

Concepto de la Comisión Asesora de Política Criminal sobre la **Directiva de la Fiscalía General de la Nación en materia de protesta social pacífica**^{*}

Octubre de 2024

La regulación de la respuesta estatal frente a la protesta social en un Estado constitucional requiere lograr un delicado equilibrio entre dos elementos en tensión. De un lado, la protección a la protesta social pacífica, que la Constitución en su artículo 37 reconoce como un derecho fundamental, a su vez ligada al ejercicio de otros derechos que, como las libertades de expresión, reunión, asociación y los derechos políticos, constituyen la savia de un orden democrático, a tal punto que ciertos constitucionalistas han caracterizado a la protesta como el primero de los derechos, por cuanto es el derecho que nos permite defender nuestros otros derechos¹. De otro lado, la garantía de la libre circulación y otros derechos fundamentales y bienes jurídicos que pueden verse afectados por el ejercicio de la protesta, debido al carácter potencialmente disruptivo que en ocasiones puede tener esta forma de expresión política. Cuando esta disrupción del orden público excede el riesgo permitido y genera una afectación desproporcionada de los derechos de terceros, se transgrede el ámbito cubierto por la protección constitucional de la protesta y las autoridades deben intervenir para armonizar el derecho a la protesta con los derechos de terceros.

Pero hacer frente a este exceso no implica necesariamente el uso de la fuerza ni del poder punitivo. En estos casos, el Estado puede ejercer su poder de policía, utilizando en lo posible medios no violentos antes de acudir al uso proporcional de la fuerza. Como ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las autoridades policiales deben promover espacios de concertación incluso frente a los excesos de quienes protestan, no solo para evitar afectaciones al derecho a la protesta, sino por cuanto «los abordajes centrados en el diálogo y la negociación son más efectivos para la gestión de las protestas y prevenir hechos de violencia». Por eso las autoridades deben «habilitar canales de interlocución genuinos con los manifestantes a fin de gestionar, por un lado, los aspectos formales de la acción de protesta (uso del espacio público, duración, etc.) y, por

^{*} La Comisión Asesora de Política Criminal (CAPC), creada por los artículos 19 y 20 del Decreto 2055 de 2014, es un organismo consultivo del Estado, en especial del Ministerio de Justicia y del Consejo Superior de Política Criminal, que está integrada por diez académicos de reconocida idoneidad en el tema, nombrados por un periodo de dos años y quienes actúan en forma independiente. Sus integrantes no son funcionarios del gobierno y prestan sus servicios sin ninguna remuneración (ad honorem). En la actualidad, la CAPC está integrada por Rodrigo Uprimny Yepes (presidente), Mónica Cifuentes Osorio (vicepresidenta), Luisa Fernanda Cano Blandón, Marcela Gutiérrez Quevedo, Miguel Emilio La Rota Uprimny, María Victoria Llorente, Gloria Patricia Lopera Mesa, Iván Orozco Abad, Mauricio Pava Lugo y Carolina Villadiego Burbano.

¹ Ver Gargarella, Roberto. 2005. *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Buenos Aires: Adhoc

otro, canalizar las demandas hacia los canales institucionales pertinentes»². En caso de que esos canales no operen, pueden las autoridades usar la fuerza policial en forma proporcionada y acudir, como *última ratio*, al derecho penal que, en tanto recurso extremo, debe usarse de forma ponderada.

La Directiva 01 emitida por la Fiscalía General de la Nación (FGN) el 10 de septiembre de 2024, “por la cual se reconoce, garantiza y protege el derecho a la protesta social pacífica”, logra un equilibrio adecuado entre estos elementos y, al hacerlo, sitúa el fiel de la balanza en posición vertical. Este instrumento no legitima la protesta violenta ni deja inermes a los servidores públicos para contenerla y sancionar sus excesos. Al contrario, como en el pasado ya lo hizo la misma institución al expedir la Directiva 08 del 27 de marzo de 2016³ y, desde un enfoque distinto, la Directiva 02 del 4 de junio de 2021⁴, la Directiva 01 de 2024 recoge y sintetiza un conjunto de estándares normativos previstos en la Constitución, en los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia⁵ y en la legislación interna, los cuales han sido interpretados y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁶, la Corte Suprema de Justicia⁷ y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸. Con fundamento en este entramado normativo, la Directiva 01 condensa el conjunto de principios rectores que deben guiar el uso de la fuerza pública y ofrece pautas claras para que las y los fiscales y agentes de policía judicial orienten su labor de investigación y judicialización de actos delictivos que puedan llegar a presentarse en el curso de la protesta social.

