

Algunos comentarios sobre el proyecto de ley en materia penal frente al ejercicio del derecho a la protesta

Comentarios de la CCJ al proyecto de ley 281 de 2018 Cámara “*Por medio de la cual se toman medidas para garantizar la protesta pacífica y se crean tipos penales*”

1

El pasado 28 de noviembre el representante a la Cámara Víctor Manuel Ortiz Joya presentó ante el Congreso de la República una iniciativa legislativa que tiene como propósito adicionar tres artículos al Código Penal (Ley 599 de 200): Artículo 367 C, 367D. y 367E. De acuerdo a la exposición de motivos, el objetivo del proyecto es garantizar la protesta pacífica a través de la criminalización de ciertas conductas.

Desde la Comisión Colombiana de juristas, en adelante CCJ, comprendemos que el mencionado proyecto de ley es relevante para generar una discusión sobre la garantía constitucional al derecho fundamental a la protesta social, así como sobre los medios adecuados para lograr una regulación eficiente y respetuosa de su ejercicio con el propósito de respetarlo, garantizarlo y protegerlo. Sin embargo, teniendo en cuenta que la protesta social es una de las manifestaciones más relevantes de la libertad en un Estado democrático, consideramos necesario escrutar rigurosamente el proyecto, en tanto, por su naturaleza penal, entraña importantes riesgos para el ejercicio de un derecho fundamental, vinculado de forma expresa con la cláusula de libertad de expresión.

Por esta razón, formulamos algunos elementos del marco normativo a nivel internacional y nacional sobre la protesta para nutrir el debate legislativo con un contenido de diametral importancia en su regulación. Posteriormente, presentamos cuatro consideraciones sobre el proyecto. En la primera llamamos la atención sobre la racionalidad legislativa en materia penal con el objetivo de que se identifique la necesidad de tipificar nuevas conductas, identificar sus consecuencias frente al estado de hacinamiento del sistema penitenciario y presentar sus riesgos frente al ejercicio de un derecho fundamental. En la segunda, presentamos las expresiones confusas que tiene el proyecto y las razones de su inconveniencia. Finalmente, en las consideraciones tercera y cuarta, presentamos algunos reparos específicos frente a la constitucionalidad de los artículos 367D y 367E.

1. Límites internacionales y nacionales para la regulación del derecho a la protesta social.

El derecho internacional establece un estándar en la regulación del derecho a la protesta social¹. El artículo 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

¹ Las fuentes jurídicas de dicho estándar se encuentran en las siguientes normas: el artículo 20 de la Declaración Internacional de Derechos Humanos que protege la libertad de reunión y asociación pacífica; el artículo 21 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en donde se establece que las personas dentro de los Estados Americanos que tienen derecho a asociarse en manifestaciones públicas; el artículo 21 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, en donde se establece

establece que las restricciones a la protesta social solo son admisibles bajo un estricto concepto de necesidad en una sociedad democrática. Esta misma restricción aparece en el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Civiles y Políticos, adicionando que las restricciones son admisibles únicamente cuando persigan la salvaguarda de la seguridad nacional, el orden público, la salud, la moral pública, o los derechos y libertades de los demás. Este marco normativo supone que las regulaciones al derecho a la protesta social deben tratarse con sospecha, aún más cuando comportan medidas restrictivas o penales². La sospecha se funda en que las regulaciones muchas veces implican obstáculos desproporcionados para el ejercicio del derecho a la protesta social o, implícita o explícitamente, buscan desincentivarlo a través de la criminalización de los manifestantes.

En el ámbito nacional, la Constitución Política establece en los artículos 20 y 37 la cláusula general de libertad de expresión y la garantía constitucional de reunión y manifestación pública y pacífica, respectivamente. Estos artículos constituyen la fuente formal de la protesta social. Ahora bien, en el plano material se presentan permanentemente desafíos asociados al ejercicio del derecho, como el fomento de las condiciones de tolerancia, respeto y libertad de la ciudadanía y las autoridades, y a la necesidad de aumentar la comprensión sobre su relevancia en un Estado democrático.

