



Título: La máquina. Técnica: Ilustración. Año: 2009

Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (Art. 353A Código Penal) como ejemplo*

Gonzalo Galindo Delgado**

Resumen

En el marco de la globalización neoliberal hegemónica en Colombia el Estado ha movilizad el derecho en general y el ordenamiento penal en particular procurando garantizar las condiciones de su implementación. Este proceso se ha caracterizado por profundizar las condiciones de inequidad en el mundo entero y en el país; esto ha suscitado diversas expresiones de protesta social, muchas de las cuales se llevan a cabo a través de marchas y bloqueos a vías públicas. En este contexto se han criminalizado las expresiones de descontento de modo que esté garantizado el normal desenvolvimiento del mercado. El presente artículo busca, mediante una metodología cualitativa y documental indagar por los presupuestos y condiciones jurídico-políticas de la criminalización aupada por el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público en el contexto del nuevo orden globalizado.

Palabras clave: globalización; criminalización de la protesta; injusticia social; democracia participativa.

Criminal Law and Global South: the obstruction of public roads (Article 353A Penal Code as an example)

Abstract

Within the framework of hegemonic neoliberal globalization in Colombia, the State has mobilized the law in general and the penal classification in particular trying to guarantee the conditions of its implementation. This process has been characterized by deepening the conditions of inequity both in the country and to the whole world; this has given rise to diverse expressions of social mobilization, many of which are carried out through protests and blocking of public roads. In this context, expressions of discontent have been criminalized so that the normal development of the market is guaranteed. This article seeks, through a qualitative and documentary methodology, to investigate the budgets and legal-political conditions exalted by criminalizing the crime of obstruction of public roads that affect public order in the context of the new global order.

Key words: globalization; criminalization of social mobilization; social injustice; participatory democracy.

Direito penal e Sul Global: a obstrução das vias públicas (Art. 353A Código Penal como exemplo)

Resumo

No âmbito da globalização neoliberal hegemônica na Colômbia, o Estado mobilizou o direito, em geral, e o ordenamento penal, em particular, buscando garantir as condições da sua implementação. Este processo caracteriza-se por aprofundar as condições de desigualdade no mundo inteiro e no país; isto suscitou diferentes expressões de protesto social, muitos dos quais são realizados por meio de passeatas e bloqueios das vias públicas. Neste contexto foram criminalizadas as expressões de insatisfação de modo a garantir o normal desenvolvimento do mercado. Este artigo visa, por meio de uma metodologia qualitativa e documental, investigar os pressupostos e condições *jurídico-políticas* da criminalização enaltecida pelo tipo penal de obstrução das vias públicas, afetando a ordem pública, no contexto da nova ordem globalizada.

Palavras-chave: globalização; criminalização do protesto; injustiça social; democracia participativa.

* Este trabajo es un artículo de investigación derivado del proyecto titulado: *Posibilidades y límites de una perspectiva de injusto material en los delitos que protegen bienes jurídicos colectivos en el ordenamiento penal colombiano*. Su investigadora principal es la profesora Diana Patricia Arias Holguín, quien además ha asesorado el presente artículo. Este proyecto fue aprobado en la Convocatoria CODI de investigación en Ciencias Sociales Humanas y Artes (2012) de la Universidad de Antioquia.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar de la investigación referida. Correo electrónico: ggdim_55@hotmail.com

Derecho penal y Sur Global: la obstrucción a vías públicas (Art. 353A Código Penal como ejemplo)

1. Introducción

Desde hace unos años se viene discutiendo en la doctrina penal el problema de la expansión² del *ius puniendi*. Esta se ha constatado al confrontar la *política-criminal* contemporánea, con el programa ilustrado que inspiró, desde el siglo XVIII, el llamado derecho penal “clásico”³ o “liberal” (Sotomayor Acosta, 2009). En efecto, las tradicionales garantías expresadas en los principios *político-criminales* y las reglas de atribución de responsabilidad penal, como límites protectores del ciudadano ante el poder punitivo del Estado, se están viendo quebrantadas, no solo en términos prácticos, como ha sido habitual, sino también en el ámbito discursivo⁴.

-
- 2 El fenómeno de la “expansión” es definido por Silva Sánchez (2011, p. 4) de la siguiente manera: “(...) tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como a una agravación de los ya existentes, que cabe enclavar en el marco general de la restricción, o la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. Creación de nuevos ‘bienes *jurídico-penales*’, ampliación de los espacios de riesgos *jurídico-penalmente* relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios *político-criminales* de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’”.
 - 3 Sobre estas nominaciones no hay consenso, pero las consideramos válidas a efectos ilustrativos. En este sentido, por ejemplo, Gracia Martín (2011, p. 14) se opone a denominar como “clásico” el derecho penal de la Ilustración, pues a su juicio: “Por un lado, (...) las profundas transformaciones de sociedad moderna (sic) (...) hacen que, al menos algunos objetos y enunciados de los discursos *político-criminal* y policial de la Ilustración, ya no puedan ser tomados hoy como modelo de referencia ni como medida de lo accesible legítimamente a la intervención penal. Y, por otro lado, porque exigencias de carácter *ético-político* y de justicia apuntan también a que algunos de aquellos objetos y enunciados tengan que ser vistos, precisamente, como un modelo que *no debe ser*”.
 - 4 Ante la “huida” de los legisladores contemporáneos hacia el derecho penal, emergieron diversos discursos *político-criminales* que aparecen como explicaciones, justificaciones o críticas al fenómeno expansivo. Así, pueden hallarse defensas de un “*derecho penal moderno*” determinado por la aparición de nuevos espacios de riesgo en la vida social; apelaciones a la gravedad y sofisticación de la crimina-

El análisis de tal fenómeno debe ser abordado teniendo en cuenta amplios⁵ referentes sociopolíticos pues, al decir de Wacquant (2003):

Las medidas policiales y penitenciarias, en las sociedades avanzadas de hoy, se inscriben en realidad en el marco de una transformación más profunda del Estado, transformación que, por otra parte, está ligada a las mutaciones del empleo y a los cambios que se han operado en el interior de las relaciones de fuerza entre las clases y los grupos sociales que pugnan por su control (p. 61).

Es fundamental para nuestra reflexión tener en cuenta que la discusión anteriormente descrita se ha dado en un contexto mundial, el de un “nuevo momento del poder planetario” (Zaffaroni 2005a, p. 181): la *globalización de signo neoliberal*. Realidad socioeconómica a la que no escapa nuestro país y que, sin duda, plantea complejas relaciones con otro poder igualmente avasallante: el de penar.

Este escenario, progresivamente impuesto en nuestro país desde hace más de dos décadas, ha tenido un acompañante permanente: la protesta social, que aparece como una expresión privilegiada de la democracia a través de la cual indignados e indignadas se aprestan a la actividad política por cauces no institucionales, esto es, por fuera de las “vías ortodoxas” consagradas en nuestro ordenamiento jurídico, como por ejemplo, los mecanismos de participación ciudadana (sufragio, referendo, revocatoria del mandato, plebiscito, etc.), o las acciones ciudadanas (acción de tutela, la acción popular, la acción de inconstitucionalidad, entre otros). Pero en todo caso, siempre dentro de las vías de la democracia y de la participación.

Es justamente en tal contexto en el que se expide en nuestro país la Ley 1453 (2011) o “Ley de Seguridad Ciudadana”⁶, que en su artículo 44 tipifica el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público” prescribiendo:

lidad, para sustentar un “*derecho penal del enemigo*”; y críticas a los presupuestos de quienes “avalan” la expansión, lideradas paradigmáticamente por la Escuela de Frankfurt (Hassmer, 1999).

- 5 En este sentido, es fundamental el planteamiento de Brandariz García (2007) que ubica las transformaciones del ordenamiento penal en el contexto del declive del Estado social y de la crisis del *Estado-nación*, fenómenos ligados con un proceso global al cual haremos referencia *infra*. Así, en su prólogo a De Giorgi (2006, p. 15) asevera: “[...] la mejor exégesis de las transformaciones del presente solo puede obtenerse a partir de una comprensión global de la relevancia y profundidad de las mutaciones socioeconómicas (y antropológicas) que estamos viviendo, que no son ya una modificación interna a la racionalidad del continuo *keynesianismo-welfare-fordismo*, sino un verdadero cambio de paradigma”.
- 6 Cuya exposición de motivos anunciaba como argumento central el siguiente: “El terrorismo y la criminalidad organizada son fenómenos que afectan gravemente la paz y la seguridad pública, convirtiéndose en medios para minar las bases del Estado de derecho y afectar a los ciudadanos en su vida, honra y bienes; razón por la cual, estos graves atentados contra la ciudadanía deben prevenirse y atacarse de manera decidida y ejemplar”. Recuperado de: <http://www.mindefensa.gov.co/irj/go/km/>

El que por medios ilícitos incite, dirija, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho meses (48) y multa de trece (13) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

Del anterior panorama nacen varios interrogantes: ¿Se criminaliza la protesta social con el tipo penal de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”? ¿Qué implicaciones de la globalización se proyectan sobre la criminalización de la protesta social en Colombia, a través del delito de obstrucción de vías públicas?

