Imprimir

El pasado 10 de septiembre la Fiscal General de la Nación, Luz Adriana Camargo, expidió la Directiva 0001 por la cual se reconoce, garantiza y protege el derecho a la protesta pacífica [1].
El documento de 25 páginas integra cuatro temas que contienen 30 directrices en las cuales se recogen los lineamientos constitucionales y legales consagrados en la constitución Política de 1991; en los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, así como en el Código Nacional de Policía y Convivencia para diferenciar lo que es delito, de aquello que es contravención. Así mismo, integra sentencias de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y de su Sala de Casación Civil, sobre garantía y protección del derecho ciudadano al ejercicio de la protesta pacífica.

Esta arquitectura constitucional y legal, se fundamenta en pronunciamientos de Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH –. Como bien lo explica el exministro de Justicia y actual Profesor, Yesid Reyes, en entrevista realizada por Cecilia Orozco [2], El artículo 37 de la Constitución de 1991 establece el derecho a reunirse y a manifestarse pública y pacíficamente. Esto es un desarrollo del derecho a la libertad de reunión consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. Así mismo, se establece en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948; también, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969. Todos estos acuerdos internacionales, han sido suscritos por el Estado Colombiano y, por tanto, son de obligatorio cumplimiento.

Los temas centrales de la reciente Directiva de la Fiscalía son los siguientes:

1. Principios y fundamentos de la protección a la protesta social pacífica.
2. Límites al poder punitivo del Estado cuando ocurren hechos con características de un delito en el curso de la protesta social.
3. Consideraciones sobre tipicidad estricta en actos delictivos ocurridos con ocasión a eventos de protesta social.

4. Directrices y principios rectores para la investigación y judicialización de actos delictivos que afectan el derecho a la protesta social.
   Cada tema, como se verá más adelante, contiene directrices que especifican y concretan los diversos lineamientos. Como se establece en la directriz 31, relacionada con la difusión y capacitación, corresponde a la Dirección de Comunicaciones y a la Dirección de Altos Estudios diseñar e implementar las estrategias de difusión y capacitación del contenido de la Directiva, con enfoque regional, para que oriente la actuación y se implemente por parte de 4.577 Fiscales en 35 Regionales, como plantea Mariana Zapata Amorocho en la Silla Vacía [3].

   La Directiva emitida por la actual Fiscal General deroga la Directiva anterior expedida por el Fiscal Barbosa, en junio de 2021, en el contexto del Estallido social. En ese entonces, los Fiscales hicieron imputaciones estigmatizantes y desproporcionadas en contra de los manifestantes, lo que creó un ambiente de criminalización de la protesta social, como se sigue evidenciando hasta ahora, por parte de voceros de partidos de ultraderecha, a través de las redes sociales y en los grandes medios de comunicación.

   Incluso, congresistas del Centro Democrático, como María Fernanda Cabal y Miguel Uribe Turbay se han apresurado a demandar la Directiva 0001, ante el Consejo de Estado y mediante recurso de tutela, respectivamente, sin intentar comprenderla declarando que su contenido afecta la capacidad del Estado para controlar los disturbios, que la Fiscal está legislando por encima del Congreso y que la Directiva representa una licencia para delinquir.

   En el contexto del Estallido Social, mientras la misma Fiscalía señaló de presunta responsabilidad policial en 25 muertes de manifestantes, solamente diez policías fueron imputados por delito de homicidio. En contraste, 149 manifestantes fueron imputados por el bloqueo de vías y, de ellos, 122 fueron capturados. También, de 634 personas capturadas en 2022, por presunto daño de bienes, la Fiscalía solo pudo imputar a 286 personas.

   En cuanto al contenido de la Directiva, el tema relacionado con los principios y fundamentos configura cinco directrices. Como bien plantea el Profesor Yesid Reyes, la directiva es

ponderada frente al derecho a la protesta social y recoge en sus principios y fundamentos el reconocimiento del derecho fundamental, así como de su protección constitucional en el ámbito nacional y en el ámbito convencional, en la primera directriz.