Así las cosas, su ejercicio está ligado con un valor y principio que es transversal a toda la Constitución, como lo es la democracia participativa. La estrecha relación entre ambos nace del paradigma democrático de la misma Constitución, bajo el cual, uno de canales de expresión de las inconformidades políticas es la manifestación pública y pacífica de los ciudadanos en espacios públicos y a través de movilizaciones. De esta forma, la vinculación de un ciudadano a la protesta social comporta un ejercicio de libertad, como un principio básico de la democracia y, siendo derecho es individual, su ejercicio puede ser de carácter colectivo³.

Este derecho ha sido reconocido por la Corte Constitucional como una de las manifestaciones⁴ que tiene la libertad de expresión⁵ y un medio para ejercer los

un criterio de necesidad a las restricciones a la protesta social en el marco de la sociedad democrático; el artículo 15 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la cual se establecen unas razones específicas que fundamental los límites al ejercicio del derecho a la protesta, como la seguridad nacional o el orden público; el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965; y el artículo 15 de la Convención sobre los derechos del Niño. Entre otros. Si desea acceder a una compilación normativa comprehensiva sobre el tema vaya al siguiente link: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2015/04/PROTESTA-SOCIAL.pdf>.

² En el 2014 la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, manifestó preocupación sobre las prácticas para asegurar la promoción y protección de los derechos en contexto de manifestaciones pacíficas. Una de las principales preocupaciones eran medidas de que criminalizaban la protesta social. Si desea profundizar vea: A/HRC/25/32, 29 de enero de 2014.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. La misma sentencia hace una referencia al siguiente trabajo: Goig Martínez Juan Manuel, “El Molesto Derecho de Manifestación” en *Revista de Derecho UNED*, Núm. 11, 2012.

⁴ La primera referencia jurisprudencia de la Corte Constitucional se consigna en la sentencia C-024 de 1994, MP. Alejandro Martínez Caballero.

⁵ Corte Constitucional, sentencias C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. A través de la protesta se ejercen derechos asociados a la libertad de expresión como: la

derechos políticos⁶. Además, se presenta en el ejercicio de otros derechos constitucionales como la libertad de locomoción (art. 24 de la CP), asociación (artículo 38 de la CP) y participación en los asuntos públicos (artículos 2 y 40 de la CP).

Ahora bien, entendiendo que es razonable la existencia de tensiones entre el ejercicio del derecho a la reunión y la manifestación pública con el mantenimiento del orden público, bajo un concepto amplio de este, es necesario que las autoridades tengan en cuenta que ninguna medida que se adopte debe desbordar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, o establecer restricciones que conduzcan a la imposibilidad de ejercicio real del derecho.

Sobre dicho aspecto, la Corte Constitucional ha señalado que: *“(...) la Constitución no determinó en forma expresa los valores o derechos que deben protegerse para justificar las limitaciones al derecho de reunión y manifestación, sino que otorgó una facultad general al legislador para determinar los casos en los cuales se puede limitar su ejercicio, será tarea de los jueces estudiar las limitaciones constitucionalmente aceptables, mediante la creación de fórmulas de equilibrio que permitan conciliar el libre ejercicio del derecho y el orden público, así como armonizar los conflictos del derecho de reunión y manifestación de ciertas personas con el ejercicio de los derechos fundamentales de los demás. Generalmente las limitaciones al ejercicio del derecho de reunión y manifestación se encuentran vinculadas al mantenimiento del orden público. Con el fin de evitar posibles arbitrariedades se han establecido criterios para calificar las hipótesis de hecho en las cuales se justifica disolver o impedir el desarrollo de una reunión. En líneas generales estos criterios deben estar dirigidos exclusivamente a evitar amenazas graves e inminentes. Por lo general, es insuficiente un peligro eventual y genérico, un simple temor o una sospecha. La naturaleza del derecho de reunión, en sí mismo conflictivo, no puede ser la causa justificativa de normas limitativas del mismo. No se puede considerar el derecho de reunión y manifestación como sinónimo de desorden público para restringirlo per se”* (subraya fuera del texto original).

Así las cosas, dentro de un régimen jurídico pluralista que privilegia la participación democrática, la protesta social tiene como función democrática llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades⁸.

libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la libertad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa, entre otros.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-456 de 1992, MP. Jaime Sanín Greiffenstein. Reiterado en sentencias C-024 de 1994 y C-742 de 2012.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa. Reiterado en la sentencia C-007 de 2018.