Sobre tales cuestiones girará la presente disertación, para lo cual se tendrá como hilo conductor el concepto de “injusticia social” en su relación con el derecho penal, la globalización y la protesta social, desarrollando la reflexión en el siguiente orden. En primer lugar, se hará una disertación, orientada por el trabajo del profesor Roberto Gargarella, sobre los problemas de legitimidad de la pena en contextos de injusta desigualdad, pues la política criminal que se expresa en el tipo penal referido se articula en contextos en donde las reivindicaciones sociales germinan y se alimentan de estados de exclusión socioeconómica. En otras palabras, con la figura delictiva de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público se orienta la persecución penal sobre seres humanos excluidos, por la alta concentración de la riqueza y del poder político.

En segundo lugar, se llevará a cabo una aproximación a las implicaciones de la globalización en la articulación de la política criminal, buscando demostrar que los requerimientos de la primera son satisfechos a través de disposiciones penales como la descrita, toda vez que la protección de la propiedad privada, la seguridad de los contratos y la estabilización del orden público, hacen parte de las demandas de la ideología neoliberal sobre los contenidos del ordenamiento jurídico. Situación que conduce a un círculo vicioso y punitivo, pues la implementación de la política económica auspiciada por el proyecto globalizador agudiza la desigualdad y la exclusión social, crispando los ánimos contestatarios y las expresiones *contra-hegemónicas* de protesta social.

[docs/Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf](https://docs.Mindefensa/Documentos/descargas/Agenda%20Legislativa/PL%20164-10%20Estatuto%20seguridad%20ciudadana.pdf)

En tercer lugar, se explorarán las condiciones *jurídico-políticas* bajo las cuales se ha implementado en Colombia el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, buscando esclarecer el propósito desmovilizador de tal expresión *político-criminal* y el flaco servicio que le presta a nuestro ordenamiento constitucional, al socavar las bases de la democracia participativa representada también en el derecho fundamental a la protesta social. En este sentido, se realizará un comentario crítico a la Sentencia C-742 (2012) que declara inconstitucional la disposición normativa a la que hacemos referencia.

En síntesis, se busca demostrar que la política criminal representada en el tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público aumenta el margen de la criminalización de la protesta social en Colombia, y significa no solo una restricción a la democracia participativa sino la concreción de las condiciones de posibilidad del proyecto socioeconómico de la globalización neoliberal. Situación que exaspera la injusticia social y con ella, la marginación de los agentes del Sur Global⁷. Tal figura delictiva constituye una buena evidencia de que, a diferencia de lo defendido por el pensamiento jurídico tradicional (Rodríguez Garavito, 1999) el derecho no es coherente ni neutral, sino que es contradictorio, indeterminado y profundamente político.

2. El derecho penal ante la injusticia social: premisas valorativas en torno a la legitimidad de la intervención penal

La reflexión jurídica integral impone, a nuestro juicio, la necesidad de establecer con claridad desde qué punto de partida filosófica y política se proyecta el análisis⁸, es decir, descubrir las premisas valorativas que preceden a las propuestas teóricas. Pues, como es sabido, la “neutralidad valorativa” en materia jurídica, supone servir a la legitimación de lo actualmente existente, o bien, caer en el “acriticismo”

7 De acuerdo con Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 49): “[...] no es [...] un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones viven en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo”.

8 Así, Alcácer Guirao (2003, p. 30) propone: “[...] se hace necesario que el intérprete desvele los parámetros axiológicos desde los que habrá de orientar [la labor dogmática], en aras de permitir una argumentación racional de los mismos, y de evitar una ideologización encubierta tras un neutralismo valorativo (...). El reconocimiento explícito de este hecho ofrece, en cambio, la ventaja de evitar que el ocultamiento ideológico opere —como a menudo sucede con la neutralidad política— en un sentido de mantenimiento *acrítico* de los valores de hecho dominantes”. La importancia de esta orientación metodológica también es resaltada por Arias Holguín (2006).

ingenuo⁹. La dimensión política de los discursos y prácticas jurídicas es ineludible. Esta primera consideración es particularmente visible en el campo del derecho penal, donde importantes sectores prestan servicio a la expansión de la represión punitiva, arropados bajo el manto de la asepsia científica. Así pues, todo discurso jurídico penal es un discurso político (Zaffaroni, 2005b) o, como lo aclara el profesor Mir Puig (2006) “Todo derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general propia del Estado a que corresponde” (p. 116).

Entonces, para ser consecuentes, debemos empezar diciendo que entendemos la pena como la imposición deliberada de sufrimiento humano que, por tanto, al tenor de Prieto Sanchís (2003, p. 48), “es siempre un mal, una inmoralidad *prima facie* que requiere razones justificatorias de cierto peso que permitan compensar su original falta de legitimidad”. Lo anterior, desde luego, con carácter general, es decir, con prescindencia del contexto o situación social específica en la cual se articula el sistema de control social penal.

Ahora bien, a partir de las reflexiones del profesor Roberto Gargarella, podemos decantar e introducir matices al problema de la legitimidad de la intervención coercitiva estatal, que a su juicio constituye el problema fundamental de la filosofía política (Gargarella, 2008a). Veamos.

El derecho penal, entonces, plantea serias dificultades de legitimación desde el punto de vista político y moral, e inclusive, desde el pragmatismo que nos invitaría a evaluarlo a partir de la satisfacción de sus fines declarados¹⁰. Pero estas dificultades se potencializan de manera vertiginosa cuando la represión penal actúa en contextos de profunda desigualdad social. En este sentido el profesor Gargarella (2008a) asevera:

[Los] problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan más profundos cuando queremos justificar esta práctica en situaciones de profunda injusticia social. En estos casos, podemos asumir razonablemente, existe un riesgo serio [de] que los medios

9 En este sentido plantea Zaffaroni (1982, p. 74): “Con la omisión de la finalidad política no se hace otra cosa que ocultarla, lo que permite prestar con mayor comodidad ideológica servicios políticos aberrantes o, cuando no se tiene consciencia de ello, aumentar la incoherencia y con ella los riesgos de prestarlos sin quererlo”.

10 Aunque, y en esto conviene ser cautos, al decir del criminólogo italiano Alessandro De Giorgi (2006, p. 56): “(...) la evolución de las formas de represión sólo puede ser comprendida si se prescinde de las legitimaciones ideológicas que históricamente han sido atribuidas a la pena. La penalidad cumple una función distinta y más sofisticada que la función explícita de control de la desviación y de la defensa social frente a la criminalidad; esta función ‘latente’ puede ser descrita situando los dispositivos de control social en el contexto de las transformaciones económicas que atraviesan la sociedad capitalista y las contradicciones que derivan de ella”.

coercitivos del Estado sean manipulados para proteger un orden social injusto. De hecho, la deplorable situación que caracteriza las prisiones en la mayoría de nuestros países parece sugerir que efectivamente estamos usando esos medios coercitivos (difícilmente justificables) de formas severamente discriminatorias (p. 78).

La injusticia social, está inequívocamente relacionada con el nivel de igualdad en la distribución del ingreso y de la riqueza en una sociedad determinada. Esto es, que los bienes y servicios de los que goza una nación no estén concentrados en una pequeña élite, sino equitativamente distribuidos en función de garantizar que el mayor número de ciudadanos tenga acceso a unos mínimos materiales que les garanticen la inserción en la sociedad en condiciones de dignidad. En consecuencia, la justicia social¹¹, no solo ha sido la bandera por excelencia de la izquierda política, sino que se ha instalado como mandato constitucional en el mundo occidental, a través de las cartas fundamentales que nacen en la segunda posguerra. Así la Constitución de 1991 contempla no solo los tradicionales derechos de libertad reivindicados por el liberalismo clásico, sino también una amplia gama de derechos sociales, económicos, culturales y ambientales propios de la defensa de un constitucionalismo social o democrático (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes 2006, p. 109).