Estas pautas se desarrollan en los cuatro capítulos que integran la Directiva 01. El primero de ellos, referido a los principios y fundamentos de la protección a la protesta social pacífica (directrices 1 a 5), reitera el carácter fundamental de este derecho y precisa su ámbito legítimo de protección; pero

² Ver CIDH. 2019. *Protesta y derechos humanos*. Washington: CIDH. Acceso el 29 de septiembre 2024: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

³ “Por medio de la cual se establecen lineamientos generales con respecto a delitos en los que se puede incurrir en el curso de la protesta social”.

⁴ “Por medio de la cual se establecen lineamientos para la investigación y judicialización de delitos cometidos en el marco y con ocasión de la protesta social y se fijan otras directrices”.

⁵ Entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁶ Entre, otras, en las sentencias C-397 de 1997, C-296 de 2002, C-575 de 2009, C-742 de 2012, C-438 de 2013, C-281 de 2017, C-342 de 2017, C-009 de 2018,

⁷ En particular, la Sentencia CSJ, Sala de Casación Civil, STC7641-2020, rad. 11001-22-03-000-2029-02527-02, de 22 de septiembre de 2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, así como la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en materia de autoría y sus dispositivos amplificadores, concierto para delinquir, violencia contra servidor público, entre otros.

⁸ Tales como los criterios fijados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE), “Protesta y Derechos Humanos. Estándares sobre los derechos involucrados en la protesta social y las obligaciones que deben guiar la respuesta estatal de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” (OEA/Serv.L/V/II CIDH/RELE/INF 22/19, septiembre de 2019); las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *El Caracazo vs Venezuela* (2002); *Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) vs Chile* (2014); *López Lone y otros vs Honduras* (2015), entre otras.

también se refiere a sus límites, que deben estar previstos en la ley y ser aquellos necesarios en una sociedad democrática para garantizar la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de los demás. La Directiva deja claro que ni la protesta violenta ni la comisión de delitos hacen parte del ámbito de protección del derecho a la protesta y podrán dar lugar al ejercicio de la acción penal por parte de la FGN. Sin embargo, precisa que la intervención penal se efectuará con apego a los principios de legalidad, proporcionalidad, necesidad, subsidiariedad, pro libertad y pro persona, no discriminación, así con el principio de distancia deliberativa, de acuerdo con los límites de la protesta social.

Los capítulos 2 (directrices 6 y 7) y 3 (directrices 8 a 15) contienen lineamientos para el ejercicio del poder punitivo cuando ocurren hechos con característica de delito en el curso de la protesta social. Establece un conjunto de límites que operan tanto frente a la investigación de los delitos contra la protesta social como aquellos que llegaren a ser cometidos por quienes participan en ella. Estos capítulos sintetizan un conjunto de reglas en materia de autoría, coparticipación y determinación de tipicidad estricta, previamente establecidas por la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como los límites establecidos por la jurisprudencia constitucional en relación con la aplicación de los tipos penales de obstrucción de vías, perturbación del servicio de transporte y otros que pudieran llegar a ser aplicables en el marco de la protesta social. Sobre la base de estas reglas, la Directiva 01 delimita el ámbito de aplicación de los tipos penales de violencia contra servidor público, daño en bien ajeno y asonada, y establece lineamientos para una interpretación restrictiva de los tipos penales de privación ilegal de libertad, detención arbitraria o abuso de autoridad.