Además, el derecho a la reunión, manifestación y protesta tiene como ámbito de protección la aglomeración de personas, con fines comunes, cuyo fin es manifestarse en ejercicio de la libertad de expresión frente al funcionamiento del Estado, incluyendo el control político, el gobierno, el poder legislativo o judicial; a través de la presión en la calle y mediante un actuar pacífico y sin armas⁹.

Así, ha dicho la Corte Constitucional que con el objetivo de fortalecer la democracia en el Estado se incorporó una dimensión participativa compuesta por la decisión ciudadana directa en la composición del poder público y por el control de las actuaciones de las instituciones, todo lo cual puede ser ejercido por medio del voto o de las acciones constitucionales, pero también por la presión ciudadana a través de mecanismos no cobijados por procesos tradicionales, sino por la acción colectiva en las calles¹⁰.

Dichas formas de control de las actuaciones dependen esencialmente de la confianza o no que exista frente a las instituciones o autoridades; de la consistencia frente a la legitimidad de la actuación del Estado y la respuesta ciudadana; y de la relación con otros derechos como la participación ciudadana, el ejercicio de facultades públicas y la participación política, o la libertad de expresión y la manifestación pública. En esa medida, el control por presión ciudadana implica también un ejercicio de libertad de expresión y de opinión, es decir, la libertad que tiene todo ciudadano de manifestarse y construir una percepción sobre el funcionamiento del Estado¹¹.

(i) Racionalidad legislativa en materia penal frente al derecho a la protesta social.

Desde las sentencias T-153 y T-606 de 1998 la Corte Constitucional declaró el Estado de Cosas inconstitucional¹² en materia carcelaria¹³. Una de las razones para esta declaratoria fue el análisis de las alarmantes condiciones materiales en los centros penitenciarios y carcelarios del país. Particularmente, la tasa de hacinamiento¹⁴ en las instalaciones penitenciarias¹⁵ jugó un papel fundamental para motivar la declaratoria,

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-223 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.
¹⁰ *Ibidem*.
¹¹ *Ibidem*.
¹² En la sentencia T 025 de 2004 la Corte enumeró los factores que se deben tener en cuenta para determinar la existencia de un estado de cosas inconstitucional, siendo las siguientes: la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta un número significado de personas, la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; la adopción de prácticas inconstitucionales; la no expedición de medidas legislativas; la existencia de un problema social; y el hecho de que todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la tutela como mecanismo de protección de sus derechos.
¹³ La Corte Constitucional en la Sentencia T 267 de 2018 reconoce, de nuevo, la vigencia del Estado de Cosas inconstitucionalidad en materia carcelaria, con base, particularmente, en la persistencia del problema que se identificó en las sentencias de t 153 y t 606 de 2018.
¹⁴ La tasa de Hacinamiento se refiere al cómputo entre cupos penitenciarios y la población penitenciaria.
¹⁵ Las instituciones penitenciarias que motivaron la decisión de la Corte en 1998, fueron la Cárcel de Bellavista en Medellín y la Modelo de Bogotá.

porque las condiciones materiales en las cuales la población penitenciaria cumplía sus condenas no reflejaban las condiciones mínimas para el mantenimiento de la dignidad humana.

Según cifras de la Defensoría del Pueblo, para octubre de 2018, el sistema penitenciario oferta 80.203 cupos y tiene una población de 119.824 personas. Esto implica que había una tasa de hacinamiento de alrededor de 49,42% que probablemente no ha variado significativamente para la fecha actual¹⁶.

Las consecuencias de esto tienen una honda relevancia moral para el funcionamiento del Estado, especialmente con relación al artículo 12 de la Constitución que establece que nadie será sometido a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes¹⁷. El hacinamiento supone que las condiciones en las que se cumplen las penas vulneran la dignidad humana de la población penitenciaria en tanto restringen de forma grave presupuestos constitucionales que, aún en condición de reos, no se pueden limitar con tal intensidad. Especialmente la dificultad transversal de proveer condiciones mínimas para el mantenimiento de la dignidad humana, que se ven materializadas en la imposibilidad de acceder a espacios de locomoción, autocuidado e higiene mínimos, así como a la latente dificultad para la prestación de servicios de salud. Estas condiciones materiales impiden que el fin resocializador de la pena se cumpla, al igual que plantean una encrucijada en tanto la población carcelaria, al sobrevivir en las condiciones descritas, estaría sufriendo una violación masiva de derechos humanos auspiciada por el Estado, quien tiene la tutela sobre dichas personas y, por ende, el deber de velar por sus derechos.