Ahora bien, ya no en términos prescriptivos sino descriptivos de la realidad social en nuestro país, el panorama es alarmante en términos de desigualdad y exclusión¹². Así, Colombia ha sido catalogado como uno de los países más desiguales de América Latina y del mundo.¹³ Sobre este drama, hacia el año 2011, Rodolfo Arango denunciaba: “En Colombia la décima parte más rica de la población disfruta del 50% de los bienes y servicios del país mientras que la décima parte más pobre se reparte el 0,6% de estos”.¹⁴

Además, las reformas más relevantes en materia de *política-social*, como las referidas a la salud, la seguridad social, la educación o el trabajo han develado

-
- 11 Es importante anticipar desde ya que esta categoría política es mirada con aversión desde los presupuestos filosóficos que soportan el llamado “fundamentalismo de mercado”. Así, Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes (2006, p. 119) reseñan: “El liberalismo individualista radical denuncia el engaño y autoritarismo de los derechos sociales y de las funciones redistributivas del estado. Por ello concluye que la justicia social es, según la expresión de uno de sus representantes más conspicuos, un simple ‘espejismo’ que representa ‘el camino a la servidumbre’.” [Hayek] (Subrayas propias).
 - 12 De acuerdo con estudios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (Dane) Colombia se ha ubicado entre los países más desiguales de América Latina. Así el Coeficiente de Gini nacional para el año 2012 fue de 0.53: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/Presentaci%C3%B3n%20Pobreza_2012.pdf
 - 13 (2011, 3 de diciembre) Desigualdad extrema. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/desigualdad-extrema/236705-3>.
 - 14 Arango, R. (2011, 13 de abril). Educación y democracia. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-262914-educacion-y-democracia>.

la adopción de la ideología neoliberal como modelo económico planetario, introduciendo en tales áreas, pilares como el de la intermediación financiera, la privatización y, en consecuencia, la debacle de lo público. Sumado a esto, nuestro país padece serios problemas de inclusión política y por lo mismo, o como causa de ello, ha estado surcado por manifestaciones violentas en contra de los opositores al establecimiento político. Persecuciones, atentados, estigmatizaciones, magnicidios y, tristemente, un genocidio político, se dibujan ante nuestra historia y nuestro presente como constataciones de la agónica pretensión democrática de nuestra sociedad.¹⁵

En este contexto, ha sido incesante la presencia del derecho penal. La política criminal es articulada y modificada de manera sucesiva en cada legislatura, y los políticos de turno prometen más punibilidad¹⁶ contra los ebrios al volante, los violadores, los corruptos, los atacantes con ácido, los obstrutores de vías públicas, los... y una muy significativa parte de los noticieros de los grandes medios de comunicación¹⁷ se detienen por lo menos tres veces al día, todos los días del año, para alarmar a la población sobre el problema del crimen y específicamente, sobre el problema de la llamada “criminalidad clásica”.

Y es que, en efecto, el foco de atención primordial recae sobre los delitos de hurto, homicidio, lesiones personales y extorsión; los que de forma habitual son cometidos por aquellos que se encuentran en la más baja escala de las oportunidades económicas, contribuyendo de esta manera al aumento de la “sensación

15 Como expresiones de tales desafueros, se encuentra el asesinato por mano de agentes estatales y *paraestatales*, hacia finales del siglo XX, de importantes líderes políticos como Bernardo Jaramillo Ossa, Jaime Pardo Leal, Luis Carlos Galán, Carlos Pizarro León Gómez, Manuel Cepeda Vargas; el genocidio político de un partido de oposición, la Unión Patriótica. Y en nuestro siglo, la interceptación ilegal de las comunicaciones de políticos, jueces y defensores de derechos humanos, por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) del Estado. A estas constataciones podrían sumarse los informes sobre índices de asesinatos selectivos perpetuados contra sindicalistas, defensores de derechos humanos y líderes sociales (por ejemplo, quienes encabezan la exigencia de la restitución de sus tierras despojadas), y el memorial de agravios se haría interminable. Lo anterior, solo mencionar los hechos más visibles, además de social y judicialmente aceptados. Pues el terror político ha actuado, sobre todo, en los cuerpos de aquellos que no tienen voz, ni aparecen como importantes ante los grandes medios de comunicación.

16 Lo que, para el profesor Díez Ripollés (2004, p. 11): “(...) permite a las fuerzas políticas establecer una relación inmediata entre las demandas populares y la configuración del derecho penal, y recolectar, ello mediante, los importantes réditos políticos que esta pretendida democracia directa suministra”.

17 Respecto a los medios referidos, es ilustrativa la afirmación de Díez Ripollés (2004, p. 25): “Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmite de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incrementa sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando”.

social de inseguridad”¹⁸. Lo cual no es una cuestión menor, si se tiene en cuenta con Brandariz García (2007) que:

Esta circunstancia, básica para caracterizar la sociedad del presente, ha incidido de manera muy notable sobre el sistema penal, condicionando las demandas que se le dirigen, determinando su creciente centralidad en el marco de las políticas estatales y acentuando la perenne crisis que lo sitúa en la encrucijada entre libertad y seguridad (p. 53).

En este trípode de injusticia social manifiesta, acusada exclusión política y presencia permanente del derecho penal, nacen algunas cuestiones argumentales que, con el profesor Roberto Gargarella, encontramos del todo pertinentes para la reflexión:

En primer lugar, se encuentra el problema de justificar la intervención punitiva sobre aquellos sujetos que han sido puestos en condiciones de desventaja y exclusión social, por parte del mismo Estado que, a través de la pena, pretende reprobar la no observancia de una legislación que los ha olvidado. A manera de ejemplo, y puesto en términos más concretos, tal análisis invitaría a preguntar: ¿sobre qué argumentos reposa la legitimidad política y moral de un Estado que se dispone a privar de su libertad a un campesino, que como consecuencia de las políticas agrarias y económicas del primero, se ha visto compelido a alzar la voz ante la condición de desespero y miseria a que fue arrojado?¹⁹ En tal sentido, dice Gargarella (2010):

En nuestras sociedades, muy habitualmente, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer cuáles son los beneficios producidos por el accionar estatal (...) Lo que suele ocurrir, más bien, es que los sectores más postergados de la comunidad

18 Es importante además lo que plantea sobre tal problema Díez Ripollés (2004): “Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido en un problema social en sí mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia” (p. 9).

19 El Paro Nacional Agrario iniciado en Colombia el 19 de agosto del año 2013 dejó muchas personas detenidas, que de conformidad con una de las organizaciones más representativas del sector campesino (Mesa de Interlocución Agraria —MIA—), en reacción a políticas económicas como el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, se articulaban alrededor de los siguientes reclamos: implementación de medidas y acciones frente a la crisis de la producción agropecuaria; acceso a la propiedad de la tierra; reconocimiento a la territorialidad campesina; participación efectiva de las comunidades y los mineros pequeños y tradicionales en la formulación y desarrollo de la política minera; adopción de medidas y que se cumplan las garantías reales para el ejercicio de los derechos políticos de la población rural; se exige una inversión social en la población rural y urbana en educación, salud, vivienda, servicios públicos y vías.

son colocados en una situación de grave desventaja, por el Estado, quien los abandona a su suerte o directamente los agrede, a través del derecho penal. Luego (y en la medida en que la descripción anterior tenga alguna plausibilidad) no queda claro qué es lo que aquellos deben devolverle al Estado (p. 7).

En segunda instancia, otro problema igualmente sensible surge en las situaciones llamadas por Gargarella (2008c) de “alienación legal”, que describe como:

... aquellas situaciones extremas donde los ciudadanos no pueden identificarse con la ley, que ellos no crearon ni pudieron desafiar razonablemente, y frente a la cual solo quedan ocupando el papel de víctimas. En tales contextos, en definitiva, la ley comienza a servir objetivos contrarios de los que justificaban su existencia y que, de cumplirse, nos habrían permitido decir que vivimos en libertad, como dueños de nuestras propias vidas²⁰ (p. 27).

