# RELEVANCIA DE LA PROTESTA SOCIAL PACÍFICA COMO DERECHO HUMANO RECONOCIDO

La utilización de la manifestación pública como forma de protesta y su posible punibilidad en nuestro ordenamiento jurídico en tiempos del COVID19*[1]

Mariam Fernanda Nuñez Uribe**
Johan Ignacio Vargas Hernández***

## Introducción

Nuestro ordenamiento jurídico se estructura a través de mandatos con carácter obligatorio, iniciando desde los contenidos en la Constitución Política de 1991, seguidos de la ley, que a su vez componen un todo indisoluble con los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado; siendo aquel aglomerado normativo conocido como bloque de constitucionalidad.

Fue en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en donde se acogen dichos preceptos, los cuales se reconocen en nuestro territorio nacional con plenitud, por lo que no pueden ser ignorados por las instituciones nacionales, ni por los ciudadanos. (Resolución 217, 1948).

En el capítulo primero, del Título II de la Carta Constitucional se consolidaron los derechos fundamentales; siendo puntualmente en el artículo 37 en donde se abre la posibilidad a la manifestación social como forma de protesta, y se le atribuye un carácter especial dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que el Estado debe propender por su existencia, facilitando los mecanismos idóneos y necesarios para su correcto funcionamiento.

---

[1] * El presente artículo es producto de la especialización en Derecho Penal de la universidad libre Facultad de Derecho Sede El Socorro.

** Abogado, egresada de la USTA Bucaramanga, estudiante de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Libre, email: mariamf-nunezu@unilibre.edu.co.
*** Abogado egresado de la Universidad Industrial de Santander, estudiante de la Especialización en Derecho Penal de la Universidad Libre, email: johani-vargash@unilibre.edu.co.

Ahora bien, durante el desarrollo de una manifestación pública, existe una gran probabilidad de que sucedan aglomeraciones producto del transcurrir regular de este tipo de protesta, por lo que el presente trabajo exploró, a modo de hipótesis, las consecuencias penales que traerían consigo el ejercer este tipo de expresiones sociales, que cuenta con amplio respaldo internacional, dentro de las restricciones impuestas por la rama ejecutiva del poder público a través de sus facultades legislativas extraordinarias, en atención a la proclamación del Estado de excepción frente a la urgencia sanitaria que estamos viviendo, debido a la pandemia del Covid-19, toda vez que una de las principales medidas de contención adoptadas consistió en la prohibición, casi absoluta, de salir al espacio público y del mismo modo las aglomeraciones, advirtiendo que de incumplir estas directrices se vería el infractor, o la infractora, inmiscuido en el punible de violación de medida sanitaria, señalado en el artículo 368 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000).

Es aquí donde se observa la confrontación de dos derechos, por un lado el derecho a la salud pública, que propende ser defendido mediante las restricciones impuestas por el ejecutivo facultado mediante el artículo 215 Constitucional y reglado a través de la Ley 137 de 1994, y por otro lado el derecho a manifestarse públicamente por parte de los ciudadanos de mayor vulnerabilidad, quienes encuentran esta posibilidad obstaculizada a raíz de las consecuencias penales y pecuniarias que acarrearía el ejercer esta potestad.

Fue así, como en el presente proyecto propendió dar respuesta a la cuestión de si el ejercicio de manifestarse públicamente en tiempos del Covid-19 cumple con todos los elementos del tipo penal de violación a medida sanitaria contemplado en el artículo 368 del Código Penal, situación que fue sometida a un riguroso análisis jurídico a partir del siguiente interrogante.

**¿La manifestación pública como forma de protesta vulnera el tipo penal de violación a medida sanitaria contemplado en art 368 de la Ley 599 del año 2000 en el transcurrir del estado de excepción decretado por el gobierno nacional frente a la emergencia de salud pública por el virus del COVID 19?**

Pues bien, los antecedentes desde la perspectiva propuesta no son amplios en materia de profundización doctrinal o jurisprudencial, toda vez que, debido a la poca frecuencia con la que ocurre este tipo de declaratoria de emergencia a raíz de una pandemia, y así mismo no ha transcurrido el tiempo necesario desde su ocurrencia de tal manera que permita realizar un análisis más allá de la mera especulación sobre hipotéticas situaciones jurídicas que podrían acontecer a raíz del objeto de estudio. Por lo anterior, el enfoque que aquí se propone requiere entonces de una visión global acerca de lo que son los Derechos Humanos en su esencia, como de la finalidad del derecho penal.

