivo del derecho penal. El ejemplo más notable es el proceso por secuestro en contra de los líderes de la Minga Indígena que implica el uso de un delito que en sí mismo no resulta problemático, pero que es utilizado de modo desproporcionado por la fiscalía para juzgar una conducta que más parece atípica. Sin embargo, este uso abusivo no agota los riesgos del nivel de la aplicación. Es claro que muchos de los riesgos que se dan en la tipicidad se concretan precisamente porque los operadores del sistema penal no optan por interpretaciones de los tipos que resulten más acordes con los postulados constitucionales en materia del derecho a la protesta.

Un caso particular de uso abusivo del derecho es la apertura de procesos penales por rebelión en contra de activistas acusados de pertenecer a la guerrilla. Este tipo de judicializaciones se sustentan en la estigmatización de las movilizaciones sociales como fenómenos orquestados por las guerrillas, y a su vez alimentan tal estigmatización en un proceso de doble vía.

Cabe destacar, además, que existen delitos en los que el cruce de distintos niveles de riesgo se pone en evidencia, tal como sucede en el caso del concierto para delinquir. Por un lado existen problemas en cuanto a la indeterminación de la conducta que, sin embargo, han sido contrarrestados en cierta medida por la jurisprudencia. Por otro lado, existen riesgos en cuanto a su uso abusivo como sucede en el caso del proceso adelantado en contra de los líderes del paro de los corteros de caña, en el que el acuerdo para dirigir las acciones de protesta propias del paro es catalogado como un acuerdo para cometer delitos. Y finalmente, dicho uso abusivo está fuertemente influenciado por la situación de conflicto armado y criminalidad organizada que es particular del contexto colombiano.

Tanto la investigación dogmática como la empírica ponen de manifiesto que aún hay muchas tareas pendientes en aras de garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la protesta. La primera de ellas consiste en posibilitar que la perspectiva constitucional penetre en todos los niveles del sistema penal. Todos los policías, fiscales, jueces, legisladores están en mora de asumir plenamente que protestar es un derecho y que quienes protestan deben ser tratados como ciudadanos, no como delincuentes, ni mucho menos como enemigos. Tal perspectiva no implica que todo lo que se realice en el curso de una manifestación es válido y debe ser permitido. Lo que implica es introducir parámetros de racionalidad constitucional tanto en los actos de control policial como de control penal, de tal modo que se protejan adecuadamente todos los intereses y derechos en juego.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal

Proceso 3212, MP Dr. Jorge Carreño Luengas, 20/9/1988.

Proceso 12486, MP Carlos Augusto Gálvez Argote, 21/4/1998.

Proceso 14751, MP Jorge E. Córdoba Poveda, 2/9/1999.

Proceso 19434, MP Jorge Aníbal Gómez Gallego, 21/5/2002.

Proceso 21639, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 26/11/2003.

Proceso 17089, MP Edgar Lombana Trujillo, 23/9/2003.

Proceso 21343, MP Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 10/9/2003.

Proceso 22201, MP Sigifredo Espinosa Pérez, 27/6/2006.

Tribunal Superior de Medellín, decisión del 3/12/1982, MP Juan Fernández Carrasquilla, en Nuevo Foro Penal, V. 5, N° 20, Bogotá, julio/agosto, 1983, p. 52.

Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal de Decisión, fallo del 24/9/2009, MP Héctor Salas Mejía.

Fiscalía Delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado, Subunidad de Terrorismo, Proceso 42730, Memorial del 10/4/2002.