Tal circunstancia es favorecida por contextos de fragilidad democrática, como el nuestro, en donde ni siquiera el sistema representativo funciona de manera satisfactoria²¹. La cuestión entonces, puesta en concreto y a manera de ejemplo, podría formularse como sigue: ¿Sobre qué argumentos reposa la legitimidad política y moral de un Estado que, fundándose en leyes cuya confección resulta ajena a un grupo de estudiantes, se dispone a privarlos de su libertad por la manifestación pública de su inconformidad ante un problema social que deciden exponer en las vías públicas debido a su invisibilización como sujetos políticos por parte del mismo Estado?²²

20 En otro trabajo Gargarella (2008b, p. 209) aclara: “Se podría sostener para el derecho, entonces, lo que Karl Marx sostuvo para el trabajo, en cuanto a que ‘...el objeto que el trabajo produce, su producto, se enfrenta a él como un *ser extraño*, como un *poder independiente* del productor. (...) *La enajenación* del trabajador en su producto significa no solamente que su trabajo se convierte en un objeto, en una existencia *exterior*, sino que existe *fuera de él*, independiente, extraño, que se convierte en un poder independiente frente a él, que la vida que ha prestado al objeto se le enfrenta como cosa extraña y hostil.” En ambos casos, hablamos de una noción objetiva, y no subjetiva, de alienación.”

21 Por solo resaltar un indicador entre los varios, al 24 de julio del 2012, de los últimos 13 presidentes del Senado, 12 estaban siendo o habían sido investigados por vínculos con el paramilitarismo. Véase: (2012, 24 de julio) La decimosegunda cabeza del Senado que es investigada por parapolítica. *Semana*. Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-decimosegunda-cabeza-del-senado-investigada-parapolitica/261742-3>.

22 Una situación de esa naturaleza fue vivida con las manifestaciones estudiantiles del año 2012, en la cual distintos sectores de la sociedad civil liderados por el movimiento estudiantil, que se articulaba alrededor de la Mesa Amplia Nacional Estudiantil (Mane), se levantaron en contra a la Ley 30 de 1992 y su pretendida reforma que buscaba introducir el ánimo de lucro en las instituciones de educación superior. La Mane concentró sus reivindicaciones en el llamado “programa mínimo”, que constaba de seis puntos referidos a la financiación, la democracia y la autonomía, el bienestar, la calidad académica, las libertades democráticas, y la relación universidad – sociedad.

En escenarios como los descritos cabe preguntarse, cómo lo hace el jurista y filósofo argentino, si se justifica el “derecho a la resistencia”, pues en sus palabras, “el derecho comienza a servir a propósitos contrarios a aquellos que, finalmente, justificaban su existencia” (Gargarella, 2008b, p. 209). De acuerdo con él, de un repaso histórico por la reflexión *jurídico-política* de tal prerrogativa, se encuentra una idea según la cual:

[El] orden legal no era merecedor de respeto cuando sus normas infligían ofensas severas sobre la población (condición sustantiva) ni eran resultado de un proceso en el que dicha comunidad estuviera involucrada de modo significativo (condición procedimental). Cuando estas dos condiciones estaban presentes, la resistencia a la autoridad se encontraba en principio justificada (p.214).

No es objeto de este trabajo solventar un problema filosófico de tal magnitud, pero sí, dejar estas cuestiones planteadas de cara a una defensa de la descriminalización de la obstrucción a vías públicas realizadas en contextos de protesta social.

Adicionalmente, como corolario y reflejo de la plausibilidad de las tesis defendidas, debemos afirmar, siguiendo con Gargarella (2010):

Lo dicho, lamentablemente, parece encontrar un fuerte respaldo empírico cuando —por caso, y de modo relevante— prestamos atención a la deplorable situación que caracteriza a las prisiones en la mayoría de nuestros países. En ellas, inequívocamente, podemos reconocer de qué modo sociedades de composición social heterogénea, producen sistemas carcelarios de composición homogénea, en donde los grupos más desaventajados de la sociedad se encuentran claramente sobre-representados. Este resultado inaceptable se debe a muchas razones, pero sin lugar a dudas, también, a los modos en que el derecho se escribe (cuáles son las faltas que son seleccionadas como delitos y cuáles no); se aplica y se interpreta. Finalmente, la pretensión del Estado de hacer uso de la violencia que controla resulta decisivamente cuestionable cuando quienes son más afectados por esa violencia representan a aquellos que menos involucramiento han tenido en el diseño, aplicación e interpretación de esas políticas de violencia²³ (p. 11).

Es de vital importancia anotar que el problema de la legitimidad del derecho penal en nuestra sociedad tiene una particularidad especial: el conflicto armado.

23 Al respecto, en nuestro país existe información muy dicente. De acuerdo con un reciente informe del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), por ejemplo, al año 2010 de una población total de 84.444 reclusos, solo 9.404 alcanzaban a ser bachilleres; y el 25% estaba compuesta por delitos contra el patrimonio económico, siendo este el bien jurídico que más “protege” el sistema penal, al lado de la seguridad pública (9%) y la salud pública (16%).

De modo que, los problemas de injusticia social que agravan el problema de la justificación del derecho penal deben también observarse reconociendo las dificultades que derivan para él mismo, al operar muchas veces sobre personas que se han visto gravemente maltratadas por una confrontación que ya dura más de medio siglo²⁴.

En tal sentido, los problemas mencionados de injusticia social y exclusión política se potencian a tal punto, que su inadvertencia en la reflexión en torno a la penalidad de nuestro país puede ser profundamente deformante del análisis intelectual y del diagnóstico político. Además, como lo dijera Uprimny & Sánchez Duque (2010, p. 50): “Es importante advertir que en el contexto colombiano la existencia del conflicto armado interno favorece (...) formas de criminalización de la protesta que se sustentan en el señalamiento público de la infiltración de grupos guerrilleros en las movilizaciones sociales”. Cuestión esta que pone en contexto y demanda un análisis mucho más serio de la validez política y jurídica de tipos penales, como el de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”.

Las consideraciones precedentes, constituyen las bases axiológicas de nuestra postura, y adquieren particular importancia para la reflexión político criminal sobre el delito de “obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, pues como se verá *infra*, estimamos que la globalización neoliberal agrava las situaciones de inequidad humana en las sociedades contemporáneas, y de esta manera privilegia la aparición de las causas objetivas que determinan la protesta social, manifestada entre otras formas, en los bloqueos a las vías públicas. A continuación, nos detendremos sobre el problema de la globalización, el neoliberalismo como uno de sus componentes, y las tareas que estos tienen reservadas para el aparato punitivo.

3. Globalización y derecho penal, una apuesta por la seguridad jurídica del mercado

La globalización constituye un proceso complejo y multicausal que ha sitiado el desarrollo y la diversidad política, económica y cultural del planeta (Faria, 2012, p. 21). Aunque no hay paridad de criterios sobre su naturaleza²⁵, un buen punto

24 Según el informe *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y de dignidad* construido por el Grupo de Memoria Histórica, el conflicto armado en nuestro país ha dejado un saldo de 220.000 muertos, 25.007 desaparecidos y 5'700.000 desplazados.

25 Sobre el particular, expresa Faria (2012, p. 19): “Globalización es un concepto abierto y multiforme, que abarca problemas y procesos relativos a la apertura y la liberalización comercial, a la integración funcional de actividades económicas internacionalmente dispersas, a la competición interestatal por los capitales volátiles y a la aparición de un sistema financiero internacional sobre el que los gobiernos tienen una capacidad de control decreciente. En esta perspectiva, globalización es un concepto

de partida es entender que la globalización es, sobre todo, globalización económica, caracterizada en términos simples “por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados” (Silva Sánchez, 2011, p. 89).

En este sentido, la globalización se erige sobre varios presupuestos que permiten el apuntalamiento del capitalismo como proyecto mundial²⁶. Y esto, sin duda, proporciona un contexto en el que se buscan encauzar las dinámicas socioculturales²⁷ en función de nuevos valores y modelos de organización social —competitividad, productividad, eficiencia, crecimiento económico—. La razón fundamental está dada por aquel principio del materialismo histórico según el cual, las transformaciones que acaecen en la esfera de las relaciones económicas se proyectan sobre la filosofía, la política, el arte, la religión y la cultura en su género²⁸.

Para el análisis propuesto es de importancia capital intentar la comprensión del papel que hoy juegan los estados y el control punitivo en tal proceso. Tal reflexión contribuye a elucidar las funciones y la racionalidad de la política criminal contemporánea, particularmente, la que se expresa en la criminalización de la obstrucción a las vías públicas.