En relación al derecho que toda sociedad tiene para protestar se han hecho numerosos estudios, que abarcan conceptos emitidos por entidades supranacionales, como estudios académicos que examinan este derecho y su aplicación, derivada de la necesidad del mismo en el territorio de América Latina; (Manzo, 2017) pero casi nulos han sido aquellos que se han preocupado sobre la afectación que sufre el mismo con ocasión de las restricciones adoptadas frente a una emergencia sanitaria en el contexto colombiano.

Empero, sí se han elaborado estudios en lo referente a las consecuencias que sufre el derecho a manifestarse públicamente en los Estados de emergencia, cuando en dicho contexto no existen directrices claras que permitan brindar un adecuado trato a los ciudadanos que optan acudir a esta forma de protesta; del caso resulta oportuno traer a colación el trabajo realizado por Boris Mijail Apaza Sucasaca, denominado “Control de Constitucionalidad del Estado de Emergencia” (Apaza, 2019) y presentado ante la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, en donde

se plantea un escenario de transformación constitucional parcial cuyo objetivo consiste en que el Tribunal Constitucional de su país examine la declaratoria de emergencia y establezca dispositivos de supervisión durante el desarrollo de esta medida excepcional, debido a que identifica que el hecho de decretar el Estado de Emergencia también atenta la libertad colectiva además de la individual, debido a que, a su parecer, la institución jurídica del Estado de Emergencia es inconstitucional a causa de que confronta con derechos fundamentales, puntualmente con los señalados como conflictos sociales.

No obstante lo anterior, en nuestro país sí han habido ocasiones en las cuales la Corte Constitucional se ha debido pronunciar en lo relativo al tema de las manifestaciones o de la regulación de éstas, por lo que resulta procedente hablar igualmente de cuál es la normatividad internacional reconocida por Colombia respecto al tema de los Derechos Humanos, debido a que el derecho a protestar es reconocido como un Derecho Humano, para de esta forma poder conocer mediante qué leyes se reconocieron y cuál ha sido el desarrollo normativo interno que se ha hecho respecto del tema de la regulación de las manifestaciones sociales, para desembocar en la regulación que en materia penal se hace en el actual Estados de emergencia.

**La Regulación de la protesta en el marco internacional**

Colombia actualmente reconoce la importancia de dar aplicación a las normas dirigidas a respetar los Derechos Humanos; sin embargo, se recuerda que este término surge recientemente, ya que se viene a tocar este tema terminada la segunda Guerra Mundial.

La organización encargada de vigilar y proteger estos intereses es la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a la cual pertenecen actualmente 193 países y quienes se adhieren a disposiciones como lo son Tratados y Declaraciones, con el fin de hacer cumplir los objetivos pactados. Lo relativo a la salvaguarda del derecho a la protesta pacífica se halla en el artículo 20

en concordancia con los artículos uno, dos y tres de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por ellos. Nuestro país se vincula y acepta sus disposiciones desde el cinco (5) de noviembre de 1945, fecha de su admisión.

Por su parte, en el continente americano, los Estados se congregaron con un objetivo común, el cuál era la creación de una asociación dirigida a propender por "un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia." (OEA, 2019). Por lo anterior nació la Unión Panamericana en Washington entre 1889 y 1890, antecediendo el surgimiento de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en abril de 1948 en la ciudad de Bogotá, con la Carta de la OEA, evento en el que 21 países del hemisferio, incluida Colombia, ratificaron dichas directrices. Actualmente es conformada por treinta y cinco países independientes, quienes se acogen a los postulados de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la cual se evidencia la relevancia de proteger y reconocer el derecho a la protesta, contenido en su artículo 21, concordante con los artículos uno, dos y treinta y uno.

Siguiendo los lineamientos trazados por las coaliciones realizadas a nivel mundial, Colombia a través de la Ley 74 de 1968, establecida en el Diario Oficial número 32.682, reconoció en plenitud el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyos artículos 6 y 21 honran la relevancia de proteger y ejercer el derecho a la protesta pacífica.

En el mismo sentido se acogieron las disposiciones referentes al respeto del ejercicio de protestar, como facultad otorgada a todo ciudadano, siendo esta facultad instituida mediante el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación, organizada y aprobada por la ONU a través de la resolución 2106A del 21 de diciembre de 1965. Reglamentaciones que quedaron concretadas en nuestro ordenamiento mediante la Ley 22 de 1981, divulgada en el Diario Oficial número 35.711.

Años más tarde, se ratificó el deber de salvaguardar el derecho a protestar pacíficamente, como resultado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues en su artículo 15 concordante con los artículos 4, 7, 13 y 23 se estipuló dicho mandato, que en lo concerniente a nuestro ordenamiento jurídico interno se materializó a través de la Ley 16 de 1972; publicada en el Diario Oficial número 33.780.