En las siguientes directrices relacionadas con los principios y fundamentos se señala el ámbito de protección de la protesta pacífica y se enfatiza que no se puede judicializar a nadie por protestar pacíficamente. Reconoce diversas formas legítimas de protesta social pacífica, independientemente de las molestias que pueda causar en el espacio público y de la distorsión de la rutina de funcionamiento de la vida cotidiana, ya que esto es parte de la pluralidad de la vida social, como lo reconoce la CIDH. En tal sentido, la Corte Constitucional reconoce en la protesta social un ejercicio disruptivo que no puede ser objeto de criminalización ni la fuerza pública puede intervenir grandes aglomeraciones para disolver una protesta pacífica, a riesgo de originar una estampida por razones de pánico, como lo advierte la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Tampoco se puede judicializar a manifestantes por expresiones ofensivas, chocantes o impactantes, dado que se admite el lenguaje simbólico y metafórico, al igual que se permite la quema de banderas y las acciones de mínima lesividad que pueden llevar a la aplicación del Código de Policía y Convivencia.

Esto es diferente a la propaganda de guerra, a la apología al odio, a la violencia y al delito, a la pornografía infantil y a la instigación pública al delito, hechos que sí son punibles. Esto significa que la comisión de delitos no hace parte de la protección del derecho a la protesta y puede conducir al ejercicio de la acción penal. En tal sentido, la protesta violenta escapa a la garantía de derechos. En todo caso, la Directiva instruye al personal de la Fiscalía General de la Nación para que actúe bajo el respeto al goce efectivo del derecho a la protesta pacífica, a la libertad de expresión, de reunión pacífica y a la participación política.

Esto implica aplicar el derecho penal con apego a los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad, coherente con los límites de la protesta social, siempre con salvaguarda de la libertad y dignidad de las personas. Siempre se ha de buscar

en el análisis de una situación, aquella opción más garantista y amplia del derecho fundamental considerando factores agravantes, atenuantes o eximentes de responsabilidad de delitos relacionados con manifestaciones violentas.

Así mismo, llama a abordar estos delitos relacionados de la protesta social, en términos de equidad y consideración de condiciones particulares, teniendo en cuenta los grados de marginalidad de los grupos tradicionalmente excluidos del debate público. Se busca que la investigación y el juicio de hechos de protesta social esté libre de prejuicios o discriminación, para no derivar responsabilidades por la mera participación o por ser convocante de protesta social. Esto implica garantizar especial protección a las personas defensoras de los derechos humanos, así como a los periodistas.

Se enfatiza que la intervención del derecho penal en la protesta social debe ser mínima y orientarse a proteger los bienes jurídicos con base en principios de subsidiariedad y fragmentariedad, lo que permite concentrarse en aquellos que conllevan grave afectación de los derechos fundamentales de la ciudadanía, según cada caso particular.

En lo que respecta al tema relacionado con los límites al poder punitivo del Estado con ocurrencia de delitos en el marco de la protesta social, se establecen dos directrices: Solamente se investigarán penalmente los delitos que excedan el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales de libertad de expresión, de reunión y de manifestación pacífica. En tales casos, procede la individualización del actor y la discriminación de la acción mediante aplicación de reglas de coparticipación. Se debe diferenciar del concierto para delinquir dado que este exige un acuerdo de voluntades de personas vinculadas a una organización criminal con vocación de permanencia y durabilidad, cuyo fin es la comisión de delitos.

El tema referente a las consideraciones sobre tipicidad estricta en actos delictivos con ocasión de la protesta social incluye entre las directrices, el tratamiento de la detención arbitraria, otras formas de abuso de autoridad, otros delitos como la obstrucción de vías, la perturbación del transporte y la asonada, la perturbación del servicio público colectivo u oficial, la violencia en contra de servidor público, el daño en bien ajeno y los sujetos activo y

pasivo del delito.