En efecto, una de las implicaciones más reconocidas del fenómeno globalizador es la pérdida de la soberanía nacional, de manera que los estados débiles en el mapa de la geopolítica mundial son determinados en su política económica²⁹,

relacionado con las ideas de ‘comprensión’ del tiempo y del espacio, comunicación en tiempo real, disolución de fronteras geográficas, multilateralismo político y policentrismo decisorio”.

- 26 Al respecto dice Bergalli (2004, p. 68): “Es indudable que el impulso de un proceso globalizador en el campo de la economía planetaria pudo tener lugar cuando no se le opusieron obstáculos que dificultasen el movimiento de capitales y mercancías. Las fronteras de los *estados-naciones* y los muros (de hierro, de bambú, “de la vergüenza”, etc.) que separaron diferentes sistemas de dominación (...) impidieron que la previsión marxiana de El Manifiesto Comunista pudiera cumplirse con la celeridad asignada a la internacionalización del capitalismo”.
- 27 No obstante, sobre tal propósito emergen tensiones y resistencias que según Boaventura de Sousa Santos (2009), también gozan de dimensión global. En consecuencia, él las agrupa en el concepto de “globalización contrahegemónica” como adversario al de “globalización neoliberal hegemónica”.
- 28 Así es que Bergalli (2004, p. 70) concluye: “Tomar en conjunto la *globalización* supone (...) analizar otros fenómenos que también se producen en las esferas cultural y jurídica de las sociedades para evitar el soslayamiento (sic) o desconsideración de aspectos que, si bien son parciales, forman parte o son consecuencia de la misma *globalización*. (...) Como fenómeno económico, la globalización se reproduce con efectos culturales y políticos. Los primeros se expresan fácilmente por medio de las modas, los estilos, la publicidad; los segundos por los procesos regionales. Pero todos ellos han erosionado los fundamentos *político-jurídicos* de los estados modernos, en primer lugar, entre ellos el de soberanía con lo cual ese desgaste se traslada, tanto en lo interno como en lo externo de los estados de derecho, a los demás principios que substancian la seguridad jurídica, de sus ciudadanos y de los propios estados.”
- 29 Ante esto es dable afirmar: “(...) el proceso de globalización se presenta todavía como riesgos (sic), desigual, contradictorio, desdibujado, heterogéneo, excluyente y antidemocrático, máxime si se tiene en cuenta que él ha dado lugar tanto a la creación de renovadas formas de dependencia como a la

social y jurídica por los grandes centros de poder mundial. Sin embargo, y contrario a lo muchas veces sugerido, el Estado no es una entidad inerte que solo pierde, en forma pasiva, el monopolio de las funciones que otrora, en los albores de la modernidad occidental fue cooptando —administrar justicia, emitir la moneda, decir el derecho, proporcionar seguridad—. El Estado está en proceso de reconfiguración. Así lo explica Mercado Pacheco (2005):

Quizás la pista a seguir para una explicación de las funciones del Estado y del derecho en esta fase de globalización de la economía sea la de la lógica global de funcionamiento del sistema político, económico y jurídico que, lejos de indicar una relación de sustitución entre el libre juego del mercado y el intervencionismo estatal, nos enseña la existencia de concomitancia de fines, valores y medios en las distintas modalidades (*privado-estatal, público-estatal, técnico-mundial*) del gobierno de lo económico. Porque a pesar de las apariencias, la pérdida de soberanía en la determinación de las políticas económicas y la mundialización no exigen menos Estado o el fin del Estado, sino la funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de la mundialización (p. 134).

Quizá el mejor ejemplo de lo anterior sea el proceso de implementación del neoliberalismo en nuestro país, apareciendo como un bastión ideológico central para el proyecto del capitalismo global³⁰. En la explicación de tal propósito se ha tenido como punto de referencia al llamado “Consenso de Washington”, en el que aparece un plan de “ajuste estructural” a través del cual agencias financieras internacionales (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional) condicionan el otorgamiento de crédito al cumplimiento de unos mandatos de política económica³¹ asociados con la reducción del gasto público, la privatización, la apertura comercial, la desregulación, entre otros (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 133). De esta manera, en un principio, el neoliberalismo en Colombia encontraba en el Estado y sus instituciones obstáculos entorpecedores de la eficiencia y la competitividad, a la cual el libre mercado avanzaría de manera indefectible.

Sin embargo, y lo que sigue es fundamental para el análisis *político-criminal* del delito de obstrucción a vías públicas:

gestación de nuevos centros del poder mundial; ahora, pues, reinan las más poderosas multinacionales y los grandes bloques económicos” (Velásquez V., 2004, p. 188).

30 También se tienen casos referidos a la imposición exógena de determinados mandatos de política criminal, un buen ejemplo es el del delito de “lavado de activos” (Arias Holguín, 2011, p. 37).

31 Esta práctica es explicada por Ferraro (2004) mostrando la evolución de la naturaleza de los condicionamientos y estrategias de tales agencias, para el apuntalamiento de la economía de mercado.

Ante el ascenso intelectual del neoinstitucionalismo (...) y ante la acumulación de pruebas sobre los efectos nocivos de los programas de ajuste estructural, a mediados de los años noventa los defensores del programa neoliberal (...) proclamaron la necesidad de una 'segunda etapa' de reformas que complementara las del Consenso de Washington inicial (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 116).

Quiere decir esto que el caos desatado por la desregulación exacerbada del período inicial de la implementación del proyecto neoliberal alertó al poder económico mundial sobre la necesidad de las instituciones³², unas que posibiliten y dirijan el proyecto hegemónico sobre un camino que, en medio de la voracidad y el desenfreno de la competencia económica, sirviesen de garantía para un correcto desenvolvimiento del mercado. Esto es, "mientras que la primera fase del neoliberalismo experimentó con la desregulación masiva, la segunda fase ha intentado contrarrestar los predecibles excesos de dicha desregulación mediante formas de *rerregulación* afines a las teorías y los objetivos del neoliberalismo" (Rodríguez Garavito & Uprimny Yepes, 2006, p. 116).

Tales implementaciones y giros de la política neoliberal fueron apalancados entre otras formas, a través de la política crediticia de las agencias financieras internacionales. Así, Ferraro (2004) explica cómo el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional comienzan a introducir en sus condicionantes para el otorgamiento de créditos el concepto de "governabilidad"³³:

En la nueva perspectiva adoptada por el Banco Mundial durante la década de 1999, para lo cual el concepto de 'governabilidad' resulta distintivo, se revaloriza, por el contrario, el rol regulador del Estado en la economía y, a partir de esto, la necesidad de fortalecer las instituciones estatales e incrementar su capacidad de acción. Este nuevo

32 Ferraro (2004, p. 89) lo entiende así: "Las objeciones del Banco Mundial contra los programas de ajuste estructural se basan (...) en una evaluación crítica de la economía política neoclásica, que los inspira teóricamente. Pues, para la economía política neoclásica, el Estado es un factor obstructivo del desarrollo económico, en la medida en que las instituciones públicas intentan ir más allá de la protección de los derechos de propiedad privada e intervenir en otras esferas de la actividad económica. En consonancia con este punto de vista, las recomendaciones de política económica de los programas de ajuste estructural se orientaron hacia la disciplina fiscal, la liberalización de los regímenes de comercio e inversión, la desregulación de los mercados y la privatización de empresas públicas".

33 Muy asociado a lo que Rodríguez Garavito y Uprimny Yepes (2006, p. 117) denominan "giro institucional", respecto al cual afirman: "En este giro es muy notoria la importancia creciente de la reforma judicial dentro del paquete de transformaciones institucionales propuestas por la segunda fase del neoliberalismo. Al relieve puesto en la primera fase en un sistema judicial protector de los derechos de propiedad, la nueva fase agregó el fortalecimiento de la capacidad de los juzgados y cortes para castigar la corrupción pública (más no privada), resolver de forma expedita controversias comerciales (como el pago de deudas y la declaración de quiebras) y adelantar con celeridad (pero no necesariamente con equidad) los procesos judiciales".

enfoque no pretende devolver al Estado el rol iniciador o protagónico en el proceso económico que le atribuía la escuela estructuralista o desarrollista, que dominó la teoría del desarrollo económico desde principios de los años 50 hasta fines de los años 70. Se trata, antes bien, de la creación y administración de un marco público de regulación de la actividad económica, que asegure el mantenimiento de relaciones económicas competitivas y, con esto, de mercados eficientes (p. 89).