Teniendo en cuenta lo anterior, queda en evidencia un afán a nivel nacional de velar por aquellos postulados referentes a los Derechos Humanos, así como el interés internacional por delimitarlos para propender por su resguardo.

Por otro lado, para el objeto de estudio, se debe puntualizar que la forma de protesta a la cual se refiere el presente artículo es exclusivamente a la manifestación pública, la cual se deberá definir cuidadosamente, teniendo en cuenta que concurren un sin número de conceptos que amparan este actuar, pues existen aquellos que se refieren a ella como marcha, manifestación pública, movilización social, protesta en sí misma, entre otras muchas. Es así que ante las numerosas formas de referirse a este actuar de protesta, se recurrirá a la definición a través de la descripción que hace la Corte Constitucional en varias Sentencias como: C-223, 2017 "(…) es la conglomeración de personas, identificadas con fines comunes, cuyo fin es manifestarse –libertad de expresión- frente al funcionamiento del gobierno –control político-, a través de la presión en la calle y mediante un actuar pacífico y sin armas (…) facultad ciudadana de ejercer control al poder político, de manifestarse u opinar libremente y de intentar establecer un diálogo con el Estado sobre asuntos esenciales".

En relación a lo anterior sobresale que la acción a manifestarse públicamente se ciñe a que el ciudadano se exprese en las calles, a través de escenarios o espacios públicos, convirtiéndose el factor dinámico necesario en el desarrollo del mismo.

**Regulación de la protesta en el marco nacional**

Una vez están identificados los distintos pactos internacionales, le compete al Estado viabilizar este derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno. Para esta tarea, se deberá acudir primero a lo señalado en nuestra Constitución, puntualmente al artículo 93, en donde se indica la relevancia y peso de los mencionados acuerdos. De esta misma forma en sentencia C-067/03, la Corte Constitucional, y en concordancia con el artículo 93 ibídem, enfatiza y aclara que aquellos acuerdos, junto con la Constitución de 1991, conforman una unidad indisoluble denominada Bloque de Constitucionalidad: "(…) los instrumentos de Derechos Humanos (…) son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional".

El artículo 37 de nuestra Constitución Política, ampara el derecho fundamental a protestar pacíficamente, brindándole naturaleza fundamental por lo que ratifica los acuerdos suscritos y le confiere un blindaje de carácter especial en el conjunto de los derechos que posee todo colombiano; la Corte Constitucional mediante sentencia T-456/92, precisa que este no es un derecho absoluto y declara exequible la facultad del legislador para regularlo; así mismo la sentencia T-219/93 indica que: "No se predica vulneración del derecho de reunión, cuando una disposición, constitucional, lo limita, ni cuando la limitación la impone la ley de manera conveniente y razonable, sin alterar su núcleo esencial" (Corte Constitucional sentencia T-219, 1993). De esto se concluye que es necesario regular dicha actividad, toda vez que para poder llevarse a cabo y hacer que se respete, se deben cumplir ciertas exigencias mínimas de forma.

De acuerdo con lo anterior, encontramos que en la Ley 1801 de 2016, denominada "Código Nacional de Policía y convivencia", expedida por el Congreso de la República, se encomendó la regulación de las manifestaciones sociales a la Policía nacional, siendo puntualmente el artículo 56, el que especifica someramente e indica como debe ser el proceder de los uniformados entre otras

disposiciones, pero debido a la generalidad con la cual se redactó, el Ministerio de Defensa encomendó al director de la Policía Nacional, la expedición de un protocolo concreto en donde se subsanaran los vacíos existentes, razón por la cual surgió la Resolución No. 03002 del 29 de junio de 2017, "Por la cual se expide el Manual para el servicio en Manifestaciones y Control de disturbios para la Policía Nacional."

Por otro lado, el artículo 107 de nuestra Constitución Política es apreciado como principio fundamental del ordenamiento jurídico colombiano, debido a que con este "se garantiza a las organizaciones sociales de derecho a manifestarse y a participar en eventos políticos" (Art 107, 1991). De la mano de esta garantía constitucional, surge para el Estado un compromiso, tal como se señala en el artículo 13 Constitucional, pues el Estado colombiano está en la obligación de facilitar "las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados", (Art. 13, 1991), que para el caso bajo análisis significa que el Estado, mediante sus instituciones gubernamentales, está en el deber de favorecer todas las medidas de seguridad y logística necesarias para poder llevar a cabo la práctica del derecho fundamental a la protesta pacífica.

Es tanta la importancia de proteger y garantizar el ejercicio de este derecho a la manifestación pública que incluso en el "Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera", se resaltó este como un punto infaltable del mismo, dejando en claro que: "su práctica enriquece la inclusión política y forjan una ciudadanía crítica, dispuesta al diálogo social y a la construcción colectiva de Nación." (Alto Comisionado, 2019). Señalando la gran importancia en la materia y la conmoción social que puede ocasionar una manifestación en señal de protesta, la cual sirve de canal de reivindicación de aquellos más desfavorecidos en estos momentos de emergencia social que agudiza su situación.