Frente a la detención arbitraria, la Fiscalía deberá investigar todos los actos que impliquen limitación a la libertad personal de quienes ejercen su derecho a la protesta pacífica. En este caso, se trata de delitos cometidos por servidores públicos que extralimitan sus funciones. Así mismo, se incluye el traslado de protección y el cumplimiento de requisitos, que solo procede cuando la vida e integridad de una persona se encuentra en riesgo y no acepta mediación policial. En tal caso, el traslado es temporal e inmediato. Lo contrario es privación ilícita. Por ejemplo, la policía no tiene potestad de privar de la libertad a un ciudadano por "irrespetar a la autoridad". Se deben considerar las situaciones de abuso de autoridad.

Se señalan, también, delitos de peligro común, tales como la obstrucción de vías, la perturbación del transporte, asonada, incendio, lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. En tales casos los Fiscales deben verificar el peligro concreto del bien jurídicamente tutelado y las causas objetivamente verificables. El lanzamiento de sustancias está tipificado en el artículo 359 del Código Penal, en este se establece la lista de sustancias y está consignado en tratados internacionales ratificados en las disposiciones vigentes del país.

En cuanto a la obstrucción de vías, se penalizan únicamente los bloqueos que desbordan la manifestación y atentan en contra de la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo y que se realizan por medios ilícitos. Para establecer el peligro concreto se debe determinar el lugar del bloqueo, la intensidad, duración, medios y existencia del peligro concreto. Un bloqueo puede entorpecer la circulación, sin que sea suficiente para configurar un delito.

La acción dolosa está en proporcionar medios ilícitos de obstaculización, tales como el disparo de armas de fuego contra vehículos, lanzamiento de sustancias peligrosas, o la violencia en contra de servidor público.

En el caso de la asonada el artículo 469 del Código Penal lo establece como delito que

consiste en exigir de forma tumultuaria y violenta a la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones. En tal caso, el sujeto pasivo es el Estado y el sujeto activo es el colectivo. Esto no niega que se puede imputar de forma individual a los implicados.

En lo relacionado con las directrices y principios rectores para investigación y judicialización de actos delictivos que afectan el derecho a la protesta social, las directrices tienen que ver con: el cumplimiento de estándares mínimos de la investigación; el cumplimiento del enfoque diferencial con respecto a las poblaciones afectadas; la contextualización de la investigación; la diferenciación de fines ilícitos y su deslinde con respecto a la legitimidad de la protesta social pacífica; la especial consideración a situaciones de violación sistemática de derechos fundamentales; los límites al uso de la fuerza policiva; las pautas de actuación para garantizar los derechos a la integridad, la vida y la libertad; la activación de mecanismos de búsqueda urgente, los actos urgentes para preservar el acervo probatorio; los actos de investigación; las decisiones procesales; el principio de oportunidad; la competencia prioritaria de la justicia ordinaria para investigar y judicializar delitos cometidos en el marco de la protesta social y la excepcionalidad de la justicia penal militar, así como la competencia de la jurisdicción especial indígena.

En relación con los estándares mínimos, frente a delitos cometidos en el contexto de la protesta pacífica, se debe investigar y judicializar con base en los principios de debida diligencia y plazo razonable, lo que implica unidad de la actuación penal, lo que implica la intervención del fiscal encargado desde la indagación hasta el juicio, para garantizar integralidad. No deben existir retrasos injustificados. Se prohíbe el traslado de cargas probatorias o de impulso procesal a las víctimas o sus familias y los equipos de trabajo deben explorar todas las hipótesis investigativas de manera exhaustiva, con base en el derecho a conocer la verdad de las víctimas, en procura de la reparación.

Así mismo, se exige imparcialidad, debida diligencia reforzada en caso de delitos sexuales en contra de las mujeres priorizar la investigación de delitos cuando la víctima ejercía su derecho a protestar pacíficamente.