Esta contextualización general abre la puerta a una discusión sobre el papel del Congreso de la República en el hacinamiento carcelario y, por ende, del Estado de Cosas Inconstitucional en materia carcelaria. Por esta razón, entre otras, es necesario encausar la función del Congreso en una racionalidad legislativa en materia penal, lo que implica evaluar, en cada caso, la (i) estricta necesidad de incluir conductas penales, así como (ii) sus consecuencias para el estado actual del sistema penitenciario y, en este caso, (iii) las posibles restricciones que suponen para el ejercicio de derechos fundamentales como, en este caso, el derecho a la protesta social.

En este primer punto, es necesario evidenciar que las conductas que propone el proyecto suponen una duplicidad de tratamiento sancionatorio, incluyendo el penal, ya que actualmente existen otros tipos penales y prohibiciones que permiten la

¹⁶ Otra forma para leer esta cifra es la siguiente: para Elias Carraza (2012) existe sobrepoblación carcelaria cuando la población penitenciaria excede su capacidad real, es decir que está funcionando a más del 100%. Cuando esta cifra alcanza el 120% la situación es crítica. Si se aplica este indicador, la situación del sistema penitenciario estaría más allá de este porcentaje, alrededor del 132%.

¹⁷ Este artículo, además, se ve reforzado por un fuerte marco legal internacional. Por ejemplo, el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. De igual forma, este artículo también se ve homologado en el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José.

sanción de comportamientos asociados a los daños en bien ajeno o sobre bienes públicos.

Frente al segundo punto, los artículos 367D Y 367E amplían los márgenes del poder punitivo del Estado a conductas que no tienen una suficiente relevancia penal y que pueden tener serias implicaciones frente al estado de hacinamiento carcelario, en tanto son prácticas comunes dentro del ejercicio legítimo de la protesta pacífica.

Frente el tercer punto, es necesario considerar que la construcción de tipos penales que desincentivan el ejercicio legítimo de un derecho fundamental es una práctica que atenta contra garantías constitucionales y por ende resulta, de facto, sospechosa a la luz de los principios constitucionales y del derecho internacional público. Esta sospecha es importante evidenciarla en tanto, si se busca la regulación de un derecho fundamental, es necesario optar por medidas que permitan tal resultado, como la construcción de una ley estatutaria y no por la ampliación de la baraja de delitos. Pues este tipo de medidas resultan desproporcionadas y a todas luces irracionales para el fin que dice perseguir. De esta forma, es evidente que la inclusión de las reformas penales no es necesaria, que tienen consecuencias adversas frente al estado actual del sistema penitenciario, y que imponen límites desproporcionados al ejercicio de un derecho fundamental. Lo que, en otras palabras, implica que este proyecto no sigue una racionalidad legislativa en materia penal y por ende no es aconsejable que se continúe con su trámite legal.

Adicionalmente, es importante señalar que no es razonable equiparar la protesta social a los disturbios públicos, pues las protestas suponen, intrínsecamente, ciertas incomodidades para la población que no participa directamente en ellas; o bien, que las autoridades perciban en su desarrollo algunas dificultades para preservar el funcionamiento cotidiano de las cosas públicas. Pero nada de ello permite concluir que la protesta social se encuentra en el mismo plano jurídico y constitucional que los disturbios públicos¹⁸.

(ii) Expresiones complejas o confusas dentro de la redacción del proyecto de ley.

Además de los problemas anotados, los tres artículos presentan dificultades estructurales en su contenido que pueden ser identificables, por ejemplo, a través de los aspectos que se plantean a continuación:

Artículo 367C. Las expresiones “atente”, “coparticipación criminal” (parágrafo 1), “ocultamiento de su rostro total o parcialmente” y “dificulte su identificación” “parágrafo 2”, “Sustancias corrosivas o similares” (parágrafo 3)

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-007 de 2018, M.P. Diana Fajardo Rivera.