Ahora bien, la facultad en cabeza del gobierno nacional de decretar el Estado de emergencia

sanitaria , es posible gracias al artículo 215 Constitucional, en donde se establece que “Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. (…)” (Art 215, 1991); facultando de esta manera al presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley, los cuales deben contener directrices dirigidas exclusivamente a mitigar la crisis y evitar la extensión de sus efectos.

Es de recalcar que, el Estado de Emergencia deviene de los Estados de Excepción, el cual, siguiendo los conceptos de la Corte Constitucional, se concibe como “situaciones previstas y consentidas por la Constitución. En lugar de esperar la ruptura completa del orden constitucional, la Constitución prevé una situación de anormalidad constitucional, en la que se invierte el principio democrático, facultando al órgano ejecutivo para dictar normas con fuerza de ley” (Corte Constitucional sentencia C-145, 2020). Lo que en otras palabras significa que ante una situación genérica que amenace desestabilizar el orden social establecido, la seguridad de sus ciudadanos o el bienestar general de manera inminente y gravosa, se podrán destinar facultades extraordinarias a la rama ejecutiva del poder público, en cabezada por el presidente de la República, quien tendrá sobre sus hombros la responsabilidad de actuar de manera eficaz, adoptando las medidas necesarias encaminadas a confrontar tal situación, y que esas medidas deberán ser coherentes y acordes a las circunstancias originadoras del Estado de excepción; de no corresponder las medidas que se adopten con esas circunstancia originadoras, el llamado a responder sería el ejecutivo, siendo esta una de las barreras constitucionales que se le imponen para garantizar el uso adecuado de dichas facultades extraordinarias, en donde las decisiones pueden llegar a tener rango legislativo, a través de sus decretos.

Respecto al tema de estudio, resulta evidente la intromisión normativa desde el poder

ejecutivo mediante sus decretos, como desde el poder legislativo a través de las normas tendientes a moderar o dirigir la manifestación pública en Colombia a lo largo de la historia reciente de nuestro país.

Tanto así que, desde la anterior Constitución de 1886 al presente, han ocurrido eventos que desembocaron en un procedimiento inadecuado de las manifestaciones públicas. Antaño los dirigentes no tenían en reparo los actuales estatutos normativos destinados al respeto de los Derechos Humanos, por lo que solían concurrir a la figura del Estado de Sitio (lo que actualmente se conoce como Estado de Emergencia) como dispositivo de contención de ambientes considerados que atentaban el orden social, razón histórica que refuerza la idea de especial protección de este derecho humano frente a situaciones excepcionalísimas.

Una vez aterrizadas las nociones jurídicas que rodean el tema objeto de análisis, se dejará en claro que el actual trabajo investigativo gira en torno a dos nociones referentes a la ponderación de derechos; toda vez que por un lado se debe considerar la defensa que hace el Estado respecto al derecho a la salubridad pública de acuerdo a la Ley 1751 de 2015 la cual reglamenta el derecho fundamental a la salud y estipula en su artículo 5 que el Estado es garante de hacer respetar, proteger y garantizar el goce real del derecho fundamental a la salud, como uno de los requisitos principales del Estado Social de Derecho, y por el otro el derecho a manifestarse públicamente.

Para poder resolver esta problemática, resulta pertinente traer a colación la pluriconcepción que existe en torno al asunto de los derechos, debido a que concurren múltiples formas de entenderlos obedeciendo a si lo que se tiene en cuenta de los derechos es su historia de negación, reivindicación y consagración normativa, o se considera es si son individuales y/o colectivos o si son derechos desde su sitio de enunciación. Entonces se debe tener en cuenta que los derechos no son únicamente cánones normativos, sino que son procesos sociales, políticos y culturales de exigencias y disputas individuales y colectivas por la dignidad individual y colectiva. Por ello es

importante evaluar el objeto por el cual se propende a la hora de estructurar cada derecho, y de esta manera definir la solución más justa a la hora de que dos derechos colisionen en un mismo contexto.

Adentrados en este punto, si se llegara verificar que efectivamente el Estado ponderó brindándole prioridad, erróneamente, a un derecho frente al otro, y que el derecho deprecado ostentaba la categoría de derecho humano, se podría concluir que efectivamente el Estado violó los derechos humanos de quien no pudo ejercer dicha facultad.