Entretanto, el capítulo 4 (directrices 16 a 31) contiene directrices y principios rectores para la investigación y judicialización de actos delictivos que afectan el derecho a la protesta social. En este punto, la Directiva enfatiza que la investigación y judicialización debe efectuarse con apego estricto a los principios de debida diligencia y plazo razonable, investigación exhaustiva, imparcial y atenta al contexto de los hechos; la prohibición de trasladar cargas probatorias o impulso procesal a las víctimas y sus familiares. Asimismo, prescribe la aplicación de enfoques diferenciales étnico y de género, la debida diligencia reforzada en la investigación de delitos constitutivos de violencia sexual contra las mujeres y la priorización de investigaciones en delitos contra la vida, la integridad personal y libertad cometidos contra personas que ejercían su derecho a protestar pacíficamente. De igual manera, plantea la adopción de mecanismos para procurar el restablecimiento inmediato de los derechos de las víctimas de los delitos cometidos en el marco de la protesta social y la aplicación de herramientas de justicia restaurativa.

La Directiva 01 dispone que se active el mecanismo de búsqueda urgente cuando exista indicio de una presunta desaparición; se realicen los actos urgentes necesarios para evitar la pérdida, destrucción o alteración de elementos materiales probatorios y evidencia física, y se desplieguen todas las herramientas de investigación, actividades de policía judicial y de análisis criminal tendientes a esclarecer los presuntos hechos delictivos ocurridos en el marco de protestas sociales; además, precisa

las causales de aplicación del principio de oportunidad que pueden cobrar especial relevancia en ese contexto. Reitera los criterios jurisprudenciales relativos a la competencia excepcional de la justicia penal militar para investigar y judicializar delitos en el marco de la protesta social y aquellos orientados a definir la competencia de la jurisdicción especial indígena.

Si bien la Directiva 01 se dirige principalmente a las funcionarias y los funcionarios de la FGN, también establece límites al uso de la fuerza policiva, reiterando que sus intervenciones deben respetar los principios de legalidad, razonabilidad, necesidad, proporcionalidad y los derechos fundamentales de la población. Enfatiza que no se puede violar el derecho a la vida de los manifestantes con el pretexto de mantener la seguridad pública y que los procedimientos que restringen la libertad, entre ellos la captura, la aprehensión o el traslado por protección, deben cumplir con los requisitos legales.

Por todo lo anterior, la Comisión Asesora de Política Criminal valora positivamente la Directiva 01 del 10 de septiembre de 2024, como un instrumento que, en el marco de los estándares previstos en la Constitución y el bloque de constitucionalidad, brinda directrices claras para el ejercicio de los poderes de policía y punitivo allí donde su intervención sea necesaria para contener y sancionar los excesos en que llegaren a incurrir los manifestantes y las autoridades estatales en el marco de la protesta social. Esta Directiva ofrece garantías no sólo a quienes protestan sino también a los terceros que pudieran verse afectados por excesos en las protestas y a los integrantes de la fuerza pública y demás servidores que tienen a su cargo velar por que el ejercicio de este derecho fundamental discurra por sus cauces legítimos. En tal sentido, puede contribuir a evitar graves violaciones a los derechos humanos como las cometidas en Chile durante la jornada de protestas de 2019, en Colombia en el marco del estallido social de 2021 o, más recientemente, en Venezuela durante la represión a las protestas poselectorales.⁹ Con todo, la Comisión hace un llamado a la Fiscalía General de la Nación a avanzar en el desarrollo de mecanismos de coordinación con las autoridades de policía en el marco de lo previsto en el Decreto 003 de 2021¹⁰.

⁹ Al respecto ver los comunicados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del 23 de octubre de 2019 (<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/270.asp>), del 25 de mayo de 2021 (<https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>) y del 31 de julio de 2024 (<https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/174.asp>).

¹⁰ "Por el cual se expide el Protocolo de acciones preventivas, concomitantes y posteriores, denominado "ESTATUTO DE REACCIÓN, USO Y VERIFICACIÓN DE LA FUERZA LEGÍTIMA DEL ESTADO Y PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROTESTA PACÍFICA CIUDADANA", en cumplimiento de la Sentencia CSJ, Sala de Casación Civil, STC7641-2020, rad. 11001-22-03-000-2029-02527-02, de 22 de septiembre de 2020, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.