La Directiva es enfática en promover la investigación con enfoque diferencial, en relación con las personas y poblaciones afectadas por la protesta social por razones de edad, territorio, género, etnia, orientación sexual, situación de discapacidad u otra condición de vulnerabilidad. Esto implica reconocer necesidades específicas, con base en principios de dignidad humana igualdad y no discriminación y en observancia del enfoque diferencial. Así mismo, se debe priorizar el enfoque de género, el enfoque étnico, racial, la protección de la comunidad LGBTIQ+ y priorizar la investigación de delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes. Además, se debe tener en cuenta que la población indígena es sujeto de especial protección constitucional y esto implica tener en cuenta las particularidades especiales características de grupos étnicos y el multiculturalismo, en escenarios de protesta social. También, se deben desarrollar acciones prontas para garantizar los derechos de las víctimas, mediante mecanismos de justicia restaurativa, lo que implica conciliación preprocesal y mediación penal en el caso de delitos de baja lesividad, entre otros aspectos.

Se establece que la investigación de comportamientos delictivos en el marco de la protesta social, incluidos los actos de violencia no se deben investigar como casos aislados. Esto permite distinguir casos amparados por el derecho a la protesta de los que exceden su ejercicio y establecer posibles situaciones de exclusión de tipicidad; por ejemplo, eventuales actos de legítima defensa frente a agresiones iniciales actos cometidos por grupos reducidos luego de la dispersión de la mayoría de los manifestantes.

La finalidad de cometer delitos no se relaciona con el legítimo derecho a la protesta pacífica. En este caso, se citan ejemplos como el aprovechamiento de situaciones para cometer hurtos, traficar narcóticos o cometer agresión sexual. En tal sentido, los actos delictivos deben investigarse sin criminalizar la protesta social. El ejercicio de la acción penal debe tener en cuenta los contextos y comportamientos que vulneran de manera sistemática y reiterada el ejercicio de los derechos fundamentales a la protesta pacífica.

También hay directrices que rigen el uso de la fuerza pública, se modera la utilización de armas de fuego, solo para cuando otros medios resulten ineficaces y se debe guardar proporcionalidad, con base en el respeto de los derechos fundamentales de la población.

Así mismo, deben garantizarse los derechos a la libertad, la vida y la integridad y se deben verificar los procedimientos y cumplimiento de requisitos legales en casos de captura, aprehensión o traslado por protección.

Se enfatiza en la importancia de la legalización de capturas ante jueces de control de garantías y si se reciben denuncias acerca de delitos cometidos en el contexto de capturas, aprehensión o traslado por protección, en relación con presuntos excesos o extralimitaciones en procedimientos policiales se deben iniciar actos de investigación para determinar posibles conductas punibles. Por ejemplo, en relación con torturas, lesiones personales, detenciones arbitrarias y otros casos.

Se deben activar mecanismos de búsqueda urgente cuando se tengan indicios de presunta desaparición y adoptar medidas de protección de elementos materiales probatorios y evidencia física; se recomienda usar fuentes abiertas, tales como denuncias en redes sociales y cubrimientos noticiosos, entre otros, para conocimiento de posibles delitos. También, verificar las circunstancias fácticas de la protesta mediante uso de herramientas de reconstrucción del lugar de los hechos (video, cámaras de vigilancia, datos de personas que han presenciado los hechos, etc). Igualmente, se recomienda identificar posibles testigos con el fin de realizar entrevistas e interrogatorios, dejando constancia de los elementos de la esfera personal que se pueden solicitar para entrega voluntaria o mediante orden judicial.

Así mismo, se confiere relevancia a los actos y herramientas de investigación, para dar cuenta del contexto en que se desarrollan las acciones violentas objeto de investigación y las circunstancias previas que evidencian la inexistencia de conexidad entre la acción criminal y la participación ciudadana o entre aquella y el ejercicio legítimo del control de la protesta social.

Se plantea la importancia del trabajo de los equipos de investigación en el uso de actividades de policía judicial, con base en la Ley 906 de 2004 (código de Procedimiento Penal) y los medios de prueba cumpliendo los requisitos legales y motivos con fundamento razonable, para interceptación de comunicaciones, búsqueda selectiva en bases de datos allanamientos,

inspección del lugar de los hechos, retención de correspondencia, recuperación de información producto de transmisión de datos.

En las decisiones procesales la directriz plantea la inadmisión de denuncias sin fundamento, en relación con hechos inocuos, intrascendentes o con base en noticias falsas. También, se refiere a la pertinencia del archivo del caso cuando no existen motivos para caracterizar el hecho como delito y la preclusión, según causales del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, cuando es imposible iniciar o continuar con la acción penal.