Por lo anterior resulta necesario tener presente que entre el delito común y la infracción a los derechos humanos existen diferencias esenciales, para lo cual se trae a colación el concepto de violación a los derechos humanos dado por el Padre Giraldo:

> “(…) dos características peculiares: a) el bien agredido pertenecía a esos "bienes o exigencias inalienables e inherentes a la condición humana", y b) el agresor era el Estado mismo, razón por la cual hubo necesidad de reivindicar ese derecho como "humano", o sea como "superior al poder del Estado", para exigir respeto por parte del mismo Estado. Si el agresor fuese un ciudadano o grupo de ciudadanos, no se haría necesario invocar "derechos superiores al Estado", pues bastaría invocar los "derechos ciudadanos" ordinariamente protegidos por el Estado, a no ser que el Estado manifestara algún grado de complicidad con los agresores, caso en el cual el Estado devendría en alguna medida también agresor y haría necesaria, allí sí, la reivindicación de "humanidad".” (Giraldo, 1993).

El autor chileno Felipe Portales en apoyo a la tesis mencionada señala:

"Evidentemente que si el Estado, por omisión, no cumple con su función de restablecer el imperio del derecho, estaríamos también en presencia de una violación de derechos humanos. Pero el

sujeto que la causaría sería siempre el propio Estado y no el particular que comete el delito que no es sancionado" (Portales, 1992, 34).

Es así como resulta pertinente entonces evaluar las circunstancias fácticas y científicas que llevaron al gobierno nacional a tomar ciertas determinaciones que afectaron de manera directa al ejercicio de manifestarse, y de esta manera definir si efectivamente se produjo una colisión de derechos. Para lo cual se contextualizará recordando que la declaratoria de Estado de Emergencia sanitaria nacional tuvo su génesis en el primer reporte de coronavirus que hizo china en el mes de diciembre del año 2019**,** cuando informa de un elevado número de acontecimientos de ciudadanos con enfermedades respiratorias en la ciudad de Wuhan (China), y desde ese momento la Organización mundial de la Salud (OMS) adoptó una serie de medidas encaminadas a prevenir al mundo de la severidad de la amenaza que representaba, lo que se identificó como COVID 19. Ante esto El Director General indicó que el brote por el nuevo coronavirus (2019-nCov) constituye una ESPII.

Ante ese escenario, la autoridad máxima del estado Colombiano decidió expedir el decreto 417 de 2020 “Por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional” (Decreto 204, 2020), sirviendo de precedente legal para expedir la Resolución 385 de 2020 (Resolución 385, 2020) del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la cual se declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID 19 y se adoptaron medidas para hacer frente al virus, siendo esta regulada por el artículo 215 de la constitución.

La mencionada Resolución 385 de 2020 refiere en su artículo 5 que “la violación e inobservancia de las medidas adoptas mediante ese acto administrativo, dará lugar a las sanciones penales y pecuniarias previstas en los artículos 368 del Código Penal y 2.8.8.1.4.21 del Decreto 780 de 2016, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que haya lugar”, articulado que se

repitió en resoluciones posteriores como por ejemplo la Resolución 844 de 2020 y la Resolución 1462 de 2020, entre otras tantas posteriores.

Ahora bien, se identifican dos puntos que requieren aclaraciones más profundas, por un lado, identificar cuáles de las medidas sanitarias adoptadas con ocasión de esta declaratoria de emergencia sanitaria tiene injerencia directa en el derecho a manifestarse públicamente y, por otro lado, que si dicha medida restrictiva es idónea para ocasionar que el infractor se pueda ver inmerso en los postulados del tipo penal contenido en el artículo 368 del Código Penal.

Como dejó en claro anteriormente, para que se pueda considerar válida la existencia de una manifestación pública, se requiere entre varios elementos, uno indispensable, consistente en poder acudir al espacio público y movilizarse de forma libre a través de este, situación que por regla general lleva consigo un importante conglomerado de personas que se identifican mutuamente con el objeto que convocó a la protesta.

Siendo así y tras analizar las disposiciones reglamentarias que se adoptaron con ocasión de este Estado de emergencia sanitaria, se ubica que la principal restricción impuesta y con repercusión directa en el ejercicio de este derecho, es la orden de aislamiento preventivo obligatorio, la cual contempló excepciones para personas cuya labor se consideró imprescindible para la subsistencia del país y limitó la salida al espacio público del resto de ciudadanos solo para abastecerse con suministros de primera necesidad, llegando al punto de limitar estas salidas a una vez por semana, prohibiendo de esta manera la libre circulación y las aglomeraciones. Ejemplos de lo anterior se encuentran en el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, prorrogado por los Decretos 531 (8 de abril), Decreto 593 (24 de abril 2020) y Decreto 636 (6 de mayo de 2020).