Esta expresión es un verbo rector de la conducta. Sin embargo, adolece de claridad sobre los diferentes actos que puede cobijar, en tanto, la palabra *atentar* incluye diversos actos como la agresión, la vulneración, la afectación y la disminución que dificultan la correcta identificación de la conducta aplicable.

Por su parte, la expresión “coparticipación criminal” confunde dos modalidades de participación dentro de la dogmática penal: (i) la participación y la (ii) la coautoría. Ambos conceptos dogmáticos implican elementos diferentes para la tipificación de la conducta y de la expresión no se infiere claramente cuál de los dos hace aplicable el párrafo. En el caso de participación, por ejemplo, el aporte del partícipe a la consumación del acto criminal no es esencial, pero si necesario para la configuración del tipo. Mientras que, en el caso de la coautoría, el aporte del coautor es esencial y necesario para la consumación del ilícito.

En relación con la expresión “ocultamiento”, elementos como unas gafas, tapabocas, pañoletas, sombreros, bufandas, etc., pueden sugerir la aplicación de la norma sin que ello suponga una intención de dificultad de identificación.

Además, sobre la expresión “corrosivas o similares”, debe señalar que ambas expresiones resultan demasiado abiertas para identificar qué tipo de elementos caben dentro del agravante. Los tipos más comunes de sustancias corrosivas son Ácidos y bases¹⁹. Sin embargo, hay otras sustancias corrosivas como el flúor que está presente en cierta cantidad en elementos de uso diario como las cremas dentales, por lo que no tiene límites claros. Adicionalmente la expresión “similares”, atendiendo el principio de extrema taxatividad²⁰ de la ley penal es a todas luces inadecuada dentro de la técnica legislativa para la formulación de tipos penales.

Po su parte, la redacción del párrafo 4 resulta especialmente confusa en tanto no se sabe si el agravante se aplica porque el valor del bien supera los 500 salarios mínimos; o sí, por el contrario, es aplicable cuando el daño se tasa en ese valor.

Artículo 367D.

Las expresiones “estímule” e “incite” son verbos rectores de la conducta. Sin embargo, en su aplicación, resulta difícil identificar qué tipo de actos específicos responden con

¹⁹ Los ácidos fuentes más comunes son: ácido sulfúrico, ácido nítrico y ácido clorhídrico; mientras que las Bases más comunes son elementos cáusticos o metales alcalinos.

²⁰ A diferencia de otros tipos de legislación en donde son admisibles referencias abiertas, en el derecho penal, dado que la ley funge como garantía material de la ciudadanía ante el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no es admisible realizar referencias abiertas. A esto se llama extrema taxatividad de la ley penal.

claridad a estos verbos. Tampoco es claro que actos permiten estimular o incitar ni qué grado de estimulación o incitación es necesaria para la aplicación del artículo.

Además, no es claro cuál es el contenido de la expresión selectiva ni general. En términos prácticos la movilización ciudadana responde siempre a una selección de espacios públicos en donde se manifiestan abiertamente quienes participan en la protesta. Esta selección, que esta cobijada constitucionalmente, es un ejercicio evidente de la manifestación pública. Lo mismo pasa con la expresión “general”, en tanto resulta confuso como cuál es su ámbito de aplicación práctica.

Este artículo plantea un serio problema práctico para el ejercicio del derecho fundamental de la protesta social. En principio los verbos rectores de “promueva, ayude, financie, facilite, estimule, incite, induzca o proporcione” tienen un alto grado de vaguedad que coartan intensamente el ejercicio de la libertad de expresión y proponen un nuevo paradigma de responsabilidad penal por los daños en propiedad pública y privada que se den en el marco de protestas sociales.

La dosis de vaguedad deviene de la dificultad de inducir un nexo causal entre la consecución de estas conductas y aquellas penalizadas en el artículo 367C, que comportan daños materiales a bienes públicos o privados. La dificultad consiste en establecer si las conductas que cobija este tipo penal, para su aplicación, dependen de que efectivamente se presenten los daños materiales, o sí, por el contrario, se aplican de forma autónoma.