Se considera el principio de oportunidad teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, razonabilidad, necesidad e intervención mínima del derecho penal, y en con base en los fines del sistema penal oral acusatorio. Se tienen como causales del principio de oportunidad la reparación de las víctimas, para casos en que la pena privativa de la libertad no excede los seis años o pena principal de multa, siempre que se repare a víctima conocida e individualizada. Se aplica justicia restaurativa (conciliación y mediación penal), para casos de procedimiento penal abreviado y con pena mínima de prisión inferior a 5 años, siempre que el bien jurídico no rebase la órbita personal del afectado.

La sanción resulta innecesaria cuando es intrascendente el juicio, en contextos territoriales donde la desatención estatal atenta en contra de la dignidad humana o afecta los derechos fundamentales. También, se da el caso de afectaciones patrimoniales leves, en situaciones de daño de bienes colectivos reparados mediante acciones administrativas o mecanismos de justicia restaurativa. Tampoco procede cuando hay grave perjuicio social por acción penal; cuando la alteración del orden público puede llevar a situaciones de caos, en casos en que, si bien se cometen delitos, esto obedece a la exacerbación de los ánimos y no a determinaciones criminales. En estos casos, el proceso penal puede acrecentar la vulneración de los derechos que provocaron la protesta; se recomienda aplicar mecanismos de justicia restaurativa.

Se enfatiza en la prelación de la justicia ordinaria sobre la justicia penal militar, para los delitos relacionados con actos delictivos que afectan los derechos humanos y se plantea la

excepcionalidad de la justicia penal militar que solo se activa cuando en el sujeto activo concurren los elementos subjetivo y funcional del fuero penal militar y hay relación del delito con el servicio, lo que lleva a determinar si compete a la justicia ordinaria o a la penal militar en casos de extralimitación funcional, delitos de extrema gravedad (lesa humanidad) y duda con respecto a la relación con el servicio. Quien dirime es la corte Constitucional.

Finalmente, en la competencia de la jurisdicción especial indígena, en contextos de protesta social, la Fiscalía aplica los principios de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía. Los elementos determinantes de la competencia de esta jurisdicción suceden cuando concurren lo subjetivo, lo territorial, lo objetivo y lo institucional. Es necesario que exista una declaración formal y expresa por parte de cada uno de los funcionarios judiciales, para que se entable el conflicto entre jurisdicciones. No basta con el pronunciamiento de una de las partes.

Cuando una persona indígena es investigada se debe aclarar su pueblo, su comunidad, la autoridad indígena que reconoce, así como los datos y la forma de comunicarse, para dar aviso acerca de la existencia del proceso penal.

Los Fiscales y el país cuentan con un ABC para el respeto al derecho a la protesta social pacífica y para intervenir de manera idónea y pertinente cuando los hechos y circunstancias se desarrollen de manera violenta.

Fuentes.

[1] Camargo Luz Adriana. Directiva 0001. Por la cual se reconoce, garantiza y protege el derecho a la protesta social. Fiscalía General de la Nación. Septiembre 10 de 2024. https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/DIRECTIVA-0001.pdf

[2] Orozco Tascón Cecilia. Directiva para el manejo de las protestas es ponderada: exministro Yesid Reyes. El Espectador. Septiembre 22 de 2004. https://www.elespectador.com/judicial/directiva-para-el-manejo-de-las-protestas-es-ponderad

a-exministro-yesid-reyes/

[3] Zapata Amorocho Mariana. Directiva sobre la protesta muestra más sesgos de la derecha que de la fiscal Camargo. La Silla Vacía. Septiembre 19 de 2024. https://www.lasillavacia.com/silla-nacional/directiva-sobre-la-protesta-muestra-mas-sesgos-de-la-derecha-que-de-la-fiscal-camargo/

Albeiro Caro Fernández, Corporación Nuevo Arco

Foto tomada de: Agencia de Periodismo Investigativo