En esta línea de acción, será tarea fundamental entonces, garantizar condiciones de seguridad jurídica a las operaciones de mercado, de forma tal, que la protección de los derechos de propiedad, las libertades individuales y la estabilización de los “desórdenes” que afecten el orden público constituirán propósitos a alcanzar por medio del instrumento penal. En este sentido, lo que los profesores Rodríguez Garavito y Uprimny Yepes (2006) denominan la “visión neoliberal sobre la justicia”, reposa sobre un eje imprescindible:

El establecimiento de una administración de justicia para el mercado, es decir, de un sistema judicial que centre sus esfuerzos en brindar certeza a los derechos de propiedad y seguridad de los contratos, a fin de disminuir los costos de transacción y evitar las pugnas redistributivas. Esto implica dos líneas de reforma judicial diferentes, pero complementarias. Por un lado (...) los agentes económicos deben gozar de seguridad jurídica, lo cual supone no sólo que existan garantías constitucionales a la propiedad y a la libertad económica, sino que además las reglas de juego sean estables. (...) Por otro lado, es necesario que los agentes económicos sean protegidos en su persona y en sus bienes, por lo que se requiere que el Estado —en particular, la rama judicial— tenga la capacidad de controlar la violencia y evitar los atentados contra la propiedad y la integridad física. Desde esta perspectiva, el aumento del control social y de la lucha contra la delincuencia por medio de un reforzamiento del sistema penal es prioritario, sobre todo en países que, como Colombia, atraviesan situaciones graves de orden público (p. 127).

4. Criminalización y protesta social en Colombia: la obstrucción a vías públicas

El artículo 37 de la Constitución de 1991 prescribe: “Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”. El derecho a la protesta social se erige como un derecho fundamental, que expresa la vocación democrática de la Carta del 91, posibilitando que las “vías públicas”

de la democracia participativa representen una opción real para aquellos que terminan siendo excluidos del poder político.

En este sentido hay un significativo progreso en lo normativo, respecto a las prescripciones del orden constitucional establecido por la Carta de 1886. En términos de Uprimny & Sánchez Duque (2010):

La Constitución de 1991 implicó un avance considerable frente al contexto imperante de represión de la protesta social que caracterizó las décadas anteriores. El reconocimiento de los derechos a la reunión y a la manifestación pacífica como derechos fundamentales, la supresión de la disposición contenida en la Constitución de 1886 que autorizaba a las autoridades para disolver las reuniones que se convirtieran en tumultos o que provocaran el bloqueo de vías, la determinación de que toda restricción al ejercicio del derecho a la protesta tiene reserva de ley, y que ni siquiera bajo estados de excepción tal ejercicio puede ser tratado como delito, constituyen importantes conquistas normativas para evitar la criminalización de la libertad de expresión ejercida por medio de la protesta (p. 72).

Y es que la protesta social, en un orden pretendidamente democrático, aparece como su fundamento mismo, pues aquella no es sino otra cosa que la garantía prestada a los disidentes del gobierno o de sus políticas específicas, para que de manera libre y pública hagan visible su descontento y con él, los principios que orientan sus convicciones políticas. Incluso ese derecho que le asiste a quien se alza en contra del poder, tiene arraigo en las reflexiones del iusracionalismo, cuyos representantes tenían como derecho natural, inalienable, imprescriptible e inenajenable el que le asistía al ciudadano para resistir al opresor (Gargarella, 2008).

Así, la posibilidad de resistir, disentir o protestar se encuentra en las bases históricas de la democracia liberal y ha ido potencializándose en el tiempo con la irrupción de la democracia constitucional. Por ello es que diversos instrumentos de derecho internacional (integrados a nuestro ordenamiento por vía del bloque de constitucionalidad) reconocen tal prerrogativa, como puede leerse en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁵.

La protesta social, además, tiene muchos rostros. La creatividad acompañada de la estrategia política, determinan diversas formas de participar en forma crítica de las opciones que proporciona la democracia. Las más representativas comparten características comunes, como ser llevadas a cabo en lugares públicos, para que

34 Artículos 19 y 21. Recuperado de: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>.

35 Artículos 13 y 15. Recuperado de: <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm>.

la visibilidad de sus demandas incrementa el poder simbólico de su accionar; o desenvolverse en contextos en los cuales la autoridad política se vea lo suficientemente “incomodada” como para atender a los reclamos. Tales rasgos, hacen parte de la naturaleza misma del derecho a disentir, pues hacerlo en silencio o acallado por restricciones de diversa índole, lo haría nugatorio.

Es menester también anotar que los actos de protesta pública tienen unos costos, que en primer lugar son asumidos por los manifestantes. No debe perderse de vista que la movilización social presupone, justamente, la ausencia de poder político para configurar a través de este, las reformas que se defienden en la calle por medio de gritos y de pancartas. En este orden, quienes acuden al mecanismo de la protesta pública para visibilizar sus reclamos, lo hacen en condiciones de desventaja, teniendo que soportar sacrificios temporales y físicos, e incluso padeciendo la inclemencia de la violencia simbólica e instrumental del Estado.

Hablar de protesta social, sin reflexionar acerca de sus causas, sería un ejercicio anodino, pues estas son recurrentemente sopesadas con los costos que aquella supone y que ya señalábamos. Es decir, abanderarse de una lucha popular en condiciones de adversidad, no es propiamente una actividad recreativa o turística, todo lo contrario, constituye un auténtico sacrificio que está mediado por imperativos vitales, en la mayoría de los casos determinados por condiciones de injusticia social. No por otra razón, las manifestaciones de manera frecuente tienen que ver con reivindicaciones de la salud, la educación, la paz o el bienestar. En este sentido, la desigualdad y la exclusión constituyen un “caldo de cultivo” para la insurrección de la resistencia, razón por la cual la presión punitiva no soluciona el problema, sino que lo agrava.

Tal presión, concretada en la denominada “criminalización”, entendemos que debe tener la siguiente connotación:

Se entiende que la criminalización existe con la sola detención del participante en un acto de protesta, o con la simple apertura de una indagación preliminar por parte de la Fiscalía, con independencia de que tal indagación desemboque en la apertura de un proceso penal y de que tal proceso culmine con una sentencia condenatoria. Aunque claramente cabe distinguir grados de intensidad en la criminalización pues no es lo mismo la apertura de una indagación preliminar que no conduce finalmente a la formulación de acusación, a la condena en virtud de la cual la persona es sometida a una pena privativa de la libertad, en materia de protesta social muchas veces las restricciones a la libertad de expresión operan a través del despliegue inicial de dispositivos penales como formas de amedrentamiento para desalentar la protesta en casos en los que se sabe de antemano la dificultad de que se concrete una condena o, incluso, de que se adelante un proceso penal hasta la etapa del juicio (Uprimny & Sánchez Duque, 2010, p. 50).

De tal forma, en nuestro país los eventos de protesta y su consecuente represión no escasean. De acuerdo con el sociólogo Alfredo Molano, a junio del 2013, el gobierno del presidente Juan Manuel Santos había tenido que enfrentar nueve grandes eventos de protesta social³⁶. Además, habría que sumar a tal diagnóstico, el que ha sido quizá más importante, por su magnitud y capacidad para explicar problemas centrales del país, en términos de política económica y persecución punitiva: el Paro Nacional Agrario que inició el 19 de agosto del año 2013.

Como muestra de lo anterior, el 16 de agosto del mismo año, tres días antes de la “hora cero” de la movilización, y ante el anuncio de la misma, el ministro del Interior³⁷ emitió la Circular 001 de 2013, dirigida a alcaldes, gobernadores y secretarios de gobierno, anunciándoles:

Con ocasión de las actividades de protesta social relacionadas con el Paro Nacional previsto a partir del 19 de agosto, en virtud de su condición de agentes del Presidente de la República en la conservación y restablecimiento del orden público, de conformidad con los artículos 303 y 315 de la CP y la Ley 4^a de 1991, le solicitamos adoptar todas las medidas preventivas y correctivas necesarias para el mantenimiento y restablecimiento del orden público cuando fuere turbado por acciones de hecho que vulneren derechos fundamentales de los ciudadanos tales como la libre movilidad, la salud, la educación y la alimentación, sin perjuicio del ejercicio al derecho a la protesta de aquellos que la ejerzan.