Si se acoge esta primera visión implica que el tipo penal se aplicaría sin distinción para personas que promuevan manifestaciones públicas en las cuales pueda sugerirse la generación de daños materiales, de tal forma que la responsabilidad penal se trasladaría de las personas que materialmente ejecutaron los actos de detrimento a quienes por distintos motivos promovieron el escenario en que se dieron dichos daños; mientras que, si se acoge la segunda visión, se criminalizarían actos de convocatoria a manifestaciones públicas aun cuando no se hayan verificado los actos que penaliza el artículo 367C.

Ambas interpretaciones restringen desproporcionadamente el ejercicio de un elemento fundamental dentro de la Constitución Política: la libertad para promover ideas políticas y manifestaciones públicas sobre estas. La vida política dentro de una democracia constitucional y participativa (Artículo 1 y 2 de la Constitución Política) no se restringe a los canales institucionales en los que usualmente se manifiesta el poder político, sino que se amplía a otros ámbitos dentro de la vida cotidiana de los ciudadanos y, por ende, se extiende a actos de convocatoria, publicidad y financiación de manifestaciones y protestas públicas.

Estos actos se cobijan dentro del núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión, en tanto hacen parte de la triple función que, de acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos²¹, cumple la libertad de expresión en una democracia: (i) asegura el derecho de toda persona a pensar por cuenta propia y manifestarlo libremente; (ii) fortalece el funcionamiento de los sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos mediante el fomento y la libre circulación de ideas y opiniones; y (iii) es una herramienta clave para el ejercicio de otros derechos fundamentales en tanto se vincula con la libertad religiosa, la educación, la identidad étnica, etc.

En el ejercicio del derecho a la protesta es posible que se presenten alteraciones del carácter pacífico producidas por personas externas, como provocadores o contramanifestantes, que pretendan perturbar o dispersar tales reuniones²² y corresponde al Estado mantener las condiciones para el ejercicio del derecho sin que recaigan sobre los que realizan la convocatoria las condiciones de preservación de los elementos alterados. En consecuencia, cualquier medida adoptada por las autoridades debe estar dirigida a la garantía del derecho y no a su restricción, caso en el cual debe aplicar criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En tal punto el Relator Especial recomienda a los Estados que *“la prohibición debe ser una medida de último recurso y las autoridades podrán prohibir una reunión pacífica únicamente cuando una medida menos restrictiva resulte insuficiente para lograr los objetivos legítimos de las autoridades”*²³.

Así las cosas, de acuerdo con los pronunciamientos realizados por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas, cargo creado por el Consejo de Derechos Humanos en el año 2010²⁴, mediante la resolución 15/21, el Estado debe tener en cuenta los siguientes elementos en la protección del derecho a la protesta:

- Las dudas sobre la legalidad de una protesta deben resolverse con la interpretación más favorable al ejercicio del derecho. En esa medida, tampoco puede presumirse la constitución de una amenaza para el orden público²⁵.
- La realización de una manifestación pacífica a lo sumo debería estar sometida a un procedimiento de notificación a la administración, para efectos logísticos, pero nunca a un régimen de autorizaciones. Esto incluye y protege las manifestaciones espontáneas²⁶.

²¹ Vea: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH. “Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión”, 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/>

²² *Ídem*, pár. 33.

²³ *Ídem*, pár. 39.

²⁴ Documento A/HRC/RES/15/21 del 6 de octubre de 2010.

²⁵ *Ídem*, pár. 49.

²⁶ *Ídem*, pár. 51-64.

- Las personas que ejercen el derecho a la protesta deben tener acceso a los espacios públicos, pues este es el medio idóneo y pertinente para llamar la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre los propósitos que los convocan²⁷. En esa medida, es necesario el uso de plazas, calles y demás espacios públicos.
- Las autoridades no deben interferir en el flujo de información sobre convocatorias a manifestaciones que transitan por las redes sociales gracias a las nuevas tecnologías, ya que estas “permiten a los organizadores movilizar a grandes grupos de personas en forma rápida y eficaz, y con muy bajo costo”²⁸.
- Debe existir un trato adecuado y proporcional de la responsabilidad que les es atribuible a los convocantes cuando se haya incurrido en infracciones al régimen del derecho a la protesta²⁹.