Con lo anterior, nos resta abordar el estudio en profundidad del tipo penal con el cual se advertía, se podría estar incurriendo en caso de no acatar las restricciones en mención. Pues bien,

nos encontramos con que el mismo está regulado mediante el artículo 368 de la Ley 599 de 2000, contenido en su Título XIII, capítulo I (denominado de las afectaciones a la salud pública), el cual establece:

"El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años." (artículo 368, 2000).

Ahora bien, para ahondar en profundidad sobre los requisitos propios en el ámbito penal, se debe razonar frente al artículo noveno del Código penal colombiano, que al mencionar la conducta punible, arguye que: "para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable; por lo que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado", es por esto que para hacerse un juicio de reproche deben acoplarse dichos elementos. En tanto el art. 10 de la misma obra, demarca sobre la tipicidad "la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal" por lo que, para ser típico un comportamiento, este debe encajar en la descripción legal que del mismo contiene la normatividad penal.

Se tiene entonces que, por mandato general, para que una conducta sea objeto del derecho penal, esta debe cumplir con tres requisitos, siendo estos:

Típica. "Esto quiere decir, que la conducta esté inmersa en la codificación dentro del ámbito del derecho penal nacional, comprendida en un tipo penal, en consonancia con el principio de legalidad".

Antijurídica. "Que producto de la conducta, se produzca un desvalor de la acción y un desvalor del resultado".

Culpable. Se refiere al juicio de imputación personal, pues se refiere a la reprochabilidad

del hecho, ya calificado como típico y antijurídico, edificada en el desacato del autor ante el Derecho a través de su conducta, mediante la cual transgrede la confianza general y el ordenamiento jurídico; pudiéndose imputar a título de dolo, culpa o preterintención.

Seguidamente, se procederá a hacer unas aclaraciones relacionadas con los requisitos mencionados, respecto del tipo penal que envuelve la conducta objeto de estudio.

Teniendo presente el contenido del tipo penal de violación de medidas sanitarias, podemos advertir que este se relaciona con un tipo penal de peligro abstracto, lo que significa que la antijuridicidad puede entenderse o considerarse como presunta, y frente a la cual no habría necesidad de acreditación de la efectiva violación (inicialmente) o puesta en peligro del bien jurídico protegido.

Del mismo modo, se advierte que nos encontramos frente a un tipo penal de mera conducta en su esencia, no requiriéndose de la concreción de un resultado como tal, en tanto el verbo rector plantea que debe existir una violación de una medida sanitaria dispuesta por la autoridad competente (dentro de los parámetros objetivos exigidos por el principio de lesividad). Respecto al sujeto activo exigido, encontramos que este no requiere uno calificado, por cuanto no se demanda que el sujeto activo del tipo sea un sujeto de especiales características, es decir, no se requiere que posea un rol diferenciador frente al resto de ciudadanos.

Finalmente, se identifica que nos encontramos ante un tipo penal que exige la modalidad dolosa en el actuar, en tanto el ordenamiento penal colombiano establece el sistema de numerus clausus, permitiendo reprochar el comportamiento imprudente sólo cuando el legislador así lo hubiere determinado, es decir, que la conducta objeto de reproche penal sólo se entenderá como culpable cuando taxativamente lo indique la norma, ocasionando que de no ser ese el evento, la misma se entenderá a título de dolo.

Frente al aspecto relacionado con la competencia para emitir la norma sanitaria, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que: “[a] su vez, la norma complementaria puede ser una norma extra-penal emanada de la Administración, caso en el cual deberá reunir dos requisitos: de un lado, que sea general y, por el otro, que sea expedida por quien tenga la competencia constitucional para hacerlo. En caso contrario, el complemento no será admisible” (Corte Constitucional C-333, 2001). De lo cual se concluye que efectivamente, el Ministerio de Salud y Protección Social está legitimado para expedir las resoluciones dirigidas a adoptar las medidas sanitarias correspondientes.

Así las cosas, esto es, teniendo presente los elementos del tipo penal, corresponde analizarlos a la luz de la acción que resulta luego de que un grupo de ciudadanos deciden hacer caso omiso a la restricción de salir a la calle, fuera de las excepciones contempladas, y ejercer su derecho a manifestarse públicamente.

Inicialmente se identifica que efectivamente al salir a marchar, durante un período de tiempo en el cual existen normativas vigentes que lo prohíben, se estaría violando las disposiciones contenidas en esa norma sanitaria legalmente expedida, toda vez que se contradice un postulado expreso, que para el caso en concreto, se adecúa al tipo penal del art 368 que describe el actuar objeto de reproche como violar medida sanitaria adoptada por la autoridad competente, además esa violación normativa se produce puntualmente en un contexto sanitario específico, el cual consiste en frenar expansión de una epidemia o pandemia. Conforme a lo anterior se concluye que efectivamente, el hecho de salir a marchar o a ejercer el derecho a manifestarse públicamente como una forma de protesta social, se adapta o cumple con todos los elementos descritos y exigidos por este tipo penal.