Para tal efecto, se solicita coordinar con las autoridades de policía judicial la aplicación de la disposición contenida en la Ley 1453 de 2011, Ley de Seguridad Ciudadana, artículo 353 literal a, que al respecto señala...³⁸

En medio del paro, en efecto, varios manifestantes fueron forzados a afrontar procesos penales por la obstrucción a vías públicas³⁹. Por las mismas fechas de la Circular 001, el presidente de la República alertó a los cuerpos de seguridad del Estado y anunció que sería “implacable” con los manifestantes que bloquearan vías⁴⁰. Tres

36 Molano, A. (2013, 29 de junio). Las guerras del Catatumbo I. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-430812-guerras-del-catatumbo-i>.

37 Para el momento, Fernando Carrillo.

38 Circular 001 del 2013. Recuperada de <http://www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/circular-001-2013>

39 Martínez, S. (2013, 27 de agosto). El estudiante al que le abrieron proceso judicial en pleno paro agrario. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-de-sijin-se-infiltraron-tomar-fotos-del-paro-articulo-442869>.

40 (2013, 17 de agosto) Santos dice que será “implacable” con manifestantes que bloqueen carreteras. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/santos-dice-sera->

semanas después, en medio de una movilización que creció de manera inusitada y representó un duro golpe político para el Gobierno al bajar de forma dramática sus índices de favorabilidad, el Ministerio de Defensa⁴¹ presentó ante el Congreso de la República el proyecto de Ley 091 en el cual propone una reforma al tipo penal de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público, en los siguientes términos:

Artículo 353A. Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público. El que incite, dirija, participe, constriña o proporcione los medios para obstaculizar de manera temporal o permanente, selectiva o general, las vías o la infraestructura de transporte de tal manera que atente contra la vida humana, la salud pública, la movilidad, la seguridad alimentaria, el medio ambiente o el derecho al trabajo, incurrirá en prisión de treinta y seis (36) a sesenta meses (60) y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes y pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión.

La pena se aumentará en una tercera (1/3) parte si la conducta es realizada por el sujeto activo utilizando medios que impiden su plena identificación por parte de las autoridades o utilizando falsa identificación.

La pena se aumentará en una tercera (1/3) parte si el delito es cometido con utilización de menores, personas en situación de discapacidad o personas de la tercera edad.

Este tipo penal no será objeto de beneficios o subrogados penales.

Parágrafo. Se excluyen del presente artículo las movilizaciones realizadas con permiso de la autoridad competente en el marco del artículo 37 de la Constitución Política.

De lo anterior, se evidencia con claridad la decidida apuesta gubernamental por reprimir, a través del instrumento más violento del Estado y de forma excesivamente drástica conductas que, en el marco de las actividades propias de la movilización social —y dada la amplia redacción del tipo penal—, pueden caer bajo el manto opresivo de la norma.

En efecto, se introduce como verbo rector “participar”, diluyendo las fronteras que separan autoría y participación; se le transforma en un tipo penal de medios indeterminados, suprimiendo la exigencia de que sea realizado por “medios ilícitos”; se adiciona la “movilidad” como uno de los bienes que al verse

implacable-manifestantes-bloqueen-carr-articulo-440718. (2013, 16 de agosto). Fuerza Pública tiene instrucciones de no permitir bloqueo de vías. *El universal*. Recuperado de: <http://www.eluniversal.com.co/colombia/fuerza-publica-tiene-instrucciones-de-no-permitir-bloqueo-de-vias-131547>.

41 Cuyo titular a la fecha era Juan Carlos Pinzón.

afectados, habilitan la intervención penal, sin considerar que, por la naturaleza de las manifestaciones públicas la movilidad siempre se verá afectada; se agrava la pena, antes de 24 a 48 meses en prisión y multa de 13 a 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y ahora de 36 a 60 meses en prisión y multa de 20 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en ambos casos con pérdida de inhabilidad de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión; y además, se adicionan dos agravantes, sin que quede claro el mayor grado de injusto que suponen: “si el delito es cometido con utilización de menores, personas en situación de discapacidad o personas de la tercera edad”; y si con lo anterior no bastase, se impide que el juez considere otorgar una suspensión de la pena u otorgar una libertad condicional y, parece optar por excluir cualquier beneficio, incluso aquellos adscritos a la justicia premial.

Una semana después de la iniciativa legislativa el titular de la cartera de defensa anuncia que “para garantizar el orden y seguridad en las protestas sociales”⁴² se duplicarán los efectivos del Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad), división de la Policía Nacional que fue recurrentemente denunciada a través de videos publicados en las redes sociales por reprimir, a través del uso desproporcionado de la fuerza, las protestas a las que asistían miles de colombianos.

Los anteriores hechos permiten entrever la disposición del actual Gobierno para afrontar la movilización política que defiende ideas opuestas a las representadas por los grupos de poder. Dan cuenta también de la forma como el derecho penal está siendo instrumentalizado en el contexto de descontento social en Colombia, pero además sugieren interrogantes orientados a entender qué preocupaciones existen detrás de los bloqueos a las vías públicas y de los brotes de “desorden” que aparecen en las marchas.

Naturalmente, además de acallar la voz de la oposición política y reafirmar el poder a través del principio de autoridad, entendemos que el estado de quietud y “normalidad” que se busca con las medidas *político-criminales* y policivas asumidas por el Gobierno, persiguen lograr estados de “governabilidad” en los términos expuestos en el tercer apartado de este trabajo. Así, para la institucionalidad es más que una urgencia estabilizar expectativas de cara a la satisfacción de la seguridad jurídica demandada por las agencias financieras internacionales, y por las empresas y multinacionales que aparecen como candidatas para la inversión extranjera directa.

En síntesis, el *nomen iuris* del tipo penal en cuestión, expresa, en últimas, la función que como propuesta criminalizadora presupone: obstruir las vías públicas, esto es, imponer obstáculos para la deliberación y la manifestación democrática.

42 (2013, 19 de septiembre). “El Esmad no se va a acabar, se duplicará”: Mindefensa. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-esmad-no-se-va-acabar-se-duplicara-mindefensa-articulo-447357>.

El fallo de la Corte Constitucional

Como ha sido explicado toda una constelación de poderes ha coincidido en la orientación *político-criminal* representada por la figura delictiva de la “obstrucción a vías públicas”. Es preciso examinar la postura de la Corte Constitucional, habida cuenta de que es evidente el conflicto entre el tipo penal referido y el derecho fundamental a la reunión y manifestación, además de otros derechos políticos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. El pronunciamiento del máximo tribunal se da en la Sentencia C-742 (2012)⁴³, en la que se manifiesta en el sentido de declarar exequibles los dos artículos del Código Penal demandados, el 353A (obstrucción a vías públicas que afecten el orden público) y el 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial)⁴⁴.

Como era natural, el argumento primordial del demandante expresaba una crítica respecto a la función criminalizadora de la disposición normativa por vulnerar los derechos a la libertad de expresión y a la protesta social. Además, el accionante cuestionó la legalidad del tipo penal, dada la vaguedad de sus verbos rectores; y el permiso de la autoridad competente, consagrado en el párrafo como razón para la no criminalización.

La Corte fundamenta su resolución a través de un juicio sobre la estricta legalidad del tipo penal que se revisa, dejando de lado los cargos del actor orientados a demostrar que tal norma penal cumple funciones criminalizadoras de la protesta social, vulnerando de manera desproporcionada las libertades a las que se hizo alusión.

Se desprende de la reflexión del alto tribunal que, a su juicio, con la interpretación que él realiza sobre la disposición, se obtiene una norma que no termina siendo desproporcionada a la luz del derecho a la protesta social. Es decir, la Corte deja de lado las contradicciones de la disposición penal con los derechos fundamentales en cuestión, al estimar que, a través de una correcta interpretación del texto normativo se diluyen los problemas de legalidad aducidos por el demandante y, por tanto, se obtiene una norma conforme a la Constitución. En este sentido el argumento central es el siguiente:

(...) puede decirse que el artículo 44 de la Ley 1453 de 2011 no viola el principio de estricta legalidad. Aunque *prima facie* la formulación

43 Decisión jurisprudencial que no fue internamente pacífica, pues 3 de los 9 magistrados se pronunciaron con salvamento de voto.