Esta relación estructural entre el derecho a la libertad de expresión³⁰ y la democracia, que se condensa en el ejercicio de la protesta pacífica, supone un especial cuidado ante proyectos de ley que tiene la potencialidad de truncar su ejercicio material. Dicho cuidado se manifiesta en un test de necesidad en donde se pueda establecer si el mecanismo que limita el ejercicio del derecho es admisible, en observancia de su relevancia constitucional. Bajo esta óptica es claro que el artículo 367D presenta una limitación desproporcionada para el ejercicio material de este derecho fundamental, en tanto criminaliza el ejercicio a la libre expresión al trasladar la responsabilidad penal de quien está vinculado materialmente a daños a propiedad pública o privada que se dan con ocasión de una protesta social a quien manifestó su apoyo, instó a otros ciudadanos, o prestó financiación al ejercicio del derecho fundamental de la protesta social, actos que están cobijados bajo el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Artículo 367E

La redacción de este artículo implica los siguientes problemas de constitucionalidad: en principio, el artículo constituye de facto una criminalización del ejercicio de la protesta social pacífica por lo que vulneraría los artículos 20 y 37 de la Constitución, en tanto los verbos rectores de la conducta, es decir “incite, dirija, constriña, realice, o proporcione los medios para obstaculizar” afectan gravemente el ámbito de protección del derecho fundamental a la protesta social que, como lo establece la Sentencia C 090 de 2018, cobija la acción de reunión en un lugar público, así como de

²⁷ *Ídem*, pár. 66.

²⁸ *Ídem*, pár. 72.

²⁹ *Ídem*, pár. 77.

³⁰ Corte Constitucional, sentencias C-742 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa y C-650 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. A través de la protesta se ejercen derechos asociados a la libertad de expresión como: la libertad de pensamiento, la libertad de opinión, la libertad de informar, la libertad de recibir información, la libertad de fundar medios de comunicación, la libertad de prensa, entre otros.

movilización de un punto a otro. Bajo esta última modalidad, cabe dentro de las circunstancias que cobija el ejercicio de este derecho el bloqueo temporal de vías o infraestructura pertenecientes al servicio público de transporte. En consecuencia, el artículo, al criminalizar en todo caso esta acción estaría suprimiendo de facto el ejercicio de este derecho y, por ende, vulnerando la Constitución Política.

El artículo también plantea un requisito inconstitucional y desproporcionado para el ejercicio del derecho fundamental a la protesta social, consistente en una autorización por parte de la autoridad administrativa para su ejercicio. La Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que la regulación de derechos que se derivan del artículo 37 de la Constitución, en tanto tiene un carácter fundamental, no puede estar sujeta a autorizaciones administrativas, aun cuando es admisible en ciertas situaciones que se realicen comunicaciones entre quienes ejerciten el derecho y autoridades administrativas previo a su ejercicio, cuyo objetivo es la salvaguarda de valores importantes constitucionalmente como la seguridad de los manifestantes y el conocimiento de la ciudadanía sobre las rutas de la movilización. Sin embargo, esta comunicación no responde en ningún caso a una autorización. En palabras de la Corte:

“Finalmente, cabe enfatizar que la jurisprudencia ha sido clara en establecer que, en tanto libertades, la regulación de los derechos que se derivan del artículo 37 de la Constitución no puede estar sujeta a autorizaciones, aun cuando se han permitido avisos en los eventos en los cuales esas manifestaciones se ejercen en lugares de tránsito público, con fundamento en la salvaguarda de valores importantes como la seguridad de los manifestantes, entre otros. Sin embargo, tal aviso no tiene la calidad de una autorización, puesto que, por tratarse de un derecho de libertad, éste no puede limitarse injustificadamente”³¹.

Finalmente, la regulación de derechos fundamentales tiene reserva de ley estatutaria así que cualquier disposición que regule el ejercicio del derecho a la protesta social debe ser aprobada bajo los procedimientos legislativos adecuados y, además, cumplir a cabalidad con los contenidos constitucionales en juego que exigirían que la regulación permitiera el respeto, garantía y proyección de los derechos y no su limitación o reducción.

De acuerdo con lo anterior, se debe anotar adicionalmente que las restricciones en el ejercicio del derecho a la protesta fortalecen la marginación y exclusión social que conducen a la imposibilidad en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.

Por esta razón y con el propósito de ilustrar la importancia del derecho a la protesta social, a continuación incorporamos los diez aspectos que fueron señalados por el

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-090 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Núm. 35.