Momento ahora de evaluar la antijuridicidad de la acción, para lo cual se plantearán hipotéticamente las consecuencias adversas que surgirían a raíz de este actuar, visualizándolas desde el desvalor de la acción y un desvalor del resultado. Entonces se evidencia que, en concordancia con el cumplimiento de la descripción típica, se produciría un innegable desvalor de la acción (antijuridicidad formal) y que la misma tiene una gran probabilidad de producir un desvalor del resultado, ya que sería inviable exigir a todas y cada una de las personas una prueba personal negativa de detección del coronavirus, pues condicionar el ejercicio de este derecho a ese examen médico podría evaluarse incluso desde una perspectiva inconstitucional, además de que se convertiría en una utopía teniendo en cuenta de que una manifestación pública es válida y debe contar con todo el respaldo estatal incluso si se ocasiona de manera espontánea, (Art. 15, 2017, págs. 1-12) sin que medie aviso previo a las autoridades. En razón a esto y teniendo presente que no siempre son manifiestos los síntomas en quien porta este virus, por lo que se podría afirmar que efectivamente se puede comprobar un desvalor de resultado en este tipo penal que es de peligro abstracto, lo que significa que la antijuridicidad puede entenderse como presunta.

Corresponde a continuación evaluar el último elemento jurídico, esto es, determinar si una persona que decide salir al espacio público con la intención de manifestarse ante las autoridades como manera extrema de hacer notar su situación de abandono o precariedad, constituiría un actuar doloso. En tal sentido, se debe tener presente que el dolo, como juicio de imputación personal exigido para este tipo penal, se compone de dos elementos, siendo: conciencia o conocimiento de los elementos objetivos del tipo (elemento cognoscitivo), y voluntad de realizar esos elementos (elemento volitivo); lo que en otras palabras significa que el dolo se predica de quien conoce que su actuar corresponde a un delito y que a pesar de saberlo decide llevarlo a cabo. Con lo mencionado, se presume entonces que quién decide realizar la conducta de salir a manifestarse lo hace exento de dolo, debido a que la motivación o intencionalidad determinadora no es la de cometer el delito, sino la de ejercer un derecho fundamental, por lo que no puede predicarse la

comisión del delito de violación a medida sanitaria en quien encarna un afán único de reivindicación legítima y lo hace como manera extrema de reclamar ser atendido ante su situación gravosa individual.

No obstante, queda la inquietud de evaluar el trato que debería recibir la persona que siendo positivo para Covid 19, sale a manifestarse legítimamente y así contagia a otras personas en su transcurrir. Para dar respuesta a este caso hipotético, se asumirá que el individuo actuó exento de dolo, pues si su actuar se acomoda a lo anteriormente mencionado, solo sería viable hacerle el juicio de imputación personal a título de culpa por haber infringido el deber objetivo de cuidado, pero no a título doloso; lo que de cualquier forma tornaría su conducta como atípica y por lo tanto quedaría exenta de responsabilidad en materia de derecho penal, desembocando entonces que la sanción a imponer sería exclusivamente pecuniaria.

## Conclusiones

El haber considerado la posibilidad de que se estuviera infringiendo la conducta delictiva descrita en la Ley 599 del 2000 en su artículo 368, frente a la acción que representa salir a manifestarse públicamente como forma de protesta durante el estado de emergencia sanitario decretada con ocasión del COVID 19, nos impulsó a analizar de manera crítica la situación, de la cuál pudimos concluir lo siguiente:

Que la manifestación pública como forma de protesta cuenta con las garantías exigidas para su existencia y ejercicio, esto debido al desarrollo jurisprudencial y normativo de nuestro sistema jurídico interno, en obediencia a las normas supranacionales.

Dentro de este tipo de Estado de excepción, comprobamos que el trato de la autoridad estatal frente a las manifestaciones públicas, estuvo dirigido mayoritariamente a su prevención casi absoluta, sin llegar a representar un veto estricto de la misma, toda vez que a través de sus actos

administrativos se advertía de los peligros y posibles consecuencias legales, sin censurarla explícitamente.

Así mismo, encontramos que no se cumplen los requisitos exigidos para este tipo penal respecto a la conducta que representa manifestarse públicamente en el contexto planteado, debido a la imposibilidad de hacer un juicio de imputación personal al manifestante cuando cuyo fin exclusivo es ejercer su Derecho Fundamental de protestar.