44 Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (La expresión subrayada fue el objeto de la demanda).

aprobada por el legislador penal podría dar pie a ciertas discusiones en torno a su aplicación a casos concretos, no por ese solo hecho la norma es inconstitucional. Si se toma el texto de la disposición cuestionada, se lo interpreta razonablemente dentro del contexto apropiado y de acuerdo con métodos jurídicos aceptables, se obtiene como resultado una norma lo suficientemente precisa y clara. Sus indeterminaciones preliminares son por tanto superables, como pasa a mostrarse a continuación. Así, para empezar, el tipo acusado es claro en cuanto a que el sujeto activo del delito es indeterminado y singular. Por su parte, el sujeto pasivo es la comunidad, integrada por los sujetos individualmente considerados, cuyos derechos a la vida, a la salud pública, a la seguridad alimentaria, al medio ambiente o al trabajo, se verían perjudicados por esta conducta. Además de eso, por la ubicación del tipo demandado en el Título XII del Código, que trata de los delitos contra la "seguridad pública", puede decirse en términos contextuales que el bien jurídico es la seguridad pública. Sobre estos dos aspectos no se ha planteado ninguna duda, y ni del texto de la disposición, ni del contexto normativo y situacional en que se inserta la norma, surge un punto oscuro que deba tratarse con mayor detenimiento.

Así las cosas, la sentencia de la Corte Constitucional termina siendo elusiva y oscura ante un problema *iusfundamental* que permanece vigente, como la disposición demandada. En primer lugar, porque el máximo tribunal conserva una posición tímida respecto al control que le corresponde realizar al legislador penal, lo que estimamos inconveniente, pues la intensidad de las sanciones penales en términos de restricción de los derechos fundamentales debería implicar un control estricto de las decisiones en la materia. Sin embargo, la Corte ha sostenido que al legislador, en tales ámbitos, le asiste un amplio margen de libertad de configuración encontrando límites en la proporcionalidad y en la razonabilidad, extremos que resultan de difícil determinación ante el relajado control que se acusa.

En segundo lugar, el énfasis del análisis y la estructura argumentativa de la motivación de su decisión se centra en el problema de legalidad consustancial a casi cualquier disposición penal, cuando el problema jurídico planteado por el demandante invitaba a reflexionar alrededor del conflicto entre el tipo penal acusado y los derechos, libertades y valores que se expresan en la protesta social, como mecanismo de resistencia y participación política. Genera entonces desconcierto que, como lo pretende la Corte, se solucione un problema tan grueso, aduciendo que los problemas interpretativos de la norma son superables a través de una interpretación razonable "dentro del contexto apropiado y de acuerdo con métodos jurídicos aceptables".

Consideraciones finales

Llegados a este punto, resulta forzoso concluir que el derecho penal es obstructor de “vías públicas” en un doble sentido. Por un lado, al violentar los espacios de la democracia participativa, como propuesta distintiva de la Constitución de 1991, criminalizando y amedrentando a los actores de la vida social que adoptan la movilización como método de lucha política, asumiendo sus diversos costos, habida cuenta del contexto de iniquidad y olvido en el que han sido forzados a existir. Por otro lado, por su servil instrumentalización a favor del proyecto hegemónico global, que anima la desaparición de los servicios públicos y estimula la prevalencia del mercado como máximo referente de la vida social.

A pesar de tal despropósito legislativo, el fallo de la Corte Constitucional sobre el delito de obstrucción a vías públicas que afecten el orden público es evasivo y poco satisfactorio. En primer lugar, porque continúa guardando una prudencia excesiva a la hora de controlar al legislador en materia *político-criminal*, pues, le otorga un amplio margen de configuración fundado en el principio democrático, y limitado en una proporcionalidad y razonabilidad, cuyos contornos son tan laxos que casi se difuminan. En segundo lugar, porque desprecia los problemas de la disposición normativa respecto a derechos fundamentales como los de libertad de expresión, reunión y manifestación; y lo hace restringiendo su análisis al problema de legalidad que era una cuestión menor, en relación con los problemas que la figura delictiva le plantea al Estado Constitucional Democrático.

Ante los inexpugnables efectos de la cosa juzgada constitucional, y la tozudez *político-criminal* asentada en la cultura —y por tanto provechosa en la política electoral—, queda reflexionar alrededor de una dogmática que permita racionalizar y limitar al máximo los despropósitos a los que podría conducir la aplicación del tipo penal aludido en los casos concretos. No puede ser otra la actitud *ético-jurídica* de aquellos a los que hoy les corresponde tomar decisiones tan cruciales, como la que gira alrededor de la imposición de una pena, bajo la égida de una norma que, por las razones expuestas dramatiza la conflictividad y la injusticia social.

Referencias

- Alcácer Guirao, R. (2003). *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*. Barcelona: Atelier.
- Arias Holguín, D. P. (2006). *A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo*. Medellín: Universidad Eafit.
- (2011) *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*. Madrid: Iustel.

- Bergalli, R. (2004). "Libertad y seguridad: Un equilibrio extraviado en la Modernidad tardía". *El derecho ante la globalización y el terrorismo de M. G. Losano, & F. Muñoz Conde*, pp. 59-77. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Brandariz García, J. A. (2007). *Política criminal de la exclusión. El Sistema Penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación*. Granada: Comares.
- De Giorgi, A. (2006). *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*. Madrid: Traficante de sueños.
- Díez Ripollés, J. L. (2004). El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- Faria, J. E. (2012). La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo. En E. Pérez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco, & J. L. Serrano Moreno, *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente* (pp. 19-40). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ferraro, A. E. (2004). Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización. En Losano, M. G. & Muñoz Conde, F. *El derecho ante la globalización y el terrorismo*, (pp. 79-98). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gargarella, R. (2006). El derecho a la protesta social, *Derecho y humanidades* (12), pp. 141-151.
- (2008a). De la justicia penal a la justicia social. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 77-104. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2008b). El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 203-234. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2008c). Mano dura contra el castigo (I). Igualdad y comunidad. *De la injusticia penal a la justicia social de R. Gargarella*, pp. 25-52. Bogotá: Siglo del hombre editores. Universidad de los Andes.
- (2010). La coerción penal en contextos de injusta desigualdad. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. (paper 82). Recuperado de: http://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/82.
- Gracia Martín, L. (2011). *La polémica en torno a la legitimidad del derecho penal moderno*. México: Ubijus.
- Hassemer, W. (1999). Viejo y nuevo derecho penal. En *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal de W. Hassemer*, pp. 15-38. Bogotá: Temis.
- Mercado Pacheco, P. (2005). Estado y globalización: ¿crisis o redefinición del espacio político estatal? *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (9), pp. 127-150.

- Mir Puig, S. (2006). Constitución, Derecho penal y Globalización. En Mir Puig, S. & Corcoy Bidasolo, M. *Nuevas tendencias en política criminal* (pp. 115-126). Buenos Aires: B de F.
- Prieto Sanchís, L. (2003). Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico. *Nuevo Foro Penal*, (65), pp. 46-91.
- Rodríguez Garavito, C. A. (1999). Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. En *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS) de Duncan. K.*, pp. 17-86. Bogotá: Siglo del hombre editores.
- Rodríguez Garavito, C. A., & Uprimny Yepes, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? En *Uprimny Yepes, R., Rodríguez Garavito, C. A. & García Villegas, M. ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (pp. 109-146). Bogotá: Norma.
- Santos. B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes, Siglo veintiuno editores.
- (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: Ilsa.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.
- Sotomayor Acosta, J. O. (2009). ¿El derecho penal garantista en retirada? En Calle Calderón, A. L., *El estado actual de las ciencias penales* (pp. 273-304). Medellín: Grupo editorial Ibañez. Universidad de Antioquia.
- Uprimny, R., & Sánchez Duque, L. M. (2010). Derecho penal y protesta social. En Bertoni, E. *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Libertad de expresión y derecho penal en América Latina* (pp. 47-74). Buenos Aires: Universidad de Palermo.
- Velásquez V., F. (2004). Globalización y derecho penal. En Losano, M. G. & Muñoz Conde, F. *El derecho ante la globalización y el terrorismo* (pp. 185-208). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Wacquant, L. (2003). Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal. *Archi-piélagos* (Nº. 55), pp. 61-74.
- Zaffaroni, E. R. (1982). *Manual de derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires: Ediar.
- (2005a). La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. En Zaffaroni, E. R., *Entorno de la cuestión penal* (pp. 179-215). Montevideo - Buenos Aires: B de F.
- (2005b). Política y dogmática *jurídico-penal*. En Zaffaroni, E. R., *Entorno de la cuestión penal* (pp. 71-96). Montevideo - Buenos Aires: B de F.