Relator Especial sobre el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas³², en conjunto con el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, acerca de la gestión adecuada de las manifestaciones con el propósito de consolidar un decálogo de elementos exigidos en el plano internacional por parte de los Estados:

- i. **Los Estados deben respetar y garantizar todos los derechos de las personas que participen en protestas, lo que significa que deben establecer, facilitar y proporcionar condiciones necesarias para su disfrute. Especialmente, se deben adoptar medidas para proteger los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad o discriminación.**
- ii. Todas las personas tienen el derecho inalienable a participar en protestas pacíficas, por lo que **existe una presunción a favor de la legalidad de su ejercicio**. El ejercicio del derecho comprende la posibilidad de planificar, organizar, promover y anunciar su realización. El derecho es ejercido por cada persona, sin importar cuántas de ellas hagan parte de la protesta, y **cualquier actuación contraria a la ley (especialmente su carácter pacífico) debe atribuirse a su responsable y no a quienes se encuentran en el plano de la legalidad.**
- iii. Toda restricción que se imponga a las reuniones pacíficas deberá cumplir las normas internacionales de derechos humanos. En esa medida, **solo deben presentarse restricciones de carácter excepcional, dispuestas en la ley, si son necesarias y proporcionadas**. Igualmente, las reuniones son un uso legítimo del espacio público como las actividades comerciales o el tránsito de vehículos y peatones, y en ellas debe expresarse libremente el mensaje elegido.
- iv. Los Estados facilitarán el ejercicio del derecho de reunión pacífica realizando las actividades de planificación y gestión necesarias. Esto incluye, la **capacitación a los funcionarios públicos encargados de gestionar las manifestaciones con un enfoque de derechos humanos**.
- v. **No deberá emplearse la fuerza** a menos que sea estrictamente inevitable y, en caso de emplearse, deberá hacerse con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos. Esta protección incluye a quienes participan en la protesta, los observadores de esta y los transeúntes. Cualquier actuación que signifique el uso de la fuerza debe cumplir con los principios de legalidad (tener una razón establecida en la ley claramente), precaución (debe evitarse y si es inevitable hay que minimizar sus efectos), necesidad (solo si es necesario y en caso de serlo debe restringirse al tipo y grado de fuerza proporcional), proporcionalidad (equilibrio entre daño y beneficio)

³² Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación*, documento A/HRC/32/36 del 10 de agosto de 2016.

- y rendición de cuentas (debe promoverse la presentación de informes sobre la actuación adelantada por las autoridades para la gestión de las protestas, lo que incluye la revisión de los incidentes presentados).
- vi. Todas las personas disfrutarán del derecho a observar, fiscalizar y grabar las reuniones. Esto incluye la obtención, verificación y utilización inmediata de elementos para atender situaciones que afecten los derechos humanos.
 - vii. La obtención de datos personales en relación con los participantes en una protesta no debe suponer una intromisión inaceptable en el derecho a la intimidad u otros derechos. Grabar a los participantes, en un contexto que resulte intimidatorio o un hostigamiento, constituye una injerencia inaceptable para el ejercicio del derecho.
 - viii. Todas las personas tienen derecho a acceder a la información relacionada con las reuniones bajo el principio de máxima divulgación.
 - ix. Las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en el contexto de las reuniones, por lo que sus conductas deben evitar provocar o contribuir a provocar efectos negativos contra los derechos humanos.
 - x. El Estado y sus órganos deberán rendir cuentas de sus actos en relación con las reuniones, lo que incluye el deber de proporcionar recursos administrativos y judiciales adecuados, efectivos y rápidos frente a vulneraciones de los derechos de los participantes; el deber de investigar cualquier acusación sobre la indebida gestión de las manifestaciones o las vulneraciones de derechos humanos; y la imposición de sanciones a las autoridades del Estado responsables.

Por las razones expuestas, le sugerimos respetuosamente al Congreso de la República que, para garantizar y proteger el goce y disfrute del derecho fundamental a la protesta, vinculado directamente con los derechos de reunión, asociación u libertad de expresión, archive el proyecto de ley, alentándolo para que continúen el debate sobre la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos la cual ha sido establecida por la Corte Constitucional como eje definitorio y pilar esencial de nuestra Constitución.

Comisión Colombiana de Juristas
30 de abril de 2019