Empero lo anterior, también concluimos que no todo aquel que se vea inmerso en una manifestación pública como la planteada, quedaría exento de un proceso penal por incurrir en violación a medida sanitaria, pues se debería entrar a evaluar individualmente cada caso, debido a que el elemento que torna atípica la conducta depende exclusivamente del juicio de imputación personal, lo cual no imposibilita judicializar a la persona que acuda a una manifestación pública pero tenga otros intereses que torne su actuar como doloso.

**Referencias Bibliográficas**

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III). (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos. Francia*. Recuperado de: http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/carceles/1_Universales/B%E1si.

Apaza, S. B. (2019). *Control de Constitucionalidad del Estado de Emergencia. Perú: Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa*. Recuperado de: http://bibliotecas.unsa.edu.pe/bi.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-024/94. (27 de Febrero de 1994) MS. Alejandro Martínez

Colombia. Ministerio de Defensa Nacional. (2017). Ley 1862. Art. 15. *por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar*

Recuperado de: https://legislacion.vlex.com.co/vid/ley-1862-2017-establecen-691489457

Congreso de la República de Colombia. Constitución Política (20 de julio de 1991). *Diario Oficial. Bogotá, D.C.,* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion _politica_1991. Html.

Congreso de la República de Colombia. Constitución Política. Art 215. (1991). (20 de julio de 1991).Diario Oficial. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ constitucion_politica_1991. html.

Congreso de La República de Colombia. Ley 1801 de 2016 (29 de julio de 2016). Art 56 *actuación de la fuerza pública de las movilizaciones terrestres.* Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html

Constitución Política de la República de Colombia. (1991). Articulo 15. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Corte Constitucional de Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional C-333, S. (29 de marzo de 2001) M. P. Dr. Rodrigo Escobar Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/ relatoria/2001/c-333-01.htm.

Corte constitucional de Colombia. La Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia T-219/93. (9 de junio de 1993). *Libertad de enseñanza.* M.P Dr. Antonio Carbonell. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co /relatoria/1993/t-219- 93.htm.

Corte Suprema de Justicia. Sala plena. Sentencia C-067/03. (4 de febrero de 2003) MP Dr. Marco Monroy Recuperado de: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm

Cruz Roja Española. (2019) *Conflictos armados internos no internacionales*. Recuperado de: http://www.cruzroja.es/portal/page?_pageid=878,12647152&_dad=portal30&_sc hema=PORTAL30.

Cruz Roja y de la Media Luna Roja XXXII. (2015) Ginebra, Suiza. Conferencia Internacional. *El derecho internacional humanitario y los desafíos de los conflictos armados*

*contemporáneos. Documento preparado por Instituto Nacional de Derechos Humanos. Las manifestaciones públicas y la protesta social: consideraciones desde una perspectiva de derechos humanos. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 27 de agosto de 2012 – Sesión.*

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948. Recuperado de https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf

El Congreso de Colombia. Ley ordinaria Ley 599. (2000). Artículo 368. *Violación de medidas sanitarias.* Recuperado de: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663230

Gobierno Nacional colombiano y las FARC – EP- (24 de noviembre de 2016) *Alto Comisionado Para La Paz. Procesos y conversaciones. Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Colombia. Punto 2.2.2, párrafo 1*. Recuperado de: https://www.jep.gov.co/Normativa/Paginas/Acuerdo-Final.aspx

Giraldo, M, J. (1993). *Solamente los Estados pueden violar los derechos humanos. Desde los márgenes. Octubre de 1993*. Recuperado de: http://www.javiergiraldo.org/IMG/pdf/Solo_los_Estados_violan_los_Derecho.

Huhple, R. (1993). *Centro de Derechos Humanos de Nuremberg. La violación de los Derechos Humanos: ¿Privilegio de los Estados*? Recuperado de: http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle. html.

Manzo, U. G. A. (2017). *Sobre el derecho a la protesta Venezuela,* Universidad Central de Venezuela. Recuperado de: internet:https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ ucatolica/index.p.

Organización de los Estados Americanos, OEA. Departamento de Derecho Internacional (DDI). (19 de junio de 2019). *Derecho Internacional Humanitario. Washington. Párrafo 1*. Recuperado de: Disponible en internet: http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_.

Organización de los Estados Americanos. (25 de junio de 2019). *OEA. Acerca de Quiénes somos. Párrafo 3.* Recuperado de: http://www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp.

Organización de Naciones Unidas, ONU. (25 de junio de 2019). *Interés Profesional. Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Art 3.* Recuperado de: https://www.ohchr.org/SP/Profession.

Portales, F. (1992). *Reflexiones sobre Derechos Humanos y Terrorismo. Boletín. Comisión Andina de Juristas*. N°32. Lima. Pág.34.